



przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu jego realizacji (oferta odwołującego jest najkorzystniejsza w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert).

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w dniu 23 czerwca 2023 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający podał na dwie podstawy tej czynności, z których żadna – zdaniem odwołującego – nie zasługiwała na uwzględnienie.

Zarzut 1 – odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 462 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 4) Pzp w związku z art. 58 Kodeksu cywilnego. Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający odrzucił jego ofertę stwierdzając, że zamierza on powierzyć całość zamówienia podwykonawcom. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego

i wskazał, że nie zawarł w ofercie oświadczenia o zamiarze powierzenia podwykonawcom wykonania całości zamówienia, a jedynie roboty budowlane – poza montażem wkładek patentowych w drzwiach wewnętrznych. W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że roboty budowlane nie wyczerpują całego zakresu zamówienia. Zamówienie obejmuje również innego rodzaju świadczenia (dostawy, usługi). Zarazem spośród samych robót wyłączony został z zakresu podwykonawstwa montaż wkładek patentowych w drzwiach wewnętrznych. Jednocześnie powyższe działanie nie jest pozorne, ani nie stanowi obejścia prawa. Obejście prawa polega na takim ukształtowaniu treści czynności prawnej, że z formalnego punktu widzenia nie sprzeciwia się ona przepisom prawa, ale w rzeczywistości zmierza do osiągnięcia celów zakazanych przez prawo. Odwołujący wyjaśnił, że nie zamierza powierzyć wykonania całości zamówienia podwykonawcom i nigdy to nie nastąpi. Zatem nielegalny cel, który rzekomo chce osiągnąć odwołujący, nie istnieje. Zaakceptowanie stanowiska zamawiającego byłoby równoznaczne z przyjęciem tezy, że istnieje ustawowo określony minimalny zakres zamówienia, który musi zrealizować osobiście wykonawca. Tymczasem żaden przepis tego nie wskazuje. Oznacza to, iż nawet najmniejszy element wykonywany osobiście wyklucza automatycznie możliwość uznania, że całość zamówienia zostanie powierzona podwykonawcy. Podsumowując, odwołujący stwierdził, że nie zawarł w ofercie oświadczenia o zamiarze powierzenia całości zamówienia podwykonawcom, ani nie zamierza faktycznie, na etapie realizacji, dążyć do osiągnięcia celu w postaci powierzenia całości zamówienia podwykonawcom. W związku z tym jego oferta nie jest sprzeczna z Pzp ani nieważna na gruncie kodeksu cywilnego.

Zarzut 2 – odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) i c) ustawy Pzp w związku z art. 58 Kodeksu cywilnego. Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający odrzucił jego ofertę stwierdzając, że w wyniku złożonego w ramach wyjaśnień oświadczenia doszło do :

- a) zmiany treści oferty;
- b) uniemożliwienia zamawiającemu oceny skuteczności transferu zasobów doświadczenia realizowanego przez podmiot udostępniający zasoby.

Zdaniem odwołującego, stanowisko zamawiającego było oczywiście bezpodstawne.

W pierwszej kolejności odwołujący stwierdził, że na gruncie art. 223 ust. 1 Pzp nie ma możliwości dokonania zmiany treści oferty po terminie jej złożenia. Zatem nawet gdyby wykonawca zmierzał do takiej modyfikacji (co w niniejszej sprawie nie ma miejsca), to jakakolwiek czynność mająca na celu uzyskanie tego efektu nie może wywoływać skutków prawnych. Odwołujący nie mógł zatem naruszyć art. 223 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał, że oferta obejmuje udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia i to pozostaje niezmiennie. Istotą zobowiązania do udostępnienia zasobów jest wykazanie, że wykonawca ma do nich rzeczywisty dostęp. Zobowiązanie nie zastępuje umowy o podwykonawstwo, której rolą jest precyzyjne ustalenie warunków realizacji robót przez podmiot trzeci, która to umowa podlega notyfikacji zamawiającego. Na marginesie jedynie odwołujący podniósł, że historia korespondencji dosyć wyraźnie pokazuje, że zamawiający „szukał haka” na wykonawcę. Liczył bowiem, że odwołujący złoży wyjaśnienie na gruncie zobowiązania podmiotu trzeciego, w którym oświadczy, iż podmiot trzeci wykona całość zamówienia. W ocenie odwołującego, zamawiający nie sprecyzował dlaczego otrzymane zobowiązanie kwestionuje. Odwołujący zauważył, że w decyzji o odrzuceniu opiera się wyłącznie na wyjaśnieniach wykonawcy, a nie treści zobowiązania. W ogóle się do niej nie odnosi. Kwestionuje realność udostępnienia zasobów, ale nie wiadomo dlaczego. Zobowiązanie jest oświadczeniem podmiotu trzeciego. Aby podważyć jego realność z punktu widzenia art. 118 ust. 4 Pzp należy wskazać, czego brakuje w tym oświadczeniu. Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji w tym kierunku. Tymczasem zgodnie ze wspomnianym zobowiązaniem podmiot udostępniający zasoby zadeklarował:

