

WYROK

z dnia 19 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2022 r. przez odwołującego: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji Płock Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku (Plac Cebry Papieskiej 1, 09-400 Płock),

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: Gardenia Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Kłobucka 13, 02-699 Warszawa),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: Przedsiębiorstwo

Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza) i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę uiszczonego

przez odwołującego wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji Płock Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku (Plac Cebry Papieskiej 1, 09-400 Płock) kwotę 3 075 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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.

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w dniu 25 lipca 2022 r. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji Płock Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku na

podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp, którego przedmiotem jest: „Przebudowa stadionu lekkoatletycznego z bieżnią o długości 400 m” na Stadionie Miejskim w Płocku, przy ul. Sportowej 3”. Nr sprawy: MOSiR 4/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w BZP z dnia 2022-05-27, nr 2022/BZP 00182236.

Wykonawca - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej podał, że wnosi odwołanie w zakresie niezasadnego wezwania przez

Zamawiającego Wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. (.....) do uzupełnienia dokumentów na

podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także w zakresie zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy z postępowania”. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez niezasadne wezwanie Wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. (ul. Kłobucka 13, 02-699 Warszawa) do uzupełnienia dokumentów w przedmiocie oświadczenia Wykonawcy dotyczącego udziału podmiotu trzeciego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez wskazanie części zamówienia jakie zostanie wykonane przy udziale podmiotu trzeciego, mimo że w niniejszym postępowaniu nie doszło do braku złożenia oświadczenia czy złożenia niekompletnego lub zawierającego błędy oświadczenia, a tylko w takich sytuacjach możliwe jest wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w konsekwencji powyższego również
2. art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 w zw. z art. 275 ust. 2 oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. (...) z postępowania, mimo że Wykonawca ten zamierza powierzyć podwykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. realizację całości przedmiotu zamówienia, co jest niezgodne z dyspozycją przepisu art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wezwania Wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. (...) do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp,
 - b) w konsekwencji powyższego także odrzucenie oferty Wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. z postępowania,
2. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Wykonawca wskazał, że (...) Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem oferta Odwołującego jest na drugim miejscu w zakresie cen złożonych ofert, w sytuacji w której cena jest jednym kryterium wyboru. Zamawiający w dniu 19 lipca 2022 roku wezwał Wykonawcę Gardenia Sport sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów, jednakże zdaniem Odwołującego Zamawiający winien jest odrzucić ofertę tego Wykonawcy bez wezwania. Odwołujący ma zatem interes w żądaniu unieważnienia czynności wezwania oraz nakazaniu odrzucenia oferty już na tym etapie, bowiem w przypadku uwzględnienia odwołania to Odwołujący znajdzie się na pierwszym miejscu w zestawieniu złożonych ofert i będzie miał lepszą pozycję negocjacyjną na dalszych etapach postępowania. Tym samym Odwołujący na obecnym etapie może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia w konsekwencji czego bez wątpienia posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania”.

W uzasadnieniu podał w szczególności:

Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie w dniu 27 maja 2022 roku. Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyło trzech Wykonawców: 1. Odwołujący, 2. Wykonawca

TAMEX Obiekty Sportowe S.A., 3. Wykonawca Gardenia Sport sp. z o.o.

Zamawiający prowadzi niniejsze postępowanie w trybie podstawowym z możliwością

przeprowadzenia negocjacji, tj. na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp. Z uwagi na to, Zamawiający dokonał oceny ofert i w dniu 24 czerwca 2022 roku poinformował o wstępnej punktacji przyznanej ofertom, a także wskazał że nie odrzucił żadnej z ofert oraz zaprosił wszystkich Wykonawców do negocjacji.

Z taką decyzją nie zgodził się Odwołujący, który powołał się na okoliczność, że „w wariantie drugim zaproszenie do negocjacji może być wystosowane wyłącznie do tych wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu na podstawie którejkolwiek przesłanki wymienionej w art. 226 ust. 1 n.p.z.p. (...).” Tak więc Zamawiający w wariantie II trybu podstawowego ma obowiązek zbadać oferty złożone przez Wykonawców w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu pod kątem podstaw odrzucenia określonych w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp. Z uwagi na to, już na obecnym etapie uznać należało, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. mimo że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący złożył przedmiotowe odwołanie w dniu 28 czerwca 2022 roku. W dniu wyznaczonej rozprawy (tj. 20 lipca 2022 roku) w toku posiedzenia Odwołujący dowiedział się, że Zamawiający w dniu 19 lipca 2022 roku unieważnił czynność zaproszenia do negocjacji oraz wstępnego badania i oceny ofert z dnia 24 czerwca 2022 roku. Zamawiający wskazał, że powtórzy czynność badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i zaprosi do negocjacji. W tej sytuacji Izba w sprawie KIO 1733/22 zobligowana była do umorzenia postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem nie istniała już czynność, która stanowiła podstawę do wniesienia odwołania. W toku posiedzenia Odwołujący dowiedział się ponadto, że Zamawiający w dniu 19 lipca 2022 roku wezwał Wykonawcę Gardenia Sport sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, z czym jednakże nie można się zgodzić.

I. Zamawiający w wystosowanym w dniu 19 lipca 2022 roku wezwaniu wskazał, że „na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawa z dnia 11 września 2019 r.) wzywa do uzupełnienia dokumentów w przedmiocie oświadczenia Wykonawcy dotyczącego udziału podmiotu trzeciego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez wskazanie części zamówienia jakie zostanie wykonane przy udziale podmiotu trzeciego”.

Działanie takie jest nieuprawnione, bowiem wskazać należy, że art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że „jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie”. Aby możliwe było wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp musimy mieć zatem sytuację, że Wykonawca: 1. nie złożył określonego dokumentu, 2. złożony dokument jest niekompletny,

3. złożony dokument zawiera błędy. Z żadną z takich sytuacji nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

1. Po pierwsze wskazać należy, że Zamawiający nie postawił w SWZ wymagania, aby Wykonawca składał jakiekolwiek oświadczenie dotyczące udziału podmiotu trzeciego w postępowaniu. Jedynym dokumentem składanym w tym zakresie jest zobowiązanie podmiotu trzeciego w sytuacji, gdy Wykonawca polega na zdolnościach tego podmiotu przy spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. W treści SWZ nie ma żadnego dokumentu, którego złożenie było w tym zakresie wymagane i którego Wykonawca nie złożył. Nie istnieje zatem przesłanka numer 1 do wezwania, tj. sytuacja gdy „Wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu”. Złożenie na wezwanie Zamawiającego jakiegokolwiek dodatkowego oświadczenia przez Wykonawcę będzie sprzeczne zarówno z przepisami ustawy jak i z zapisami SWZ, która nie formułowała żadnego takiego obowiązku.

2. Jedynym dokumentem wymaganym przez Zamawiającego było zobowiązanie podmiotu trzeciego, które zostało złożone i nie można powiedzieć, aby było ono niekompletne, tj. nie zawierało jakichś stron czy postanowień. Całość dokumentu jest spójna i jest bez wątpienia całością, jaka miała być złożona. Odpada zatem druga z przesłanek do wezwania, tj.

okoliczność, że złożone dokumenty „są niekompletne”.

3. Wskazać należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez Zamawiającego w SWZ wymagań. Bez wątpienia zarówno treść zobowiązania podmiotu trzeciego, jak i treść oświadczenia złożonego przez Wykonawcę Gardenia w ofercie są ze sobą spójne i tożsame. Nie można zatem mówić o tym, że dokument zawiera jakiekolwiek błędy, skoro jest w całości pełny, jasny i konsekwentny ze złożoną ofertą. Odpada zatem trzecia z przepisowych przesłanek do wezwania, tj. gdy dokumenty „zawierają błędy”.

W konsekwencji, patrząc na treść przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp bez wątpienia nie

zaistniała żadna z przesłanek do wezwania Wykonawcy Gardenia do uzupełnienia

dokumentu w przedmiocie oświadczenia Wykonawcy dotyczącego udziału podmiotu trzeciego w postępowaniu. Złożone w tym zakresie wraz z ofertą dokumenty przez Wykonawcę Gardenia są spójne, pełne i jasne a zatem jakiegokolwiek wezwanie do złożenia,

poprawienia czy uzupełnienia tych dokumentów jest nadużyciem Zamawiającego. Oświadczenie o podwykonawstwie należało złożyć w pkt. V formularza oferty i takie oświadczenie zostało złożone, jest ono jasne i czytelne i nie podlega zmianie, tylko dlatego,

że fakt zadeklarowania wykonania całości przedmiotu zamówienia przez podwykonawcę

skutkuje odrzuceniem oferty. Tym bardziej należy zaskarżyć czynność wezwania, że musiałoby dojść do zmiany treści oferty, czego ustawa nie dopuszcza. Wskazać należy, że w tym postępowaniu Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: (...).

Warunek ten na polskim rynku spełniają tylko dwaj Wykonawcy - Odwołujący oraz Wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A., który również złożył ofertę w tym postępowaniu.

Żaden inny Wykonawca nie posiada doświadczenia w budowie/przebudowie bieżni lekkoatletycznej ośmiotorowej w okresie ostatnich 5 lat. Potwierdzeniem tego faktu jest

zestawienie stadionów, hal i urządzeń lekkoatletycznych prowadzone przez Polski Związek Lekkiej Atletyki, które można znaleźć pod linkiem: (...). Bez wątpienia, do wykonania niniejszego zamówienia wymagane jest doświadczenie, bowiem celem postępowania jest uzyskanie świadectwa PZLA dla obiektu - i to świadectwa klasy III. Takich obiektów w Polsce jest naprawdę niewiele, bowiem aby zdobyć taką klasę obiektu sportowego trzeba spełnić szereg wyśrubowanych wymagań. Z tego względu doświadczenie przy realizacji tego typu obiektów jest bardzo ważne, bowiem każde uchybienie skutkować może nieprzyznaniem świadectwa klasy III dla obiektu. Bez wątpienia doświadczenia w realizacjach tego typu nie ma podmiot Gardenia, który w Polsce na technologii wymaganej w tym postępowaniu wybudował tylko obiekty kat. VA, a zatem dużo niższej niż oczekiwana w tym postępowaniu.

