Sygn. akt: KIO 1383/23

WYROK

z dnia 1 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2023 r. przez wykonawcę **Wegner sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu**
w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Poznański, Starostwo Powiatowe w Poznaniu**
przy udziale wykonawcy **TWM sp. z o.o. w Poznaniu,**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**uwzględnia częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy TWM sp. z o.o. w Poznaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IV.1.4) lit. b SWZ z uwagi na to, że ww. wykonawca nie wykazał, iż podmioty udostępniające mu zasoby wiedzy i doświadczenia wykonają roboty budowlane, do realizacji których te zdolności (zasoby) są wymagane, zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,**

2.**w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**

3.kosztami postępowania obciąża **Powiat Poznański, Starostwo Powiatowe w Poznaniu w części** ¼i wykonawcę **Wegner sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu w części** ¾ i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00** gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Wegner sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,

3.2.zasądza od **Powiatu Poznańskiego, Starostwa Powiatowego w Poznaniu**na rzecz wykonawcy **Wegner sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu** kwotę **700 zł 00 gr** (słownie: siedmiuset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:……..…

Sygn. akt: KIO 1383/23

U z a s a d n i e n i e

Powiat Poznański, Starostwo Powiatowe w Poznaniu, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest zaprojektowanie oraz wybudowanie sali gimnastycznej wraz z zapleczem sanitarnym, sportowym i łącznikiem na terenie Zespołu Szkół im. Gen. Dezyderego Chłapowskiego w Bolechowie, ul. Obornicka 1.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 19 grudnia 2022 r., nr 2022/BZP 00502994.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 17 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Wegner sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy TWM Sp. z o.o., mimo że wykonawca ten dwukrotnie uzupełniał oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp pochodzące od podmiotu trzeciego, czym naruszył zasadę jednokrotnego uzupełniania oświadczeń lub dokumentów podmiotowych;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp w zw. z art. 119 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy TWM Sp. z o.o., poprzez uznanie, że wykonawca TWM Sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu przy pomocy zasobów podmiotów trzecich, mimo że nie udowodnił realności i wystarczającego zakresu dysponowania doświadczeniem tych podmiotów, tj. nie udowodnił, że podmioty trzecie wykonają roboty budowlane, do realizacji których zamawiający wymagał tego doświadczenia;

3)art. 119 Pzp poprzez wadliwe przyjęcie, że robota budowlana przedstawiona przez podmiot udostępniający zasoby Grimar s.c. spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. IV ust. 1 pkt 4 lit. a) SWZ;

4)art. 122 Pzp w zw. z art. 119 Pzp oraz art. 63 ust. 1 zd. 5 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE poprzez dopuszczenie zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby innym podmiotem trzecim, podczas gdy powinien był wezwać wykonawcę TWM Sp. z o.o. do samodzielnego wykazania drugiej roboty budowlanej wymaganej w warunku udziału w postępowaniu określonym w rozdz. IV ust. 1 pkt 4 lit. a) SWZ;

5)art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę TWM Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2)odrzucenia oferty wykonawcy TWM Sp. z o.o. z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu;
3)ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołania odwołujący wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne podmiot udostępniający zasoby składa oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Odwołujący wskazał, że oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie udostępnianych zasobów i braku podstaw wykluczenia, nie zostało złożone wraz z ofertą przez wykonawcę TWM Sp. z o.o. (dalej: „TWM"). Argumentował, że w związku ze stwierdzonym brakiem w dniu 1.02.2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę TWM do uzupełnienia dokumentów podmiotu udostępniającego zasoby o oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, wyznaczając jako termin uzupełnienia dokumentu dzień 6.02.2023 r. Odwołujący uważał, że wezwanie sporządzone przez zamawiającego jest prawidłowe i spełnia wszystkie wymogi ustawy. Zdaniem odwołującego, Zamawiający wyraźnie wskazał, że wzywa do uzupełnienia braku w postaci oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia pochodzącego od podmiotu udostępniającego zasoby. Zamawiający wskazał również, że oświadczenie to powinno być opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub osobistym.

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na to pismo w dniu 3.02.2023 r. wykonawca TWM przesłał oświadczenie Grimar (plik o nazwie "TWM Oświadczenie"). Oświadczenie to nie zostało jednak podpisane elektronicznie, w sposób wymagany art. 63 ust. 2 Pzp. W dniu 6.02.2023 z własnej inicjatywy w ramach autouzupełnienia (bez wezwania zamawiającego) TWM ponownie wysłał oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia Grimar, tym razem należycie już podpisane (plik o nazwie "oświadczenie").