1. Czynny udział jako podwykonawca przy wykonaniu „Przebudowa i adaptacja budynku z przeznaczeniem na „Centrum usług administracyjno-kulturalnospołecznych w gminie Dzwola” – przez cały okres realizacji zamówienia;
2. Udział jako podwykonawca przy wykonaniu zamówienia, w tym w szczególności:
  - 1) aranżacja wnętrza budynku polegająca na:
    - przebudowa wewnętrznej klatki schodowej;

- wykonanie windy dla osób niepełnosprawnych;
- wykonanie drugiej klatki schodowej prowadzącej z parteru na poddasze;
- aranżacja wnętrza parteru (przebudowa niektórych ścianek działowych i przesunięcie otworów drzwiowych);
- aranżacja wnętrza pietra (przebudowa niektórych ścianek działowych i przesunięcie otworów drzwiowych);

2) zagospodarowanie terenu polegające na:

- podniesienie terenu przed budynkiem w celu likwidacji schodów zewnętrznych;
- wykonanie nawierzchni utwardzonej pod drogę, zjazdu i parkingi;
- wykonanie terenów zielonych z nasadzeniami drzew;
- wykonanie śmietnika systemowego w południowej części działki;
- wykonanie wiaty pod fotowoltaikę nad miejscami parkingowymi w południowej części działki;

3. Oświadczył, że jako podmiot, na zdolności którego wykonawca powołuje się w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia oświadczam, że zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

Zdaniem odwołującego z powyższego wynikało jednoznacznie, że ma gwarancję udziału

w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego w najszerszym możliwym zakresie. Podmiot trzeci zobowiązał się wobec odwołującego, że wykona wszystkie niezbędne roboty z obszaru aranżacji wnętrza budynku czy zagospodarowania terenu. Tego zobowiązania

w szczególności nie może zmienić żadne oświadczenie odwołującego. Wyjaśnienia z 5 czerwca 2023 r. oznaczają li tylko tyle, że docelowy zakres prac powierzany podwykonawcy będzie sprecyzowany w stosownych umowach podlegających kontroli zamawiającego. Jeśli wykonawca, pomimo zobowiązania jakie otrzymał, nie powierzy podmiotowi trzeciemu prac pozwalających uznać, że realnie bierze on udział w realizacji zamówienia w stopniu adekwatnym do warunków udziału w postępowaniu, to zamawiający podejmie stosowne kroki prawne. Nieuprawnione jest jednak twierdzenie, że z zobowiązania nie wynika dysponowanie odpowiednimi zasobami. W tych okolicznościach uznanie, że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, tudzież nie złożył odpowiednich oświadczeń lub dokumentów, jest bezpodstawne. Podobnie jak bliżej nie określona niezgodność oferty z Pzp (zamawiający nie sprecyzował na czym owa niezgodność polega). Zwłaszcza na obecnym etapie postępowania, kiedy odwołujący nie został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Należy wszak podkreślić, że zobowiązanie które zostało zakwestionowane może być zbędne (bezprzedmiotowe). Dopiero w momencie otrzymania podmiotowych środków dowodowych zamawiający będzie mógł stwierdzić, czy warunki udziału w postępowaniu są wykazywane poprzez zasoby podmiotu trzeciego, czy indywidualnie przez wykonawcę (odwołującego). Z tej perspektywy naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) i c) Pzp w związku z art. 58 Kodeksu cywilnego jawi się jako prima facie bezpodstawne (zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia adekwatnego do tych przepisów – jakich warunków nie spełnia wykonawca, w jakim punkcie naruszono Pzp itp.).

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

W dniu 11 lipca 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) zasądzenie od odwołującego na jego rzecz zwrotu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnik, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, która została przesłana do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 6 lipca 2023 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;

- ofertę złożoną przez odwołującego;
- wezwanie z dnia 10 maja 2023 r. skierowane do odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp;
- zobowiązanie podmiotu udostępniającego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, złożone w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
- wezwanie z dnia 18 maja 2023 r. skierowane do odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp;
- odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie przekazaną zamawiającemu w dniu 25 maja 2023 r.;
- wezwanie z dnia 29 maja 2023 r. skierowane do odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp;
- odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie przekazaną zamawiającemu w dniu 5 czerwca 2023 r.;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty z dnia 23 czerwca 2023 r.

Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący w formularzu ofertowym (rozdział X pn. Sposób realizacji zamówienia)

w pozycji *Zakres zamówienia, który wykonawca zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcy*: wskazał – *wszystkie roboty budowlane poza montażem wkładek patentowych w drzwiach wewnętrznych*. Ponadto w rozdziale IV formularza ofertowego przy pytaniu o treści: *Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów. W przypadku odpowiedzi TAK obowiązek załączenia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów*: odwołujący zaznaczył odpowiedź – TAK. Odwołujący wraz z ofertą nie złożył zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zamawiający pismem z dnia 10 maja 2023 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp m. in. do złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby. Treść wezwania w tym zakresie prezentowała się następująco:

**Zamawiający wzywa Wykonawcę do :**

(...)

**3) złożenia zobowiązań podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, uwzględniającego treść art. 118 PZP (wymóg wynikający z pkt 9.4 SWZ)**

**z uwzględnieniem art. 118 ust. 2 zgodnie z którym cyt. 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.** Zamawiający wskazuje, że wykorzystanie zasobów o których mowa w art. 118 ustawy musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem Zamawiającego. Wykonawca ma zaś obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie będzie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia (wyrok KIO, sygn. akt: KIO 2245/17).

**Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, 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.**

Zamawiający jednocześnie informuje, że obowiązkiem wykonawcy będzie zgłoszenie podmiotów udostępniających zasoby jako podwykonawców na etapie realizacji umowy

w zakresie ujętym w zobowiązaniu - w celu zagwarantowania realności transferu doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby. Realizacja przedmiotu zamówienia przez wykonawcę bez udziału podmiotu udostępniającego zasoby w sposób wskazujący na obejście przepisów o warunkach udziału w postępowaniu będzie traktowana jako rażące naruszenie obowiązków umownych wykonawcy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący złożył m. in. zobowiązanie podmiotu udostępniającego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia złożone. W treści zobowiązania podmiot trzeci wskazał:

Oświadczam(y), iż:

a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby w następującym zakresie:

Zdolności techniczne lub/i zawodowe: Referencje potwierdzające doświadczenie

w wykonaniu – w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert – co najmniej dwóch robót budowlanych, z których każda: polegała na budowie lub przebudowie budynku o kubaturze nie mniejszej niż 4 000,00 m<sup>3</sup> oraz miała wartość minimum 4 000 000,00 zł brutto.

b) sposób i okres wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

Czynny udział jako podwykonawca przy wykonaniu „Przebudowa i adaptacja budynku

z przeznaczeniem na „Centrum usług administracyjno-kulturalnospołecznych w gminie Dzwola” – przez cały okres realizacji zamówienia.

c) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

Udział jako podwykonawca przy wykonaniu zamówienia, w tym w szczególności:

1) aranżacja wnętrza budynku polegająca na:

- przebudowa wewnętrznej klatki schodowej
- wykonanie windy dla osób niepełnosprawnych
- wykonanie drugiej klatki schodowej prowadzącej z parteru na poddasze
- aranżacja wnętrza parteru (przebudowa niektórych ścianek działowych i przesunięcie otworów drzwiowych)
- aranżacja wnętrza pięt (przebudowa niektórych ścianek działowych i przesunięcie otworów drzwiowych)

2) zagospodarowanie terenu polegające na:

- podniesienie terenu przed budynkiem w celu likwidacji schodów zewnętrznych
- wykonanie nawierzchni utwardzonej pod drogę, zjazdu i parkingi
- wykonanie terenów zielonych z nasadzeniami drzew
- wykonanie śmietnika systemowego w południowej części działki

wykonanie wiaty pod fotowoltaikę nad miejscami parkingowymi w południowej części działki.

d) jako podmiot, na zdolności którego Wykonawca powołuje się w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia oświadczam, że zrealizuję roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

Zamawiający pismem z dnia 18 maja 2023 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia czy w związku z treścią zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby zamierza powierzyć mu wykonanie całości zamówienia.

Odwołujący w odpowiedzi na powyżej wskazane pismo wyjaśnił, że W odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 maja br. wyjaśniam, że wykonawca nie zamierza powierzać podwykonawcy (podmiotowi udostępniającemu zasoby) realizacji całości zamówienia. Zobowiązany zadeklarował udział w wykonaniu wszystkich koniecznych prac, co dowodzi realności udostępnienia niezbędnych zasobów w celu wykazania warunków udziału. Nie oznacza natomiast, że taki będzie ostateczny wymiar powierzonych robót. Podmiot zobowiązany wykona przede wszystkim stricte roboty budowlane, o wartości min. 4 000 000 zł.