Z tego względu Wykonawca Gardenia sp. z o.o. startując w niniejszym postępowaniu musiał powołać się na doświadczenie podmiotu trzeciego, który ten warunek spełni. Wykonawca posłużył się więc doświadczeniem Wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A.:

INFORMACJA W ZWIĄZKU Z POLEGANIEM NA ZASOBAH INNYCH PODMIOTÓW:

Oświadczam, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia - polegam na zasobach następującego/yh podmiotu/ów:

TAMEX Obiekty Sportowe S.A.

Ul. Ludwika Idzikowskiego 16, 00 710 Warszawa

w następującym zakresie:

- wiedza i doświadczenie w zakresie wykonania:

jednej roboty budowlanej polegającej na budowie/przebudowie bieżni lekkoatletycznej ośmiotorowej o długości dystansu 400 metrów i promieniu 36,5 m w technologii oferowanej nawierzchni (Fuli PUR), gdzie zrealizowany obiekt otrzymał świadectwo PZLA,

oraz

jednej roboty budowlanej na stadionie, który uzyskał Świadectwo lub certyfikat WA, polegającą na budowie/przebudowie infrastruktury lekkoatletycznej, w tym co najmniej 3-ch urządzeń z niżej wymienionych:

- I. skoczni do skoku w zwyz,
- II. skoczni do skoku o tyczce,
- III. skoczni do skoku w dal,
- IV. rzutni do rzutu dyskiem i młotem,
- V rzutni do rzutu oszczepem

VI. rzutni do pchnięcia kulą,

VII. rowu z wodą do biegu z przeszkodami.

- osoba, która będzie skierowana do kierowania robotami:

posiadająca uprawnień budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń w zakresie objętym niniejszym zamówieniem, wydane na podstawie obowiązujących przepisów prawa lub odpowiadające im uprawnień, które zostały wydane na podstawie w wcześniej obowiązujących przepisów prawa oraz posiada co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami oraz pełnieniu obowiązków kierownika budowy, w tym przynajmniej jednej roboty polegającej na budowie/przebudowie bieżni o długości dystansu 400 m w kategorii III.

wskazać podmiot i określić odpowiedni zakres dla wskazanego podmiotu).

Biorąc pod uwagę regulację art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, Wykonawca Gardenia sp. z o.o. musi zaangażować podmiot trzeci udostępniający doświadczenie do realizacji zamówienia, bowiem 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. Wykonawca Gardenia sp. z o.o. poszedł jednak o wiele dalej, bowiem zarówno z treści oferty:

2) sposób udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia: podwykonawstwo - czynny udział w wykonania przedmiotu zamówienia, udział przez cały okres realizacji zadania.

3) w odniesieniu do udostępnianych przeze mnie zasobów, w zakresie wskazanym w pkt. 1, zrealizuję roboty budowlane w następującym zakresie/ nie będę realizować robót: wykonanie robót budowlanych, do realizacji których udostępnione zdolności są wymagane tj.: Przebudowa stadionu lekkoatletycznego z bieżnią oraz wykonanie pozostałych urządzeń lekkoatletycznych.

Potwierdzamy, że stosunek łączący nas z Wykonawcą gwarantuje rzeczywisty dostęp do wskazanych zasobów. Oświadczam, że zrealizuję roboty w zakresie, w jakim udostępniam swoje zasoby.

- wynika, że to podmiot trzeci, tj. TAMEX Obiekty Sportowe S.A. wykona całość przedmiotu zamówienia.

Takie oświadczenie wynika zarówno z treści oferty, jak i z dokumentów podmiotu trzeciego i jest ze sobą spójne i jasne - nie można więc mówić o konieczności uzupełnienia czy zmiany tych dokumentów, skoro wyraźnie widać intencję Wykonawców do złożenia określonego oświadczenia woli. Nie ma tutaj mowy o oświadczeniu niezłożonym, złożonym niekompletnie czy błędnie, bowiem jasno i precyzyjnie można odczytać wolę Wykonawcy oraz podmiotu trzeciego. W tym miejscu wskazać należy także, że oświadczenie złożone w tym zakresie w ofercie jest wiążące i nie podlega uzupełnieniu czy zmianie. Jakakolwiek zmiana powyższego przez Wykonawcę w drodze wyjaśnień czy uzupełnień prowadziłaby bowiem do zmiany treści oferty w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia i naruszała wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Przepis art. 128 ust. 1 p.z.p. nie dotyczy uzupełniania czy poprawiania treści oferty złożonej przez Wykonawcę w zakresie jej przedmiotu, stanowiącego element przedmiotowo istotny oferty. „Celem instytucji uzupełnienia dokumentów jest stworzenie możliwości usunięcia braków lub uchybień w złożonych na wezwanie zamawiającego oświadczeniach i dokumentach, tak aby wykonawca faktycznie zdolny do wykonania zamówienia nie był eliminowany z postępowania jedynie ze względów formalnych, nie zaś merytorycznych” (.). W niniejszej sprawie jakakolwiek zmiana złożonych dokumentów prowadzić będzie do zmian merytorycznych, bowiem treść przedłożonych wraz z ofertą dokumentów jest jasna - całość zamówienia wykona podmiot trzeci. Jeśli więc Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie „uzupełni” dokument poprzez wskazanie, że to jednak on będzie realizował zamówienie w większej części to nie dojdzie do formalnego uzupełnienia dokumentu a do jego merytorycznej zmiany, co jest niedopuszczalne. Z tego względu wskazać należy, że oferta Wykonawcy Gardenia powinna zostać odrzucona w postępowaniu a jakiegokolwiek wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów stanowi nadużycie prawa przez Zamawiającego. Nadużyciem Zamawiającego był sam fakt teoretycznego uwzględnienia pierwszego odwołania i unieważnienia czynności stanowiącej podstawę do jego wniesienia (o czym Odwołujący dowiedział się dopiero na posiedzeniu przed KIO w sprawie 1733/22), bowiem Zamawiający teoretycznie cofnął swoje czynności, jednakże nadal dopuszcza się naruszenia prawa, zmuszając Odwołującego do wnoszenia kolejnych odwołań niejako w tej samej sprawie - w sytuacji w której już pierwsze odwołanie mogło zostać rozpoznane merytorycznie przez Izbę i wydane rozstrzygnięcie wiązałoby strony.

Takiego rozstrzygnięcia Zamawiający zapewne się obawia, stąd uniemożliwił rozpoznanie sprawy, ale de facto nadal kontynuuje analogiczne działanie jak to stanowiące podstawę zaskarżenia w pierwszej sprawie. W tym miejscu podnieść należy także niejako na wyrost, że również wezwanie na podstawie art. 122 ustawy Pzp nie będzie miało racji bytu w niniejszej sprawie, bowiem przepis ten dotyczy sytuacji podmiotu trzeciego (spełniania przez niego warunków), która w tej sprawie nie jest kwestionowana. Kwestionowany jest udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, co wyklucza zastosowanie wskazanego unormowania (KIO 447/22).

II. Odnosząc się do konieczności odrzucenia oferty wskazać należy, że przedmiotem zamówienia zgodnie z działem III SWZ jest realizacja I etapu inwestycji pod nazwą: Przebudowa stadionu lekkoatletycznego z bieżnią o długości 400 m na Stadionie Miejskim w Płocku, przy ul. Sportowej 3. Zarówno w treści oferty jak i w treści zobowiązania podmiotu trzeciego wpisano, że Wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A. zrealizuje „przebudowę stadionu lekkoatletycznego z bieżnią oraz wykonanie pozostałych urządzeń lekkoatletycznych”, a zatem dokładnie to co stanowi przedmiot zamówienia.

Wykonawca Gardenia nie dokonał żadnego wyłączenia, co do zakresu zamówienia realizowanego przez TAMEX czy w żaden inny sposób nie zaimplementował, że samodzielnie wykona jakiegokolwiek zakres zamówienia - wręcz przeciwnie z oferty oraz zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że to ten podmiot wykona całość zamówienia opisaną jako przebudowa obiektu lekkoatletycznego z bieżnią. Nawet gdyby Wykonawca Gardenia sp. z o.o. zamierzał koordynować, nadzorować czy wykonywać drobne prace (np. sanitarne czy inne) to nadal stanowi to zaledwie mały ułamek zamówienia, mający znaczenie wręcz marginalne. W praktyce wykonanie 99% całości zamówienia przez podmiot trzeci nie różni się niczym od powierzenie podmiotowi trzeciemu całości zamówienia. Takie działanie jest bez wątpienia niezgodne z przepisami ustawy Pzp, która w art. 462 ust. 1 wskazuje, że Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy - część, a nie całość zamówienia. Stanowisko takie jest niekwestionowane w doktrynie i orzecznictwie: KIO 1794/18, KIO 1816/18; KIO 299/20: „Nie ma możliwości powierzenia całości zamówienia do realizacji podwykonawcom. Problematyczne jest wprowadzenie określenia tego, co należy rozumieć przez część zamówienia i określenie tego w sposób procentowy. Nie sposób ustalić bowiem jednej granicy, kiedy należy uznać, że zamówienie zostało w całości powierzone do wykonania podwykonawcy i ustalenie jakiegoś określonego, minimalnego zakresu do wykonania dla wykonawcy”. KIO 862/18: „Określenie «część zamówienia» należy rozpatrywać przez konkretny pryzmat przedmiotu danego zamówienia publicznego. Jeżeli wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego tylko koordynuje realizację zamówienia publicznego, to należałoby uznać, że przekroczył dopuszczalną w

świecie ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych możliwość powierzenia podwykonawcom zlecenia «części» zamówienia. Biorąc pod uwagę cel p.z.p., można by było dojść do wniosku, że część zamówienia, jaką wykonawca powierza podwykonawcy, nie powinna stanowić większości zamówienia publicznego, gdyż zlecenie wykonania zamówienia podwykonawcom może być postrzegane jako obejście ustawy w zakresie weryfikacji wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia w ramach ustawowej procedury”.