Zamawiający pismem z dnia 29 maja 2023 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 do potwierdzenia, że - w związku z treścią odpowiedzi z dnia 25.05.2023.

i oświadczeniem wyrażonym w złożonej ofercie - podmiot udostępniający zasoby wykona wszystkie prace objęte przedmiotem zamówienia i umową poza montażem wkładek patentowych w drzwiach wewnętrznych, które wykona samodzielnie wykonawca.

Odwołujący w odpowiedzi na powyżej wskazane pismo wyjaśnił m. in., że

Biorąc pod uwagę fakt, iż w ramach niniejszego postępowania Wykonawca zamierza wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o zasoby (zdolności techniczne lub zawodowe) oddane mu do dyspozycji przez innego przedsiębiorcę (podmiot udostępniający) zasadnym jest przyjęcie, że realizację kluczowych elementów zamówienia Wykonawca powinien powierzyć temu podmiotowi udostępniającemu jako podwykonawcy.

Wskazuję jednak, że szerokie ujęcie zakresu udziału podmiotu udostępniającego przy wykonywaniu zamówienia nie jest równoznaczne z powierzeniem temu podmiotowi wykonania zamówienia w całości. Użycie w treści zobowiązania sformułowania

„w szczególności” oznacza, że wymienione tam elementy robót stanowią katalog otwarty, zaś ostateczne sprecyzowanie zakresu robót powierzonych do wykonania podwykonawcy zostanie ustalone na etapie realizacji zamówienia.

Nadmieniam również, że wymienione w treści zobowiązania podmiotu udostępniającego roboty związane z aranżacją wnętrza budynku czy zagospodarowaniem terenu nie stanowią kompletnego zakresu świadczenia Wykonawcy, gdyż zakres ten opisuje dokumentacja techniczna, STWiOR, ekspertyza pożarowa czy też przedmiary, zaś elementy

wymienione

w rozdziale 4.2 SWZ mają charakter ogólny i pomocniczy.

W konsekwencji, dążąc do najpełniejszego wyjaśnienia kwestii stanowiących przedmiot wezwania z dnia 29 maja 2023 r. wskazują, iż związku z treścią zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby Wykonawca zamierza powierzyć mu wykonanie robót budowlanych o wartości min. 4 000 000,00 zł, w tym w szczególności robót budowlanych wymienionych w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego. Podmiot ten zobowiązał się wobec Wykonawcy w szerokim zakresie wziąć udział w realizacji zamówienia, przy czym ostateczny zakres tego udziału będzie zależał od decyzji Wykonawcy uzależnionej od bieżących potrzeb realizowanej inwestycji.

W związku z koniecznością zapewnienia prawidłowego transferu zdolności technicznych lub zawodowych udostępnionych przez podmiot udostępniający Wykonawca podejmie czynności zmierzające do powierzenia ww. podmiotowi jako podwykonawcy kluczowych robót budowlanych, w tym robót rozbiórkowych i konstrukcyjnych związanych z aranżacją wnętrza budynku. Udział przerobu podmiotu udostępniającego w realizacji ww. robót wyniesienie nie mniej niż 4 000 000,00 zł, zaś w pozostałym zakresie roboty te Wykonawca zamierza wykonać własnymi siłami bądź też przy udziale innych podwykonawców (należy podkreślić, że nie każdy podwykonawca jest jednocześnie podmiotem udostępniającym zasoby).

Projektowane zasady podziału prac pomiędzy Wykonawcę a podmiot udostępniający spowodują, że najważniejsze elementy zamówienia zostaną wykonane wspólnie przez Wykonawcę i podmiot udostępniający, co zagwarantuje skuteczne zaangażowanie zasobów podmiotu udostępniającego w wykonanie zamówienia.

Odnosząc się do dostrzeżonej przez Zamawiającego różnicy w sformułowaniu zakresu prac, jakie Wykonawca zamierza powierzyć podmiotowi udostępniającemu zasoby, wyrażonej

w wyjaśnieniach z dnia 24 maja 2023 r., gdzie Wykonawca wskazał, że „nie zamierza powierzyć podwykonawcy (podmiotowi udostępniającemu zasoby) realizacji całości zamówienia. Zobowiązany zadeklarował udział w wykonaniu wszystkich koniecznych prac, co dowodzi realności udostępnienia niezbędnych zasobów w celu wykazania warunków udziału. Nie oznacza natomiast, że taki będzie ostateczny wymiar powierzonych robót. Podmiot zobowiązany wykona przede wszystkim stricte roboty budowlane, o wartości min. 4 000 000 zł” w stosunku do sformułowania zawartego w sekcji X formularza oferty Wykonawcy („Zakres zamówienia, który wykonawca zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcy wszystkie roboty budowlane poza montażem wkładek patentowych

w drzwiach wewnętrznych”), niniejszym wyjaśniam, iż cytowany fragment oferty (sekcja X) dotyczy wszystkich potencjalnych podwykonawcy (z których nie wszyscy są aktualnie wybrani), a nie jednego z podwykonawców, jakim jest podmiot udostępniający zasoby. Powyższe wynika z faktu, że desygnaty pojęcia „podwykonawca” nie pokrywają się w pełni z desygnatami pojęcia „podmiot udostępniający zasoby”.

Zamawiający w dniu 23 czerwca 2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

oraz odrzucenia ofert w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU Jarosz Rafał. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw.

z art. 462 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 58 Kodeksu cywilnego, a także art. 226 ust. 1 pkt 3) Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b)

i c) Pzp w zw. z art. 58 Kodeksu cywilnego. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym dla tej czynności zamawiający wskazał m. in.:

Zgodnie z przepisami art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca może powierzyć wykonanie części przedmiotu zamówienia podwykonawcom. Przepisy art. 462 ustawy Pzp posługują się pojęciem „części zamówienia”, a więc z literalnej wykładni art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia, zaś część zamówienia nie może stanowić jego całości. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego „część” to element, na który dzieli się całość, dający się wyodrębnić element całości. Ustawodawca dopuścił więc powierzenie podwykonawcy jedynie pewnego elementu zamówienia, nie zaś całości. Wykładnia taka jest spójna z brzmieniem definicji umowy o podwykonawstwo zawartej w art. 7 pkt 27) ustawy Pzp, gdzie określono, że jest to umowa 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. Niedopuszczalne jest więc ustanowienie 100% podwykonawstwa jednego podmiotu dla zamówienia. Powyższą wykładnię przepisów art. 462 ustawy Pzp (poprzednio art. 36a) potwierdza także orzecznictwo KIO.

(...)

KIO w uchwale 67/17 zawarła zatem jednoznaczny wykładnię przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp (obecnie art. 462 ust. 1) w zw. z art. 7 pkt 27) ustawy Pzp, w której wynika zakaz powierzenia realizacji całości zamówienia podwykonawcy.

**Teza ta wpisuje się również**

**w przepis art. 16 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a nie podwykonawcy. Analogiczną wykładnię treści art. 462 ustawy Pzp wynikającą z jej literalnego brzmienia oraz wykładni celowościowej przyjmuje zamawiający.**

Odnośząc powyższą wykładnię przepisu art. 462 ustawy do stanu faktycznego (oferty Wykonawcy) należy wskazać, że Wykonawca jednoznacznie oświadczył, że zakres zamówienia, który zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcy to: „**wszystkie roboty budowlane poza montażem wkładek patentowych w drzwiach wewnętrznych**”. Informacja o tym, że Wykonawca ma zamiar wykonać jedynie montaż wkładek patentowych w drzwiach wewnętrznych, przy inwestycji, którą Wykonawca w ofercie wycenia na niemal 7 mln złotych (6 900 000,00 zł brutto) wskazuje na to, że celem Wykonawcy jest powierzenie wykonania podwykonawcom całości prac objętych przedmiotem zamówienia. Biorąc pod uwagę zakres czynności, którą samodzielnie będzie wykonywał Wykonawca oraz skalę wymaganego do jej wykonania zaangażowania technicznego i kadrowego należy uznać, że jej wykonanie nie spowoduje jakiegokolwiek zaangażowania Wykonawcy w realizację zamówienia i jest **sprzeczne z celem regulacji art. 462 ust. 1 ustawy Pzp**. Wykonanie czynności montażu wkładek patentowych w drzwiach wewnętrznych, jest czynnością, która w żaden sposób nie oznacza jakiegokolwiek zauważalnego zaangażowania Wykonawcy

w realizację przedmiotu zamówienia. W efekcie należy przyjąć, że zgodnie z treścią oferty Wykonawcy - całość przedmiotu zamówienia wykonają samodzielnie podmioty będące podwykonawcami (lub podmiot będący podwykonawcą). Treść oferty wskazująca na zaangażowanie Wykonawcy składającego ofertę w realizację dużej inwestycji w postaci wykonania montażu wkładek patentowych w drzwiach wewnętrznych, w tym zakresie należy uznać za oczywistą próbę **obejścia przez Wykonawcę przepisów art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, a samo oświadczenie Wykonawcy umieszczone w ofercie o samodzielnym wykonaniu montażu wkładek patentowych w drzwiach wewnętrznych, należy uznać za działanie pozorne, mające na celu umożliwienie wyboru jego oferty która zasadniczo jest sprzeczna z regulacją wynikającą z treści powołanego przepisu art. 462 ustawy**. Zgodnie z przepisami art. 58 Kodeksu cywilnego czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Obejście ustawy to zachowanie podmiotu prawa, który - napotykać prawny zakaz dokonania określonej czynności prawnej - obchodzi go

w ten sposób, że dokonuje innej, niezakazanej formalnie czynności prawnej w celu osiągnięcia skutku związanego z czynnością zakazaną, a tym samym sprzecznego

z prawem (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku I ACa 361/18). Tym samym oferta dotknięta wadą wskazaną w art. 58 Kodeksu cywilnego jest nieważna.