W dniu 5 maja 2021 roku Sąd Okręgowy w Warszawie wydał wyrok o sygn. akt XXIII Zs 11/21, w którym również potwierdził prawidłowość powyższego rozumowania, tj. rozstrzygnięcia KIO, zawartego w wyroku z dnia 7 grudnia 2020 r. o sygn. akt 2971/20, 2976/20, w którym Izba podniosła, że „zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom. Powyższą wykładnię potwierdza literalne brzmienie art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, w którym dopuszczona została możliwość powierzenia jedynie części zamówienia podwykonawcy. Powyższej interpretacji nie przeczą dalsze przepisy ustawy

Pzp, w tym ust. 2 art. 36a ustawy. W ocenie Izby przepis ten uprawnia jedynie

zamawiającego do określenia takich części zamówienia, które muszą zostać wykonane przez wykonawcę z uwagi na ich kluczowy charakter lub rodzaj prac w ramach zamówienia na dostawę. Nie oznacza to jednak, że brak takiego zastrzeżenia w postanowieniach specyfikacji, skutkuje dopuszczalnością powierzenia całości zamówienia podwykonawcom”. Co istotne Izba wskazała także, że „Izba wskazuje, iż podnoszone przez wykonawcę czynności jak: zarządzanie realizacją umowy, organizacja i koordynacja prac podwykonawców, dbanie o prawidłową realizację prac, rozliczanie godzin usług dodatkowych, udział w czynnościach odbiorowych z Zamawiającym, organizacja spotkań projektowych, wystawianie faktur, przyjmowanie faktur od podwykonawców, dbanie o przepływy finansowe, obsługa prawna projektu, obsługa administracyjna, dochodzenie ewentualnych roszczeń nie mają bezpośredniego przełożenia na wykonywanie przedmiotu niniejszego zamówienia (...). Powyższe czynności mają charakter poboczny względem zasadniczego przedmiotu zamówienia, a ich wykonanie nie spowoduje, że Wykonawca nabydzie określone doświadczenie umożliwiające mu w przyszłości udział w kolejnych

zamówieniach zbliżonych rodzajowo do niniejszego”.

Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie Wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego Wykonawcę przedmiotu zamówienia. Tym samym w orzecznictwie KIO już pod rządami przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp2004, który był odpowiednikiem aktualnie obowiązującego art. 462 ust. 1 ustawy Pzp został wypracowany pogląd, zgodnie z którym Zamawiający może powierzyć podwykonawcom jedynie część zakresu rzeczowego, zaś wyłączona jest możliwość powierzenia całości zamówienia. W realiach niniejszej sprawy ma to znaczenie również dlatego, że podmiot trzeci, któremu Wykonawca Gardenia sp. z o.o. zamierza zlecić całość zamówienia samodzielnie również złożył ofertę w postępowaniu. W konsekwencji Wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A. mógł de facto złożyć dwie oferty w postępowaniu - z różnymi, znacznie różniącymi się cenami, którymi może wpływać na przebieg zamówienia w trybie negocjacji. Bez wątpienia stanowi to naruszenie konkurencyjności postępowania. W tych okolicznościach powstaje również pytanie o uczciwość Wykonawców, bowiem bez wątpienia Wykonawcy znali swoje ceny ofertowe jeszcze przed złożeniem ofert skoro Wykonawca TAMEX udostępnił Wykonawcy Gardenia swoje doświadczenie w całości. Wykonawcy uzgodnili zatem ceny w taki sposób, aby jeden z Wykonawców był tańszy, a drugi droższy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 8 sierpnia 2022 r.) wniósł (...) o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych”. W uzasadnieniu stanowiska wskazał w szczególności: (...)

Dnia 28 czerwca 2022r. Wykonawca GretaSport I. S. wniosła odwołanie od czynności postępowania o zamówienie publiczne poprzez zarzucenie naruszenia: art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 w zw. z art. 275 ust. 2 oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. (ul. Kłobucka 13, 02-699 Warszawa) z postępowania, mimo że Wykonawca ten zamierza powierzyć podwykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. realizację całości przedmiotu zamówienia, co jest niezgodne z dyspozycją przepisu art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. (...) Na skutek ww. odwołania Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie wyznaczyła rozprawę na dzień 20 lipca 2022r. W dniu 19 lipca 2022r. Zamawiający unieważnił czynność zaproszenia do negocjacji oraz badania i oceny ofert i wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego. W związku z powyższym w dniu 20 lipca 2022r. na rozprawie w KIO doszło do umorzenia postępowania. Dowód: postanowienie KIO o umorzeniu postępowania. Na skutek ww. odwołania Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie wyznaczyła rozprawę na dzień 20 lipca 2022r. W dniu 19 lipca 2022 r. Zamawiający unieważnił czynność zaproszenia do negocjacji oraz badania i oceny ofert i wezwał

Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego. W związku z powyższym w dniu 20 lipca 2022r. na rozprawie w KIO doszło do umorzenia postępowania. Dowód: postanowienie KIO o umorzeniu postępowania. Na tę czynność Odwołujący ponownie złożył odwołanie i zarzucił:

1) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp — poprzez niezasadne wezwanie

Wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. (...) do uzupełnienia dokumentów w przedmiocie oświadczenia Wykonawcy dotyczącego udziału podmiotu trzeciego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez wskazanie części zamówienia jakie zostanie wykonane przy udziale podmiotu trzeciego, mimo że w niniejszym postępowaniu nie doszło do braku złożenia oświadczenia czy złożenia niekompletnego lub zawierającego błędy oświadczenia, a tylko w takich sytuacjach możliwe jest wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp,

2) w konsekwencji powyższego również art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 w zw. z art. 275 ust. 2 oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

Wykonawca Gardenia Sport sp. z o.o. (ul. Kłobucka 13, 02-699 Warszawa) z postępowania, mimo że Wykonawca ten zamierza powierzyć podwykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. realizację całości przedmiotu zamówienia, co jest niezgodne z dyspozycją przepisu art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy”,

Zamawiający podał, (...) że na rozprawie w dniu 20 lipca 2022r. znając stan faktyczny i prawny w niniejszej sprawie Odwołujący miał możliwość kontynuować rozprawę poprzez popieranie odwołania, którego nie wycofał, a tym samym dążyć do rozstrzygnięcia sprawy. Zdaniem Zamawiającego skoro doszło do umorzenia postępowania to czynności podjęte przez Zamawiającego w dniu 19 lipca 2022 r. były zgodne z prawem zamówień publicznych. W pierwszej kolejności Zamawiający pragnie wskazać na art. 462 ust. 1 ustawy PZP. Przepis ten zgodnie z dyrektywą UE oraz utrwalonym orzecznictwem TSUE rzeczywiście dopuszcza powierzenie Podwykonawcy części zamówienia. Wynika to faktu, że Podwykonawca ma pomagać Wykonawcy zamówienia w realizacji umowy. Stąd, aby każdy z nich spełnił swoją rolę w postępowaniu powierzenie określonej części zamówienia Podwykonawcy jest zasadne i logiczne. Na powyższą okoliczność Odwołujący się przytoczył obszernie orzecznictwo KIO. Dodatkowo należy także wskazać, że Zamawiający ma prawo (nie obowiązek) żądać wskazania jaką część zamówienia Wykonawca zamierza powierzyć Podwykonawcy. Uprawnienie to choć żądane na etapie składania oferty nie stanowi przyczyny odrzucenia oferty w przypadku uchybienia przez Wykonawcę wskazania powyższego. Przede wszystkim dlatego, że zgodnie z art. 124 ustawy PZP wskazanie przez Wykonawcę jaka część zamówienia będzie realizowana przez Podwykonawcę stanowi podmiotowy środek dowodowy. Natomiast zgodnie z art. 128 ustawy PZP podmiotowe środki dowodowe podlegają uzupełnieniu lub poprawieniu w przypadku braku kompletności, błędów czy ich nie wykazania. Takie ujęcie przez Ustawodawcę podmiotowych środków dowodowych miało służyć odformalizowaniu postępowania o zamówienie publiczne, gdzie praktyka wielu lat stosowania ustawy PZP pokazała jak często Zamawiający dokonują odrzucenia oferty z powodów formalnych a nie merytorycznych. Zresztą zreformowanie systemu zamówień publicznych w 2019r. miało poprawić sprawność wybierania Wykonawcy oraz odformalizować system celem zwiększenia dostępności Wykonawców do zamówień publicznych. W niniejszej sprawie wszystkie oświadczenia złożone przez Wykonawcę: Gardenia Sport sp. z o.o. (...) zarówno w formularzu oferty, jak i w oświadczeniach złożonych do oferty mają charakter ogólny. Nie wynika z nich czy wskazana część dla podmiotu trzeciego to rzeczywista część powierzona podmiotowi trzeciemu czy jest to tylko nazwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym Zamawiający powinien powyższy środek dowodowy uzupełnić na podstawie art. 128 ustawy PZP. W drugiej kolejności Zamawiający pragnie wskazać art. 118 ust. 1 ustawy PZP. Na uwagę zasługuje umieszczenie zapisu art. 118 ust. 1 ustawy PZP w Oddziale 3 Udostępnienie zasobów nie zaś w Rozdziale 5 Podwykonawstwo. Należy uznać, że Ustawodawca jest racjonalny więc tworząc przepisy ustawy PZP zapewne miał coś na uwadze skoro nie połączył przepisów o udostępnianiu zasobów podmiotu trzeciego wraz z przepisami o podwykonawstwie. Pomimo, że udostępnienie zasobu podmiotu trzeciego w

umowie o roboty budowlane powoduje de facto podwykonawcze realizowanie umowy

zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. No właśnie choć mamy podwykonawstwo w obu przypadkach to jednak cel istnienia art. 118 i art. 462 ustawy PZP jest zupełnie inny. Zapis art. 118 ustawy PZP służy użyciu podmiotu trzeciego, na którego zasoby może powołać się Wykonawca, do spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Dodatkowo art. 118 ust. 1 ustawy PZP wskazuje, że Wykonawca może skorzystać z tego zapisu w stosownych sytuacjach, w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części. Tymczasem zapis art. 462 Ustawy PZP nie pozwala Podwykonawcy spełniać warunku udziału w postępowaniu a jedynie wykonywać część zamówienia. Oczywiście art. 118 ust. 2 ustawy PZP żąda wykonywania przez podmiot trzeci robót budowlanych, do realizacji których powołano się na zasoby podmiotu trzeciego i w tym zakresie podmiot trzeci staje się niejako podwykonawcą. Gardenia Sport sp. z o.o. we wszystkich dokumentach postępowania powoływała się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, który będzie podwykonawcą. I tylko w takim ujęciu należy rozważać udział podwykonawcy jako podmiotu trzeciego w ofercie Gardenii. Jak z tego wynika Gardenia najpierw pragnęła spełnić warunek udziału w postępowaniu poprzez wykazanie zasobów podmiotu trzeciego a następnie w konsekwencji art. 118 ust. 1 ustawy PZP nazwała ten podmiot podwykonawcą zgodnie z art. 118 ust.2 ustawy PZP. Art. 118 ustawy nie odsyła do art. 462 ustawy PZP ani nie zawęża spełnienia warunku udziału w postępowaniu do jakiegokolwiek części zamówienia publicznego. Wręcz przeciwnie art. 118 ust. 1 jak widać wyżej mówi o konkretnym zamówieniu lub jego części. Oznacza to, że jeżeli podmiot trzeci zostanie wykazany na spełnienie danego warunku udziału w postępowaniu to w tym zakresie wykonuje zamówienie publiczne. W ocenie Zamawiającego może to być i 80% zamówienia. Przepis ten ma zastosowanie, gdy wykonawca nie spełnia sam warunków udziału w postępowaniu i w celu zwiększenia swoich zdolności podmiotowych opiera się na zdolnościach podmiotu trzeciego. Przepis ten nie dotyczy zwykłego powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom tak jak stanowi art. 462 ustawy PZP. Art. 118 służy otwieraniu zamówień publicznych na jak najszerzy krąg konkurencji z korzyścią nie tylko dla wykonawców ale również dla zamawiających — komentarz do ustawy PZP str. 455 publikacja Urząd Zamówień Publicznych 2021. Zatem patrząc na zapis art. 118 ust. 1 ustawy PZP jako samodzielną podstawę prawną ubiegania się o udzielenie zamówienia należy stwierdzić, że nie można dokonać takiego prostego przełożenia tego zapisu na art. 462 ustawy PZP jak uczyniono to

w odwołaniu. Bowiem takie rozumienie art. 118 ust. 1 ustawy PZP wypacza sens jego powstania i założeń oraz zawęża konkurencję. Jeśli, bowiem zapis art. 118 ust. 1 ustawy PZP miałby służyć ograniczeniu go tylko do części zamówienia wówczas nie byłoby mowy o możliwości uzupełnienia przez Wykonawców swego doświadczenia zasobami innych podmiotów. Odwołujący się powołuje się również na fakt, że warunek udziału w postępowaniu jest tak skonstruowany, że tylko dwa podmioty mogą go spełnić. No cóż przedmiotowe postępowanie jest specyficzne z uwagi na charakter jakiego ma służyć czyli wyposażeniu stadionu miejskiego. Roboty budowlane w obrębie przedmiotu jakim jest stadion obwarowane są przepisami federacji sportowych, które uniemożliwiają Zamawiającemu na swobodę ich wyboru i zastosowania. Tak było również w tym przypadku. Wymogi projektu technicznego nie pozostawiają żadnego pola manewru dla budowlany typu stadion. Zamawiający nie dokonał skonstruowania warunku udziału w postępowaniu celem zawężenia konkurencji tylko przyjął taki warunek z uwagi na obowiązujące go przepisy prawa i wymogi techniczne dla procedowanego obiektu. Jak łatwo zauważyć czytając SWZ oraz dokumentację postępowania spełnienie warunku powołując się na zasoby podmiotu trzeciego Wykonawca nie będzie realizował 100% zamówienia podmiotem trzecim. Przedmiotowy warunek obejmuje około 60% zamówienia i w tej części podmiot trzeci będzie na etapie realizacji umowy podwykonawcą. W art. 7 pkt 27 Ustawy PZP ustawodawca jednoznacznie zdefiniował umowę o podwykonawstwo jako umowę zawieraną w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca zobowiązuje się wykonać część zamówienia. W definicji tej nie ma mowy o obligatoryjnym powiązaniu podwykonawstwa z udostępnianiem zasobów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Rozważania w tej kwestii odnajdziemy w wyroku KIO 1916/21: „Sama zaś okoliczność korzystania z podwykonawców nie oznacza, że podmiot taki udostępniać będzie swój potencjał celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stanowisko Izby znajduje potwierdzenie w publikacji Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (Urząd Zamówień Publicznych, 2021), gdzie czytamy, że (Przepis w zasadzie nie dotyczy zwykłego powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, o którym mowa w art. 462 ust. 1 Pzp». Jeżeli zatem wykonawca M. nie powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego, nie był zobowiązany do przedstawienia ani zobowiązania określającego zakres oddawanych do dyspozycji wykonawcy zasobów i sposób udostępnienia zasobów, ani JEDZ dla takiego podmiotu, ani oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu podpisanego przez taki podmiot, ani podmiotowych środków dowodowych obrazujących sytuację prawną takiego podmiotu. Nie były więc w takiej sytuacji konieczne jakiegokolwiek działania samego zamawiającego związane z uzyskaniem od wykonawcy dodatkowych wyjaśnień, wezwaniem do uzupełnienia zobowiązania czy też innych dokumentów”. W przypadku posługiwania się doświadczeniem podmiotu trzeciego wykonawca musi wykazać, że podmiot ten rzeczywiście będzie brał udział w realizacji części robót budowlanych lub usług, a stopień i zakres zaangażowania będą adekwatne do postawionego żądania wykazania się określonymi zdolnościami (zastrzeżenie to wynika z art. 118 ust. 2 ustawy PZP). Oznacza to, że zaangażowanie podmiotu udostępniającego zasoby w wykonanie wąskiego zakresu prac może wypełniać omawianą regułę, ale nie musi. Takie wnioski płyną m.in. z wyroku KIO 1323/21). Oceny poziomu zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia musi dokonać sam zamawiający, biorąc pod uwagę nie tylko procentowy udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, ale także inne aspekty właściwe dla powierzonego zakresu, jak pracochłonność wykonywania prac. Na aktualnie obowiązującym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego brak podstaw do odrzucenia oferty Gardenii Sp. z o.o.: „Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się natomiast z twierdzeniami odwołującego, jakoby wadliwe wykazanie potencjału zawodowego przystępującego miało powodować konieczność wykluczenia go z przetargu. Na zamawiającym spoczywają ustawowe obowiązki, kiedy wykonawca nie wykaże, że posiada właściwą zdolności podmiotową do udziału w postępowaniu. Zgodnie z dokumentacją postępowania nie wzywano wykonawcy do uzupełnienia w tym zakresie, a zamawiający ma obligatoryjny nakaz wynikający z art. 26 ust. 3 ustawy PZP (aktualnie art. 128 ust. 1 ustawy PZP), aby w sytuacji, gdy złożone oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, wezwać przystępującego do uzupełnienia w tym przedmiocie, co skład orzekający nakazał zamawiającemu w sentencji wyroku. I dopiero brak wykazania doświadczenia na obowiązkowe wezwanie do uzupełnienia może spowodować eliminację przystępującego z postępowania. Wskazał na wyrok KIO 341/21 podnosząc: Odwołujący zmierza wprost do odrzucenia oferty Wykonawcy bez możliwości zastosowania jakiegokolwiek przepisu ustawy PZP celem uzupełnienia lub wyjaśnienia informacji związanych z udziałem podmiotu trzeciego. Zdaniem Zamawiającego jest to bezpodstawne twierdzenie, ponieważ odrzucenie oferty może mieć miejsce w sytuacji absolutnej i bezspornej niezgodności oferty z SWZ oraz dotyczyć musi rzeczy nieusuwalnych w treści oferty. Niezgodność musi mieć charakter merytoryczny a nie formalny - orzeczenia KIO 173/09, 2478/13. Jednocześnie KIO uznało, że podanie w formularzu oferty danych dotyczących podwykonawców nie może stanowić treści oferty w rozumieniu ustawy PZP a tym samym stanowi takie element oferty, który może ulec zmianie - KIO 192/17, 234117: „O

zasadności czynności odrzucenia oferty nie może świadczyć podniesiona przez Zamawiającego okoliczność, że Odwołujący nie wykazał precyzyjnie zakresu robót budowlanych, które zamierza powierzyć podwykonawcy." Na żadnym etapie złożonej oferty oraz załączników do oferty Wykonawca nie złożył jednoznacznego i bezspornego oświadczenia, że podmiot trzeci wykona ponad 90% zamówienia. Twierdzenia Odwołującego w tym przedmiocie są gołosłowne, wynikają z domysłów i nadinterpretacji.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: Gardenia Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 16 sierpnia 2022 r. wskazał na następujące okoliczności:

1. Zamawiający w dniu 24 czerwca 2022 r. zawiadomił wykonawców uczestniczących w postępowaniu o zaproszeniu do negocjacji. W pierwszym odwołaniu, z dnia 28 czerwca 2022 roku, Odwołujący wskazał:

Stosownie do treści art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem oferta Odwołującego - zgodnie z informacją o wstępnej punktacji przyznanej ofertom z dnia 24 czerwca 2022 roku - otrzymała drugą w kolejności liczbę punktów (87). W informacji z dnia 24 czerwca 2022 roku wynika, że Zamawiający poinformował, że nie odrzucił żadnej z ofert oraz zakwalifikował wszystkich Wykonawców do negocjacji. Jednakże zdaniem Odwołującego Zamawiający winien już na tym etapie odrzucić ofertę Wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. (która otrzymała największą ilość punktów we wstępnej punktacji - 100). Odwołujący ma zatem interes w żądaniu

(Fragment odwołania z dnia 28 czerwca 2022 r.)