**W efekcie obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy jako niezgodnej z przepisami art. 462 ust. 1 ustawy Pzp oraz jako nieważnej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy w związku**

**z art. 58 ustawy Kodeks cywilny.**

(...)

Wykonawca korzystając z zasobów innego podmiotu (co wynikało z treści złożonego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ustawy) wraz z ofertą nie złożył zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 128 do złożenia ww. dokumentu. W odpowiedzi wykonawca złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby wskazujące na konkretny zakres prac jakie wykona on jako podwykonawca w celu realnego transferu zasobów. W zainicjowanym przez zamawiającego procesie wyjaśniania treści oferty w części dotyczącej wskazania przez wykonawcę jaki zakres prac zamierza powierzyć podwykonawcy wykonawca złożył oświadczenie cyt. „Wskazuję jednak, że szerokie ujęcie zakresu udziału podmiotu udostępniającego przy wykonywaniu zamówienia nie jest równoznaczne z powierzeniem temu podmiotowi wykonania zamówienia w całości. Użycie w treści zobowiązania sformułowania „w szczególności” oznacza, że wymienione tam elementy robót stanowią katalog otwarty, zaś **ostateczne sprecyzowanie zakresu robót powierzonych do wykonania podwykonawcy zostanie ustalone na etapie realizacji zamówienia**”.

Zamawiający stwierdza, że oświadczenie to:

a) po pierwsze stanowi zmianę prezentowanego pierwotnie w szeroko rozumianej treści oferty obejmującej także zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby które wskazywało konkretny zakres prac do wykonania (narusza tym samym treść art. 223 ust. 1 ustawy);

b) pod drugie uniemożliwia zamawiającemu ocenę skuteczności transferu zasobów doświadczenia realizowanego przez podmiot udostępniający zasoby, a w efekcie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sposób wymagany przepisami art. 118 ustawy Pzp. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (np. KIO 892/22)

dyspozycja art. 118 ust. 4 Pzp. wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość **jednoznacznego** ustalenia, że określony zasób podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust 1 pkt 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy;*
- art. 226 ust 1 pkt 4 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;*
- art. 462 ust. 1 Pzp – *Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.;*
- art. 58 kc – § 1. *Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.*

§ 2. *Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego.*

§ 3. *Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.;*

- art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:*

(...)

b) *niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub*

c) *który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;*

- art. 223 ust. 1 Pzp – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego podał dwie podstawy prawne dla tej czynności:

- art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw.

z art. 58 k.c.;

- art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) i c) Pzp w zw. z art. 58 k.c.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił argumentację kwestionującą obie ww. podstawy odrzucenia jego oferty. Izba stwierdziła, że pierwsza ze wskazanych powyżej podstaw odrzucenia została zastosowana prawidłowo przez zamawiającego. W tym zakresie warto przypomnieć, że odwołujący w treści swojej oferty oświadczył, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy oznaczając zakres prac, który mają realizować podwykonawcy jako *wszystkie roboty budowlane poza montażem wkładek patentowych w drzwiach wewnętrznych*. Zdaniem składu orzekającego zamawiający słusznie ocenił, że uwzględniając całość przedmiotu zamówienia dotyczącego właśnie zrealizowania robót budowlanych, sposób oznaczenia przez odwołującego zakresu robót jaki zamierzał powierzyć podwykonawcy jednoznacznie wskazywał, że w rzeczywistości jego celem było zlecenie mu całości przedmiotu zamówienia, trudno bowiem przyjąć, że montaż wkładek patentowych w drzwiach wewnętrznych można było uznać za jakiegokolwiek rzeczywiste zaangażowanie się przez odwołującego w realizację umowy. Taką samą konkluzję można było sformułować w oparciu o treść przedłożonego na wezwanie zamawiającego oświadczenia podmiotu trzeciego w przedmiocie zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. W treści tego zobowiązania określającego udział podwykonawcy przy wykonaniu zamówienia uwzględniony został cały zakres w SWZ przedmiot zamówienia. Ponadto opis ten opatrzone zwrotem „w szczególności”, co niewątpliwie oznaczać winno dodatkową możliwość poszerzenia zakresu prac jakie miałyby być wykonane przez podwykonawcę udostępniającego zasoby odwołującemu.

Co istotne zamawiający w dniu 18 maja 2023 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty wskazując, że oznaczony przez niego zakres robót, w rzeczywistości dotyczy kompletnego zakresu świadczenia wykonawcy oznaczonego w punkcie 4.2. SWZ.