2. Odwołujący zatem czynność zaproszenia do negocjacji traktuje jako moment zakończenia badania i oceny ofert. Zamawiający w dniu 19 lipca 2022 r. dokonał unieważnienia czynności zaproszenia do negocjacji oraz wstępnego badania i oceny ofert.

INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU CZYNNOŚCI ZAPROSZENIA DO NEGOCJACJI ORAZ
BADANIA I OCENY OFERTY.

Zamawiający - MOSIR sp z o o dokonuje unieważnienia czynności zaproszenia do negocjacji
wstępnego badania i oceny ofert dokonanej w dniu 24 06 2022 r

Zamawiający powtórzy czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu
i zaprosi do negocjacji.

(Czynność Zamawiającego z dnia 19 lipca 2022 r.)

3. Zamawiający na chwilę obecną prowadzi w dalszym ciągu badanie i ocenę ofert. Do dnia dzisiejszego etap ten nie został zakończony. Zamawiający może podjąć dowolne czynności w postępowaniu i dopiero od tych czynności przysługiwać będzie wykonawcy odwołanie. Zarzut nr 2 (zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego) jest zatem przedwczesny i powinien podlegać odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. W kontekście zasadności odrzucenia odwołania w tym zakresie Przystępujący zwraca uwagę na postanowienie KIO 905/16: „Odnosząc się do kwestii związanej z przedmiotem zaskarżenia oraz terminem wniesienia odwołania Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego, poparty również przez Przystępującego, o przedwczesności wniesionego odwołania utożsamianego z wymogiem formalnym odnoszącym się do konieczności dochowania terminu na jego wniesienie (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp)”.

4. W ocenie Przystępującego również zarzut nr 1 (dotyczący czynności wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów) jest przedwczesny. Odwołujący o czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów dowiedział się w wyniku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą. Czynność ta nie dotyczy Odwołującego, a Przystępującego. Zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, załączniki do protokołu postępowania udostępniane są po zakończeniu badania i oceny ofert. Przepis ten ma gwarantować m.in. realizację zasady koncentracji środków ochrony prawnej. Sam zarzut nie został powiązany z żadną czynnością mającą wpływ na wynik postępowania. Dlatego w ocenie Przystępującego również zarzut nr 1 jest przedwczesny na obecnym etapie postępowania”. Dalej wskazał:

„Z daleko idącej ostrożności, nawiązując do zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego, wnoszę o oddalenie odwołania w całości. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez niezasadne wezwanie Wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. (.) do uzupełnienia dokumentów w przedmiocie oświadczenia Wykonawcy dotyczącego udziału podmiotu trzeciego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego poprzez wskazanie części zamówienia jakie zostanie wykonane przy udziale podmiotu trzeciego, mimo że w niniejszym postępowaniu nie doszło do braku złożenia oświadczenia czy złożenia niekompletnego lub zawierającego błędy oświadczenia, a tylko w takich sytuacjach możliwe jest wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

5. Nie są prawdziwe twierdzenia Odwołującego, iż „Zamawiający nie postawił w SWZ wymagania, aby Wykonawca składał jakiekolwiek oświadczenie dotyczące udziału podmiotu trzeciego w postępowaniu. Jedynym dokumentem składanym w tym zakresie jest zobowiązanie podmiotu trzeciego w sytuacji, gdy Wykonawca polega na zdolnościach tego podmiotu przy spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. W treści SWZ nie ma żadnego dokumentu, którego złożenie było w tym zakresie wymagane i którego Wykonawca nie złożył”.

6. Przystępujący wskazuje, że Zamawiający obok zobowiązania podmiotu trzeciego, wymagał złożenia oświadczenia własnego wykonawcy, którego wzór stanowił załącznik nr 3 do SWZ. Tytuł drugiej części tego formularza to „Informacja w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów”. Treść oświadczenia przygotowanego przez Zamawiającego otrzymała następujące brzmienie:

INFORMACJA W ZWIĄZKU Z POLEGANIEM NA ZASOBACH INNYCH PODMIOTÓW

Oświadczam, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia - polegam na zasobach następującego/ych podmiotu/ów:

w następującym zakresie:

(wskazać podmiot i określić odpowiedni zakres dla wskazanego podmiotu).

(miejscowość, data) (podpis elektroniczny osoby upoważnionej)

(Fragment załącznika nr 3 do SWZ) (.)

7. Przystępujący nie miał zatem żadnych wątpliwości, jaki dokument został wskazany przez Zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 19 lipca 2022 r. Zamawiający wskazał wprost na „oświadczenie wykonawcy dotyczące udziału podmiotu trzeciego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”. Przystępujący, który zapoznał się z dokumentami zamówienia, nie miał wątpliwości na jakie oświadczenie wskazał Zamawiający.

8. Przystępujący wskazuje także, iż powody wezwania do uzupełnienia dokumentów były jasne. Pierwotnie złożone oświadczenie miało następującą treść:

INFORMACJA W ZWIĄZKU Z POLEGANIEM NA ZASOBACH INNYCH PODMIOTÓW

Oświadczam, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia - polegam na zasobach następującego/ych podmiotu/ów:

TAMEX Obiekty Sportowe S.A.

Ul. Ludwika Iłdzikowskiego 16, 00-710 Warszawa

w następującym zakresie:

- wiedza i doświadczenie w zakresie wykonania:

jednej roboty budowlanej polegającej na budowie/przebudowie bieżni lekkoatletycznej ośmiotorowej o długości dystansu 400 metrów i promieniu 06,5 m, w technologii oferowanej nawierzchni (Fuli PUR), gdzie zrealizowany obiekt otrzymał świadectwo PZLA,

oraz

jednej roboty budowlanej na stadionie, który uzyskał Świadectwo lub certyfikat WA polegającą na budowie/przebudowie infrastruktury lekkoatletycznej, w tym co najmniej 3-ch urządzeń z niżej wymienionych:

- I. skoczni do skoku wzwyż,
- II. skoczni do skoku o tyczce.
- III. skoczni do skoku w dal,
- IV. rzutni do rzutu dyskiem i młotem,
- V. rzutni do rzutu oszczepem,
- VI. rzutni do pchnięcia kulą,
- VII. rowu z wodą do biegu z przeszkodami.

- osoba, która będzie skierowana do kierowania robotami:

posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń w zakresie objętym niniejszym zamówieniem, wydane na podstawie obowiązujących przepisów prawa lub odpowiadające im uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa oraz posiada co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami oraz pełnieniu obowiązków kierownika budowy, w tym przynajmniej jednej roboty polegającej na budowie/przebudowie bieżni o długości dystansu 400 m w kategorii III.

wskazać podmiot i określić odpowiedni zakres dla wskazanego podmiotu).

Warszawa, 15.06.2022r.

(miejscowość, data) (podpis elektroniczny osoby upoważnionej)

9. W pierwotnie złożonym oświadczeniu Przystępujący zacytował jedynie brzmienie warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący nie wskazał realnego zakresu prac podwykonawcy. Należy zauważyć, iż załącznik nr 3 zawierał jednoznaczne pouczenie: „wskazać podmiot i określić odpowiedni zakres dla wskazanego podmiotu”. Zamawiający rozumiał zatem pojęcie zakresu nie jako powtórzenie warunku udziału w postępowaniu, ale wskazanie części zamówienia jakie zostaną wykonane przez podmiot trzeci, co jest spójne i koresponduje z treścią wezwania do uzupełnienia dokumentów. Reasumując, z wezwania wynika konkretna wadliwość pierwotnego oświadczenia, tzn. Zamawiający wymagał wskazania konkretnego zakresu jaki wykona podmiot trzeci, pierwotne oświadczenie wskazywało jedynie jakie doświadczenie posiada podmiot trzeci, jednak nie wskazywało konkretnie zakresu jaki zostanie wykonany przez podmiot trzeci. Dla Przystępującego wezwanie było zatem zrozumiałe.

10. Z ostrożności Przystępujący wskazuje, że obowiązkiem Odwołującego jest wykazanie zarówno naruszenia przepisów ustawy Pzp, jak i wpływu lub możliwości istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro według Odwołującego czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczyła dokumentu niewymaganego treścią SWZ, to czynność ta nie ma żadnego wpływu na proces badania i oceny ofert, a zatem na wynik postępowania. Z odwołania w żaden sposób nie wynika, jak unieważnienie czynności wezwania do złożenia dokumentów, miałyby wpłynąć na wynik postępowania (w tym przypadku zaproszenie do negocjacji), czy też na ocenę podmiotową oferty Przystępującego.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 w zw. z art. 275 ust. 2 oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. (ul. Kłobucka 13, 02-699 Warszawa) z postępowania, mimo że Wykonawca ten zamierza powierzyć podwykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. realizację całości przedmiotu zamówienia, co jest niezgodne z dyspozycją przepisu art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

11. Oferta złożona przez Przystępującego nie zakłada realizacji całości zamówienia przez Podwykonawcę. Zakres podwykonawstwa opisany w formularzu oferty nie stanowi całości zamówienia. Żaden dokument ofertowy nie zawiera oświadczenia, iż całość zamówienia

zostanie zrealizowana przez podwykonawcę. Tym samym, odwołanie jest bezprzedmiotowe. Przystępujący wykona samodzielnie istotne elementy zamówienia

12. W pierwszej kolejności Przystępujący wyjaśnia, iż przed wyborem oferty najkorzystniejszej nie był wzywany do wyjaśnienia kwestii związanej z zakresem podwykonawstwa. Przystępujący wyjaśnia zatem, iż zarówno Opis przedmiotu zamówienia (Dział III ust. 1 pkt 1-3), jak i projekt umowy (§ 1 ust. 2 pkt 1-3) wskazują na trzy główne elementy zamówienia:

2. W zakres przedmiotu zamówienia, wskazanego w ust. 1, wchodzi:

- 1) przebudowa bieżni ośmiotorowej o długości dystansu 400 metrów i promieniu 36,5 metrów wraz z bieżnią prostą ośmiotorową o długości 130 m; poszerzenie strefy bezpiecznej bieżni do szerokości zgodnej z przepisami PZLA i IAAF,
- 2) przebudowa infrastruktury lekkoatletycznej, w tym zakup i montaż elementów wyposażenia, które należy wmontować w gruncie,
- 3) wykonanie infrastruktury elektrycznej i sanitarnej w zakresie dot. przebudowywanej infrastruktury lekkoatletycznej.

13. W formularzu ofertowym Przystępującego wskazano następujący zakres podwykonawstwa:

L.p.	Nazwa i adres Podwykonawcy	Zakres prac powierzonych Podwykonawcy
1	Podwykonawcą będzie firma udostępniająca zasoby: TAMEX Obiekty Sportowe S.A.	Przebudowa stadionu lekkoatletycznego z bieżnią oraz wykonanie pozostałych urządzeń lekkoatletycznych.

14. Nie może być zatem żadnych wątpliwości, że trzeci z głównych elementów zamówienia wyodrębnionych przez Zamawiającego tj. wykonanie infrastruktury elektrycznej i sanitarnej nie został wskazany w formularzu ofertowym jako objęty podwykonawstwem. Jest to element istotny i wyodrębniony przez Zamawiającego w umowie. Podkreślenia wymaga, że dwa pierwsze elementy wskazane przez Zamawiającego tj. przebudowa bieżni ośmiotorowej oraz przebudowa infrastruktury lekkoatletycznej zostały wskazane w formularzu ofertowym. Reasumując, Przystępujący z pewnością wykona infrastrukturę elektryczną i sanitarną, czyli element istotny i wyodrębniony przez Zamawiającego. Z żadnego dokumentu ofertowego nie wynika, iż właśnie te prace (elektryczne i sanitarne) zostaną wykonane przez podwykonawcę Przystępującego.

15. Zakres podwykonawstwa opisany w formularzu oferty nie stanowi całości zamówienia. Zakres prac, jaki Przystępujący zamierza wykonać samodzielnie oprócz prac elektrycznych i sanitarnych obejmuje także m.in.:

- Przygotowanie zaplecza budowy
- Prace rozbiórkowe w tym: rozbiórka ogrodzenia, obrzeży, odwodnienia liniowego, nawierzchni z kostki, podbudowy, osprzętu lekkoatletycznego, demontaż masztów flagowych, zerwanie istniejącej nawierzchni poliuretanowej, frezowanie podbudowy asfaltowej wraz z utylizacją urobku.
- Wykonanie chodników
- Przyłącze wodociągowe
- Kanalizację deszczową
- Odwodnienie liniowe
- Odtworzenie nawierzchni boiska trawiastego
- Ogrodzenie bieżni
- Dokumentację powykonawczą

16. Z żadnego dokumentu ofertowego nie wynika, że powyższe elementy zamówienia

zostaną wykonane przez podwykonawcę. Powyższe elementy są znaczące dla prawidłowego przedmiotu zamówienia. Przykładowo, należy zwrócić uwagę na prace rozbiórkowe, gdzie wobec tylko tego elementu, wykonawcy. Przed upływem terminu składania ofert, zadali kilka pytań (pytanie 8 oraz 11 z dnia 8 czerwca 2022 r., pytanie 1, 2, 4, 5, 13, 17 z dnia 14 czerwca

2022 r.). Trudno zatem przyjąć, że prace rozbiórkowe są elementem nieistotnym i pomijalnym.

17. W ocenie Przystępującego nie ma żadnych przesłanek do przyjęcia, aby zakres prac wymagany przez Zamawiającego w warunkach udziału w postępowaniu utożsamiać z zakresem prac objętych przedmiotem zamówienia. Takich zapisów nie sposób odnaleźć w

SWZ. Brak jest w SWZ jakichkolwiek zapisów pozwalających na stwierdzenie, iż zakres postawionych przez Zamawiającego warunków należy odnieść jednocześnie do całościowego zakresu przedmiotowego zamówienia. W ocenie Przystępującego odróżnić należy warunek posiadania wiedzy i doświadczenia od przedmiotu zamówienia publicznego, o którego wykonanie ubiega się dany wykonawca, gdyż Zamawiający nie musi oczekiwać i w tym konkretnym wypadku nie żądał wykazania się przez wykonawcę identycznym zakresem prac, który został przewidziany do wykonania w ramach zamówienia publicznego.

18. W odwołaniu wskazano: „Wykonawca Gardenia nie dokonał żadnego wyłączenia, co do zakresu zamówienia realizowanego przez TAMEX czy w żaden inny sposób nie zmanifestował, że samodzielnie wykona jakiegokolwiek zakres zamówienia”. Przystępujący wskazuje, że żadne postanowienie SWZ nie obligowało do „manifestowania” jakie części zamówienia wykona samodzielnie. Zamawiający nie wymagał takich informacji, a wzory dokumentów nie zawierały miejsca na postulowaną przez Odwołującego „manifestację”.

19. Z ostrożności dodać należy, że zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane do realizacji których te zdolności są wymagane. Nie oznacza to jednak, że podwykonawca udostępniający zasoby ma obowiązek wykonać wszystkie roboty stanowiące przedmiot zamówienia. Takie założenie całkowicie wykluczyłoby z udziału w jego realizacji samego wykonawcę, który dysponuje przecież innym potencjałem koniecznym do realizacji zamówienia (personel, warunki finansowe, etc.). Wobec powyższego dla Przystępującego jasnym jest, że o ile podwykonawstwo podmiotu udostępniającego zasoby jest koniecznym elementem takiego udostępnienia, to jednak stanowczo zaprzecza, aby podwykonawstwo to miało wymiar 100% przedmiotu zamówienia. Postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu odpowiadają jedynie dwóm pierwszym z trzech wydzielonych w umowie elementów zamówienia. Przystępujący jest zatem w pełni uprawniony do wykonania infrastruktury elektrycznej i sanitarnej. Przystępujący spełnia samodzielnie część warunków udziału w postępowaniu.

20. Niezależnie od powyższego Przystępujący podnosi, że z uwagi na sposób prowadzenia przez Zamawiającego procedury w trybie podstawowym Przystępujący na obecnym etapie postępowania nie miał jeszcze możliwości przedstawienia wykazu osób oraz wykazu robót, składanych w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący w załączeniu przedstawia: - wykaz osób, - wykaz robót wraz z referencjami, które zamierza przedstawić w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie określonym w Rozdziale VI ust. II pkt 3 SWZ. Przedmiotowe dokumenty są także spójne z uzupełnionym przez Przystępującego oświadczeniem dotyczącym udziału podmiotu trzeciego oraz załączonym zobowiązaniem.

21. Z załączonych dokumentów wynika, że Przystępujący spełnia samodzielnie warunek dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym tj. Przystępujący samodzielnie zapewni osobę posiadającą uprawnienia budowlane oraz posiada ponad 3 letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami oraz pełnieniu obowiązków kierownika budowy, w tym przynajmniej jednej roboty polegającej na budowie/przebudowie bieżni o długości dystansu 400 m w jednej z następujących kategorii: I, II, III, IVa, Va. To zatem kierownik budowy skierowany przez Przystępującego będzie odpowiedzialny za realizację szeregu czynności opisanych w dokumentacji projektowej. Tym samym, nie sposób uznać, że Przystępujący nie będzie wykonywał zamówienia w żadnym zakresie.

22. Dalej, z załączonych dokumentów wynika także, iż Przystępujący spełnia samodzielnie warunek określony w Rozdziale V ust. 2 pkt 4 lit. b) SWZ tj. dotyczący posiadania doświadczenia w zakresie jednej (1) roboty budowlanej na stadionie, który uzyskał Świadectwo lub certyfikat WA, polegającej na budowie/przebudowie infrastruktury lekkoatletycznej, w tym co najmniej 3-ch urządzeń z niżej wymienionych:

- I. skocznia do skoku wzwyż,

- II. skoczni do skoku o tyczce,
- III. skoczni do skoku w dal,
- IV. rzutni do rzutu dyskiem i młotem,
- V. rzutni do rzutu oszczepem,
- VI. rzutni do pchnięcia kulą,
- VII. rowu z wodą do biegu z przeszkodami

Przystępujący posiada przedmiotowe doświadczenie i deklaruje, że wykona samodzielnie roboty w tym zakresie. Reasumując, Przystępujący samodzielnie dostarczy i zamontuje sprzęt sportowy, w tym: skocznie do skoku w dal i trójskoku, skoku o tyczce, pchnięcie kulą, rzut młotem i dyskiem oraz rów z wodą, co jest zgodne z brzmieniem uzupełnionych przez Przystępującego dokumentów. Przystępujący wskazuje, że zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasobów jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu i wyjaśnieniu, w trybie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, zatem może zostać skorygowane (poprawione) na etapie po złożeniu przez Wykonawców Wykazu robót oraz Wykazu osób.

23. Odnosząc się jedynie z ostrożności do kwestii wskazywania w formularzu ofertowym zakresu prac podwykonawczych wskazujemy, że w orzecznictwie KIO już dawno przesądzo i obecnie przyjmuje się jednolicie, że wskazanie zakresu prac (czyli części zamówienia), które będą wykonane przez podwykonawcę, ma charakter wyłącznie informacyjny i wszelkie braki czy błędy w tym zakresie nie mogą skutkować odrzuceniem oferty". Tytułem przykładu wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyrokach o sygn. akt: KIO 2826/15; KIO 606/18; KIO 2336/17; KIO 1528/17; KIO 234/17. (.).

24. Reasumując, twierdzenia Odwołującego o rzekomym powierzeniu podwykonawcy realizacji całości zamówienia są całkowicie bezpodstawne. Przystępujący wskazał szeroki zakres prac które wykona samodzielnie, które to prace nie zostały wskazane w formularzu oferty do wykonania przez podwykonawcę. Ponadto, formułowane w odwołaniu zarzuty i twierdzenia Odwołującego są zdecydowanie przedwcześnie, bowiem w niniejszym postępowaniu, z uwagi na tryb jego prowadzenia, nie doszło w ogóle do zastosowania procedury wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wnosząc zatem odwołanie nie mógł posiadać wiedzy co do tego, w jaki sposób Przystępujący będzie wykazywał spełnianie warunków udziału, lecz bazował wyłącznie na wyrwanej z kontekstu, zawartej w formularzu ofertowym informacji co do zakresu prac, jakie Przystępujący jedynie zamierzał przeznaczyć do wykonania przez podwykonawcę".