W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący przedstawił wyjaśnienia, które należało ocenić jako co najmniej pozostające w sprzeczności z oświadczeniem wskazanym w treści samej oferty, gdzie wskazane zostało, że podwykonawcy w ramach realizacji umowy wykonają *wszystkie roboty budowlane poza montażem wkładek patentowych w drzwiach wewnętrznych*. Tym samym złożone przez odwołującego wyjaśnienia były niespójne z treścią oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym. Tym samym u zamawiającego mogła pojawić się wątpliwość co do tego, jaki w rzeczywistości zakres prac ma zostać przekazany do wykonania zarówno podwykonawcy będącemu jednocześnie podmiotem udostępniającym zasoby, jak i całemu kręgowi ewentualnych innych podwykonawców mających pojawić się na późniejszym etapie wykonywania umowy. Efektem tych wątpliwości było kolejne wezwanie skierowane do odwołującego w dniu 29 maja 2023 r. W ocenie składu orzekającego wyjaśnienie udzielone przez odwołującego na kolejne wezwanie nie mogło rozwiązać wątpliwości zamawiającego. Odwołujący wskazał w nich m. in., że *Udział przerobu podmiotu udostępniającego w realizacji ww. robót wyniesienie nie mniej niż 4 000 000,00 zł, zaś w pozostałym zakresie roboty te Wykonawca zamierza wykonać własnymi siłami bądź też przy udziale innych podwykonawców*. Odpowiedź odwołującego można było interpretować w ten sposób, że zakładał on wykonanie zamówienia w całości przez podwykonawców.

W tym kontekście Izba przyznała słuszność argumentacji zamawiającego, który wskazywał, że bez znaczenia było, dla oceny naruszenia przez wykonawcę dopuszczalnego zakresu powierzenia wykonywania części prac podwykonawcom, czy prace te przekazane zostaną wyłącznie jednemu podwykonawcy będącym także podmiotem udostępniającym zasoby czy też grupie podwykonawców. Tym samym uwzględniając treść oferty złożonej przez odwołującego, należało uznać, że zamierzał on, łącznie wszystkim podwykonawcom zaangażowanym w realizację przedmiotu zamówienia, powierzyć wykonanie wszystkich robót budowlanych z włączeniem jedynie montażu wkładek patentowanych w drzwiach wewnętrznych. Jednocześnie należało wskazać, że deklaracja ta była niezgodna w treści wyjaśnień ujętych w piśmie odwołującego, stanowiącym odpowiedź na wezwanie z 29 maja 2023 r. W piśmie tym odwołujący wskazał, że *Projektowane zasady podziału prac pomiędzy Wykonawcę a podmiot udostępniający spowodują, że najważniejsze elementy zamówienia zostaną wykonane wspólnie przez Wykonawcę i podmiot udostępniający, co było niezgodne z deklaracją zawartą w treści oferty*. Nieuzasadniona była także argumentacja odwołującego wskazująca na rzekomo szerszy zakres zamierzonych przez niego do zrealizowania prac objętych przedmiotem zamówienia, który miał wykraczać poza montaż wkładek w drzwiach. Zakres ten miał dotyczyć dostaw czy usług uwzględnionych w umowie. Izba uznała argumentację odwołującego w tym zakresie za lakoniczną ponieważ odwołujący nie podjął nawet wysiłku sprecyzowania jakie konkretne dostawy lub usługi miał na myśli. Dodatkowo, mając na uwadze okoliczność dwukrotnego wzywania odwołującego do wyjaśnień dotyczących zakresu podwykonawstwa, przedmiotowe stanowisko Izba potraktowała jako sporządzone wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego. Odwołujący miał dwie szanse wyjaśnienia tej wątpliwości na etapie badania ofert i argument dotyczący wykonania dostaw i usług w tych wyjaśnieniach się nie pojawił, stąd też podnoszenie go na etapie postępowania odwoławczego zostało potraktowane jako spóźnione. Na marginesie Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, wezwań kierowanych do odwołującego nie można było traktować jako „szukanie haka” na wykonawcę. W ocenie składu orzekającego wystosowane przez zamawiającego wezwania należało potraktować jako próbę wyjaśnienia nieprecyzyjnego stanowiska odwołującego.