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W odwołaniu z dnia 25 lipca 2022 r. Odwołujący podał, że wnosi odwołanie wobec czynności Zamawiającego (1) w zakresie niezasadnego wezwania wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. (...) do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także (2) w zakresie zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z postępowania. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie: (1) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp wskazując, że niezasadne wezwanie wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. (wykonawca Gardenia) spowodowało nieuprawnione uzupełnienie przez wykonawcę oświadczenia dotyczącego udziału podmiotu trzeciego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez wskazanie części zamówienia jakie zostanie wykonane przy udziale podmiotu trzeciego, mimo że w niniejszym postępowaniu nie doszło do braku złożenia oświadczenia czy złożenia niekompletnego lub zawierającego błędy oświadczenia, a tylko w takich sytuacjach możliwe jest wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji powyższego również doszło, zdaniem wykonawcy, do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 w zw. z art. 275 ust. 2 oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. (...) z postępowania, w sytuacji gdy ten wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. realizację całości przedmiotu zamówienia, co jest niezgodne z dyspozycją przepisu art. 462 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o: (1) uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienie czynności wezwania Wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. (...) do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, b) odrzucenie oferty wykonawcy Gardenia Sport sp. z o.o. z postępowania,

Zaskarżone wezwanie zostało skierowane do Przystępującego - wykonawcy Gardenia w dniu 19 lipca 2022 r. i ten w odpowiedzi przedstawił wyjaśnienia w dniu 20 lipca.

Mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny, Izba uznała, że zarzuty podlegają rozpoznaniu na rozprawie, nie znalazła bowiem podstaw do odrzucenia odwołania, także co do zarzutu drugiego, jak wnioskował Przystępujący. W tym przypadku Izba miała na uwadze kluczowy zarzut dotyczący wezwania wykonawcy Gardenia w dniu 19 lipca br, co miało skutkować naruszeniem art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp z powodu podjęcia zaskarżonej czynności w miejsce odrzucenia oferty, co z kolei miało skutkować naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 w zw. z art. 275 ust. 2 oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp z powodu zaniechania dokonania żądanej czynności.

Rozpoznając zarzuty w zakresie podniesionym w odwołaniu i wskazanym powyżej, Izba uznała, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

W wezwaniu z dnia 19 lipca 2022 r. Zamawiający podał: (.) na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (.) wzywa do uzupełnienia dokumentów w przedmiocie oświadczenia Wykonawcy dotyczącym udziału podmiotu trzeciego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez wskazanie części zamówienia jakie zostanie wykonane przy udziale podmiotu trzeciego. W związku z toczącym się postępowaniem przez KIO w wyniku odwołania Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. (.) Zamawiający unieważnił czynność zaproszenia do negocjacji oraz badania i oceny ofert i dokonał powtórzenia czynności poprzez żądanie uzupełnienia dokumentów”.

Wykonawca Gardenia w odpowiedzi (pismo z dnia 21 lipca 2022 r.) podał: (.) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 lipca 2022 r. w załączeniu przekazuje:

1. Oświadczenie wykonawcy dotyczące udziału podmiotu trzeciego,
2. Zobowiązanie podmiotu trzeciego.

Ponadto, przedstawiamy zakres prac jakie zamierzamy powierzyć podwykonawcy oraz wskazujemy zakres jaki będziemy wykonywali samodzielnie.

1) Prace, jakie zamierzamy powierzyć podwykonawcy Tamex Obiekty Sportowe S.A. :

- Prace związane z budową bieżni lekkoatletycznej ośmiotorowej o długości 400m i promieniu 36,5m tj. wykonanie nowej podbudowy asfaltowej, nawierzchni poliuretanowej w technologii Full Pur, malowanie linii co stanowi około 60% wartości zamówienia.

2) Zakres prac, jaki zamierzamy wykonać samodzielnie:

Pozostały zakres zamówienia, w szczególności:

o Przygotowanie zaplecza budowy

- o Prace rozbiórkowe w tym: rozbiórka ogrodzenia, obrzeży, odwodnienia liniowego, nawierzchni z kostki, podbudowy, osprzętu lekkoatletycznego, demontaż masztów flagowych, zerwanie istniejącej nawierzchni poliuretanowej, frezowanie podbudowy asfaltowej wraz z utylizacją urobku.

o Wykonanie chodników

- Przyłącze wodociągowe
- Kanalizację deszczową
- Odtworzenie nawierzchni boiska trawiastego
- Ogrodzenie bieżni

- Dostarczenie i zamontowanie osprzętu sportowego, w tym: skoczni do skoku w dal i trójskoku, skok o tyczce, pchnięcie kulą, rzut młotem i dyskiem, rów z wodą
- Infrastruktura elektryczna i sanitarna
- Dokumentację powykonawczą (.).

Izba jednocześnie miała na uwadze, że Zamawiający skierował do wykonawcy

Gardenia co do złożonego oświadczenia, także - podobne - wezwanie w piśmie z dnia 29 czerwca 2022 r. w którym podał: „W odniesieniu do stawianego w odwołaniu z dnia 28 czerwca 2022 r., złożonego przez firmę P.W. GRETASPORT I. S., zarzutu dotyczącego zamierzenia powierzenia przez Państwa firmę podwykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. realizację całości ww. przedmiotu zamówienia, prosimy o: dokładne określenie zakresu, jaki zamierzacie Państwo powierzyć Podwykonawcy, wskazanie zakresu, jaki będziecie Państwo wykonywać samodzielnie. Jednocześnie proszę o wskazanie celu, jakim kierowali się Państwo przy określaniu podziału zakresów ww. prac.(.)

Wykonawca w odpowiedzi (pismo z dnia 30 czerwca br) wyjaśnił: (.) w nawiązaniu do pisma Zamawiającego z dnia 29.06.2022 r. znak MOSiR/285/DA/2022 i w odniesieniu do prośby o dokładne określenie zakresu prac jakie zamierzamy powierzyć podwykonawcy oraz wskazanie zakresu jaki będziemy wykonywali samodzielnie, w imieniu Gardenia Sport Sp. z o. o. wskazujemy:

1) Prace, jakie zamierzamy powierzyć podwykonawcy Tamex Obiekty Sportowe S.A. :

- Prace związane z budową bieżni lekkoatletycznej ośmiotworowej o długości 400m i

promieniu 36,5m tj. wykonanie nowej podbudowy asfaltowej, nawierzchni

poliuretanowej w technologii Full Pur, malowanie linii co stanowi około 60% wartości zamówienia

2) Zakres prac, jaki zamierzamy wykonać samodzielnie:

- Przygotowanie zaplecza budowy
- Prace rozbiórkowe w tym: rozbiórka ogrodzenia, obrzeży, odwodnienia liniowego, nawierzchni z kostki, podbudowy, osprzętu lekkoatletycznego, demontaż masztów flagowych, zerwanie istniejącej nawierzchni poliuretanowej, frezowanie podbudowy asfaltowej wraz z utylizacją urobku.
- Wykonanie chodników
- Przyłącze wodociągowe
- Kanalizację deszczową
- Odwodnienie liniowe
- Odtworzenie nawierzchni boiska trawiastego
- Ogrodzenie bieżni
- Dostarczenie i zamontowanie osprzętu sportowego, w tym: skoczni do skoku w dal i trójskoku, skok o tyczce, pchnięcie kulą, rzut młotem i dyskiem, rów z wodą
- Dokumentację powykonawczą

Jednocześnie nadmieniamy, że w treści zobowiązania Tamex Obiekty Sportowe S.A. do oddania Wykonawcy zasobów zostały zacytowane w całości sformułowane przez Zamawiającego w SWZ warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania zdolności technicznych lub zawodowych (Rozdział V ust. 2 pkt 4 lit. a oraz b). Pragniemy wskazać, że warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale V ust. 2 pkt 4 lit. b) oraz c) SWZ Wykonawca spełnia samodzielnie, a co za tym idzie, zakres prac wynikający z tego warunku udziału będzie wykonany przez nas samodzielnie. Wskazujemy, że ww. sposób wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu chcieliśmy zaprezentować w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie określonym w Rozdziale VI ust. II pkt 3 SWZ tj. w Wykazie robót (wraz z dowodami określającymi, czy te roboty zostały wykonane należycie) oraz Wykazie osób. Wezwanie takie nie miało jednak jeszcze miejsca, z uwagi na rodzaj zastosowanej procedury (tryb podstawowy z możliwością prowadzenia negocjacji).

Pragniemy również wskazać, że zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasobów jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu i wyjaśnieniu, w trybie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, zatem może zostać skorygowane (poprawione) na etapie po złożeniu przez Wykonawców Wykazu robót oraz Wykazu osób. (.). „W zakończeniu dodatkowo wskazujemy, że jednym z celów złożenia Zamawiającemu oferty przetargowej w niniejszym postępowaniu była chęć realizacji przedmiotowego zamówienia i zdobycia doświadczenia przy budowie bieżni ośmiotorowej o długości dystansu 400 metrów, we współpracy z Tamex Obiekty Sportowe S.A. Prawdą bowiem jest, co zostało zresztą podkreślone w odwołaniu wniesionym przez wykonawcę GRETASPORT I. S., że warunek określony w Rozdziale V ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ, na polskim rynku spełniają tylko dwa podmioty - GRETASPORT I. S. oraz Tamex Obiekty Sportowe S.A. Z tych względów odwołanie wniesione przez GRETASPORT I. S. traktujemy jako próbę dyskredytacji i dyskwalifikacji Wykonawcy, w celu niedopuszczenia kolejnego wykonawcy mogącego nabyć doświadczenie przy budowie bieżni ośmiotorowej o długości dystansu 400 metrów, a w konsekwencji ochrony i zamknięcia duopolu na polskim rynku wykonawców realizujących bieżnie ośmiotorowe a tym samym ograniczenie konkurencyjności w kolejnych postępowaniach”.

Izba, mając na uwadze postanowienia SWZ i formularzy nr 3 i 6 oraz treść formularzy załączonych do formularza oferty przez wykonawcę Gardenia i treść wezwań z 29 czerwca br i z 19 lipca 2022 r. oraz wyjaśnienia jakie zostały udzielone przez wykonawcę (z dnia 30 czerwca i 23 lipca) stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że wykonawca Gardenia zamierza powierzyć podwykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. realizację całości przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim firma TAMEX Obiekty Sportowe S.A. w tym postępowaniu uczestniczy w charakterze podmiotu trzeciego, o którym stanowi art. 118 ustawy Pzp. Rola i zadania takiego podmiotu są w ustawie Pzp definiowane szerzej, aniżeli pełnienie zadań podwykonawcy. Izba zwraca uwagę na art. 118 ustawy Pzp, który nie definiuje roli tego podmiotu przez pryzmat art. 462 ust.1 Pzp. W myśl ust. 1 art. 118: „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”. Przepis ten ma zatem zastosowanie, gdy wykonawca nie spełnia sam warunków udziału w postępowaniu i tym w celu opiera się, w stosunkach z zamawiającym, na zdolnościach podmiotów trzecich, z których zasobów zamierza skorzystać (udostępnienie zasobów). Przepis ten w zasadzie nie dotyczy zwykłego powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, o którym mowa w art. 462 ust. 1 Pzp, aczkolwiek udostępnienie zasobów, co do zasady, może łączyć się (aczkolwiek nie w każdym przypadku) z powierzeniem realizacji części zamówienia podmiotowi trzeciemu na zasadzie podwykonawstwa. Na powyższe wskazuje art. 118 jego ust. 4, który wymaga gwarancji rzeczywistego dostępu do takich zasobów, a nie podwykonawstwa. W myśl tego przepisu: „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”.

Wykonawca Gardenia zarówno w formularzach złożonych w terminie wyznaczonym dla składania ofert jak i w późniejszych wyjaśnieniach przedstawił - tak jak wymagano w SWZ i w zakresie kierowanych do wykonawcy wezwań - stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantujący rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu udostępniającego Tamex. Natomiast z żadnego z dokumentów nie wynika, że zamiarem wykonawcy Gardenia było powierzenie temu podmiotowi realizacji zamówienia w całości.

Izba zwraca uwagę, że przedmiot zamówienia zgodnie z punktem SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (Dział III ust. 1 pkt 1-3) obejmuje trzy główne elementy:

- 1) przebudowę bieżni ośmiotorowej o długości dystansu 400 metrów i promieniu 36,5 metrów wraz z bieżnią prostą ośmiotorową o długości 130 m; poszerzenie strefy

bezpiecznej bieżni do szerokości zgodnej z przepisami PZLA i IAAF,

2) przebudowę infrastruktury lekkoatletycznej, w tym zakup i montaż elementów wyposażenia, które należy wmontować w gruncie,

3) wykonanie infrastruktury elektrycznej i sanitarnej w zakresie dot. przebudowywanej infrastruktury lekkoatletycznej.

1) w pkt V. formularza ofert wykonawca Gardenia podał:

V. Zamówienie zrealizujemy samodzielnie/przy udziale Podwykonawców (niepotrzebne skreślić). Nazwa Podwykonawcy i zakres zamówienia, której wykonanie zamierzam/y powierzyć Podwykonawcy:

L.p.	Nazwa i adres Podwykonawcy	Zakres prac powierzonych Podwykonawcy
1	Podwykonawcą będzie firma udostępniająca zasoby: TAMEX Obiekty Sportowe S.A.	Przebudowa stadionu lekkoatletycznego z bieżnią oraz wykonanie pozostałych urządzeń lekkoatletycznych.
	Ul. Ludwika Idzikowskiego 16, 00-710 Warszawa	

Z kolei w oświadczeniu z 15.06.22 odniósł się do warunku udziału w postępowaniu podając

w części: Informacja w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów:

„Oświadczam, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia - polegam na zasobach następującego/ych podmiotu/ów:

TAMEX Obiekty Sportowe S.A.

Ul. Ludwika Idzikowskiego 16, 00-710 Warszawa

w następującym zakresie:

- wiedza i doświadczenie w zakresie wykonania: jednej roboty budowlanej polegającej na budowie/przebudowie bieżni lekkoatletycznej ośmiotorowej o długości dystansu 400 metrów i promieniu 36,5 m, w technologii oferowanej nawierzchni

(Full PUR), gdzie zrealizowany obiekt otrzymał świadectwo PZLA, oraz

jednej roboty budowlanej na stadionie, który uzyskał Świadectwo lub certyfikat WA, polegającą na budowie/przebudowie infrastruktury lekkoatletycznej, w tym co najmniej 3-ch urządzeń z niżej wymienionych:

- I. skoczni do skoku wzwyż,
- II. skoczni do skoku o tyczce,
- III. skoczni do skoku w dal,
- IV. rzutni do rzutu dyskiem i młotem,
- V. rzutni do rzutu oszczepem,
- VI. rzutni do pchnięcia kulą,
- VII. rowu z wodą do biegu z przeszkodami.

- osoba, która będzie skierowana do kierowania robotami:

posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń w zakresie objętym niniejszym zamówieniem, wydane na podstawie obowiązujących przepisów prawa

lub odpowiadające im uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa oraz posiada co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami oraz pełnieniu obowiązków kierownika budowy, w tym przynajmniej jednej roboty polegającej na budowie/przebudowie bieżni o długości dystansu 400 m w kategorii III. „

- odpowiadając na instrukcję podaną poniżej w nawiasie (wskazać podmiot i określić odpowiedni zakres dla wskazanego podmiotu)".

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 czerwca 2022 r. wskazał na prace jakie zamierza powierzyć podwykonawcy Tamex Obiekty Sportowe S.A. (Prace związane z budową bieżni lekkoatletycznej ośmiotorowej o długości 400m i promieniu 36,5m tj. wykonanie nowej podbudowy asfaltowej, nawierzchni poliuretanowej w technologii Full Pór, malowanie linii co stanowi około 60% wartości zamówienia) oraz wskazał na prace jakie wykonawca Gardenia zamierza wykonać samodzielnie. Zaznaczył również, że (.) w treści zobowiązania Tamex Obiekty Sportowe S.A. do oddania Wykonawcy zasobów zostały zacytowane w całości sformułowane przez Zamawiającego w SWZ warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania zdolności technicznych lub zawodowych (Rozdział V ust. 2 pkt 4 lit. a oraz b). Pragniemy wskazać, że warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale V ust. 2 pkt 4 lit. b) oraz c) SWZ Wykonawca spełnia samodzielnie, a co za tym idzie, zakres prac wynikający z tego warunku udziału będzie wykonany przez nas samodzielnie.

W oświadczeniu z kolei z dnia 21.07.22 podał: „W odniesieniu do udostępnianych przeze mnie zasobów, w zakresie wskazanym w pkt. 1, zrealizuję roboty budowlane w następującym zakresie/ nie będę realizować robót: wykonanie robót budowlanych, do realizacji których udostępnione zdolności są wymagane tj.: Prace związane z budową bieżni lekkoatletycznej ośmiotorowej o długości 400m i promieniu 36,5m tj. wykonanie nowej podbudowy asfaltowej, nawierzchni poliuretanowej w technologii Full Pur, malowanie linii co stanowi około 60% wartości zamówienia”

Izba zgodziła się z Odwołującym, że kierowanie wezwania w dniu 19 lipca br było zbędne, ale z innego powodu Izba wnioskuje, aniżeli Odwołujący. Otóż wskazane powyżej dokumenty dowodzą, że Zamawiający na dzień 19 lipca dysponował kompletną wiedzą o zakresie prac jakie będzie realizował wykonawca Tamex, a jaki zakres wykona wykonawca Gardenia. Wskazane wskaźniki procentowe przede wszystkim nie były wymagane wg SWZ. Izba także zwraca uwagę na cytowany powyżej art. 118 ust. 4 Pzp, który także nie wymaga ujęcia procentowego zakresu prac jakie wykonuje podmiot trzeci. Dodatkowo Izba wskazuje, że w stanie faktycznym tej sprawy wobec zarzutów kierowanych do oferty wykonawcy Gardenia już w odwołaniu z dnia 28 czerwca 2022r. możliwe było zastosowanie procedury z art. 128 ust. 1 Pzp, a następnie ewentualnie na dalszym etapie stosowanie procedury opartej na ust. 4 tego przepisu, a nie jego ust.1. Zarzuty bowiem kierowane były w dalszym ciągu wobec zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, który to dokument podlega uzupełnieniu i podobnie wyjaśnieniu. Niemniej jednak wskazanie takiej podstawy prawnej w wezwaniu z dnia 19 lipca 2022 r. pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie i mogło być zastosowane przez Zamawiającego - w tym stanie faktycznym - z tzw. ostrożności .

Odnosnie drugiego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Gardenia z naruszeniem art. 226 ust.1 pkt 3 Pzp, Izba wskazuje, że przepis ten stanowi: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 3) jest niezgodna z przepisami ustawy (.). Ustalenia Izby - jak już wskazywano - nie potwierdziły argumentacji, że wykonawca Gardenia zamierza powierzyć podwykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. realizację całości przedmiotu zamówienia, niezgodnie z dyspozycją przepisu art. 462 ust. 1 ustawy Pzp,.

Izba ponadto, z uwagi na podnoszą w uzasadnieniu zarzutów argumentację o możliwym złożeniu przez wykonawcę TAMEX Obiekty Sportowe S.A. de facto dwóch ofert w postępowaniu - z różnymi, znacznie różniącymi się cenami, którymi może wpływać na przebieg zamówienia w trybie negocjacji, wskazuje na regułę wynikającą z art. 555 ustawy Pzp. Zgodnie z tą regułą: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”. W tym odwołaniu zarzuty skierowano wobec oferty wykonawcy Gardenia i dotyczą one naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 w zw. z art. 275 ust. 2 oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp i w takim zakresie zostały one rozpoznane przez Izby.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557

ustawy Pzp oraz § 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).