W związku z powyższym Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił, iż zgodnie z pierwotną deklaracją ujętą w ofercie, w ramach realizacji zakresu przedmiotu umowy, odwołujący zamierzał wykonać montaż wkładek patentowych w drzwiach wewnętrznych, czego w rzeczywistości nie można było uznać za jakiegokolwiek realne zaangażowanie w realizację umowy. Na marginesie można było wskazać, że takiej pozycji jak montaż wkładek patentowych w drzwiach wewnętrznych, nie było w dokumentacji technicznej ani w przedmiarach dotyczących zamówienia. Jedyna informacja o tym, że drzwi miały być wyposażone w zamki z wkładką patentową pojawiła się w projekcie wykonawczym (str. 12). Tym samym uwzględniając tak niewielki wkład odwołującego w wykonanie przedmiotu inwestycji, która całościowo w złożonej ofercie wyceniona została na blisko 7 milionów zł, uznać należało, że jego zamiarem było w rzeczywistości powierzenie wykonania całości prac objętych przedmiotem zamówienia podwykonawcom. Praktyka ta w ocenie składu orzekającego jest sprzeczna z przepisami Pzp, ponieważ oznaczenie zakresu prac powierzonych do wykonania podwykonawcom w sposób prezentowany przez odwołującego należało ocenić, za oczywistą próbę obejścia przez niego przepisów art. 462 ust. 1 Pzp, a samo oświadczenie umieszczone w ofercie o samodzielnym wykonaniu montażu wkładek patentowych w drzwiach wewnętrznych, za działanie pozorne, mające na celu umożliwienie wyboru jego oferty, która zasadniczo była sprzeczna z regułą wynikającą z treści ww. przepisu. Ponadto zgodnie z przepisami art. 58 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

Obejście ustawy to zachowanie podmiotu prawa, który – napotykać prawny zakaz dokonania określonej czynności prawnej – obchodzi go w ten sposób, że dokonuje innej, niezakazanej formalnie czynności prawnej w celu osiągnięcia skutku związanego z czynnością zakazaną, a tym samym sprzecznego z prawem (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku I ACa 361/18). Tym samym oferta dotknięta wadą wskazaną w art. 58 k.c. podlega odrzuceniu. Izba doszła do przekonania, że zdefiniowane przez odwołującego pojęcie obejścia prawa było wadliwe, bowiem przy uznaniu jego interpretacji za słuszną, o obejściu prawa można by mówić w rzeczywistości wyłącznie w sytuacji jego jawnego naruszenia, tymczasem pojęcie to w swym zakresie definicyjnym uwzględnia zdarzenia, które z pozoru zgodne są z regulacją ustawową, jednakże ich końcowy efekt jest zbieżny z sytuacją oczywistego naruszenia przepisów prawa. W ocenie składu orzekającego dokładnie takie zdarzenie miało miejsce w przedmiotowej sprawie, w konsekwencji czego odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 58 k.c., było uzasadnione.

Dodatkowo Izba wskazała, że odwołujący na rozprawie podniósł argument odnoszący się do wyroku z dnia 29 kwietnia 2019 r. o sygn. akt KIO 690/19, w którym uznano za prawidłowe powierzenie podwykonawcom 98% prac wchodzących w skład realizacji zamówienia. W ocenie składu orzekającego ww. orzeczenie nie mogło stanowić poparcia dla stanowiska odwołującego. Po pierwsze odwołujący nie był w stanie wskazać, nawet w dużym przybliżeniu, zakresu prac mających zostać wykonanych samodzielnie w ramach zamówienia. Po drugie w sprawie o sygn. akt KIO 690/19 zamawiający w postępowaniu dotyczącym tego wyroku, nie wzywał wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty. W przedmiotowej sprawie zamawiający dwukrotnie wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, które dotyczyły zakresu podwykonawstwa. Odwołujący udzielił co prawda wyjaśnień na oba wezwania, ale nie rozwiewały one wątpliwości co do tego zakresu.

W odniesieniu do drugiej podstawy odrzucenia oferty odwołującego Izba uznała, że nastąpiła ona z naruszeniem wskazanych w odwołaniu przepisów. Co prawda zamawiający miał słusność odrzucając ofertę odwołującego w związku z ustalonym zakresem podwykonawstwa, który wynikał ze złożonych w postępowaniu dokumentów, jednakże stanowisko wskazujące, że odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w związku z udostępnieniem zasobów przez podmiot trzeci było na tamten moment zbyt daleko idące. Zwłaszcza, że odwołujący nie został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Dopiero w momencie otrzymania podmiotowych środków dowodowych zamawiający mógł stwierdzić, czy zostaną spełnione warunki udziału w postępowaniu.

Tym samym Izba uznała, że odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) i c) Pzp w zw.

z art. 58 k.c., było w okolicznościach przedmiotowej sprawy co najmniej przedwczesne.

W związku z tym przedmiotowy zarzut potwierdził się, jednakże okoliczność ta nie miała lub nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania, ponieważ wcześniej opisana podstawa odrzucenia została zastosowana przez zamawiającego prawidłowo, stąd też oferta odwołującego i tak powinna zostać odrzucona.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 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), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.

Przewodniczący:.....