Zdaniem odwołującego, zamawiający uznając to autouzupełnienie naruszył zasadę jednokrotnego uzupełniania oświadczeń lub dokumentów podmiotowych, sprzeniewierzając się zasadzie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Odwołujący argumentował, że wprawdzie art. 128 ust. 1 Pzp nie zawiera wprost ograniczenia liczby wezwań wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów, to zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Izby wezwanie takie może być skierowane do wykonawcy tylko raz co do tych samych okoliczności. Odwołujący wskazał także, że o nakazie przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców przypominał również TSUE w wyroku z 29.03.2012 r., C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. and Others v. Úrad pre verejné obstarávanie, LEX nr 1126925. Odwołujący argumentował, że samodzielne uzupełnianie oświadczeń lub dokumentów nie może prowadzić do de facto wielokrotnych ich uzupełnień przez niektórych wykonawców (najpierw samodzielnie, a potem na wezwanie zamawiającego, w przypadku gdy pierwsze uzupełnienie zostałoby przyjęte, ocenione i uznane za niepotwierdzające spełniania warunków udziału w postępowaniu). Zdaniem odwołującego takie działanie naruszałoby zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania. Zdaniem odwołującego, samodzielnie uzupełnione dokumenty lub oświadczenia nie powinny podlegać badaniu w toku postępowania. Jeśli wykonawca samodzielnie uzupełni dokumenty, zamawiający powinien je pominąć. Według odwołującego, nawet jeśli zamawiający nie przygotował wzoru oświadczeń podmiotów trzecich, wykonawca mógł i powinien złożyć oświadczenia o treści samodzielnie przygotowanej przez podmioty udostępniające mu swe zasoby, uwzględniając treść wezwania zamawiającego oraz obowiązujące przepisy prawa. Zdaniem odwołującego, z powyższego wynika, że skoro wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 o złożenia oświadczenia z art. 125 ust. 1 podmiotu udostępniającego zasoby, złożył oświadczenie wadliwe (niepodpisane w sposób wymagany w art. 63 ust. 2 Pzp), to zamawiający powinien taką ofertę odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c).

Odwołujący wskazał także, że w wyniku wniesienia przez niego pierwszego odwołania z dnia 20 marca 2023 r. (KIO 772/23), Zamawiający w dniu 29 marca 2023 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i postanowił o powtórzeniu badania i oceny ofert (bez formalnego uwzględnienia zarzutów odwołania). Zdaniem odwołującego, Zamawiający wykorzystał jednak tę możliwość do obejścia przepisów ustawy. Według odwołującego unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i postanowienie o ponownym badaniu i ocenie ofert, nie służyło

zamawiającemu do skorygowania swoich błędnych decyzji (o zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy TWM z powodu dwukrotnego uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1), lecz doprowadziło do pogłębienia naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie odwołującego zamawiający prawdopodobnie przyjął, że unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty jednocześnie unieważnia wszystkie uprzednie czynności dotyczące badania i oceny ofert i że czynności te należy przeprowadzić ponownie. Zdaniem odwołującego, w konsekwencji zamawiający doprowadził do tego, że oświadczenie z art. 125 ust. 1 w zw. z ust. 5 Pzp wykonawca TWM składał po raz trzeci. Innymi słowy – unieważniając wybór i przeprowadzając ponownie badanie i ocenę ofert, zamawiający próbował obejść zakaz dwukrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia/poprawienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

Odwołujący uważał, że Zamawiający powinien był skorygować swoje uprzednie błędy (zaniechanie) i odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp ofertę wykonawcy TWM w toku ponownego badania oferty, zamiast tego jednak pismem z 20 kwietnia 2023 r. ponownie wezwał wykonawcę TWM Sp. z o.o. do złożenia oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby. W ocenie odwołującego prawo zamawiającego do korygowania swoich błędów w postępowaniu, nie może służyć sanowaniu błędów któregokolwiek wykonawcy w sytuacji, gdy ustawa już na to nie pozwala. Działanie zamawiającego, który powtarza czynności tylko po to, aby powtórnie umożliwić dokonanie prawidłowej czynności jednemu z wykonawców, jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i jako takie nie zasługuje na ochronę.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 odwołania, odwołujący wskazał, że wykonawca TWM w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, zaznaczył, że w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganego doświadczenia będzie polegał na zdolnościach podmiotu GRIMAR s.c. (dalej „Grimar"). W pkt 8 Formularza ofertowego w punkcie „*Następującą część zamówienia zamierzamy zlecić podwykonawcom*:" nie wskazał żadnej części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy.

Odwołujący wskazał, że wykonawca złożył wraz z ofertą zobowiązanie Grimar do udostępnienia zasobów. Następnie w dniu 3.02.2023 r. ponownie złożył zobowiązanie Grimar o tej samej treści. Udostępniający zasoby wskazał w punkcie 3 zobowiązania zatytułowanym „*Czy i w jakim zakresie podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą*": „*Doradztwo i opiniowanie rozwiązań technicznych*".

Kolejno odwołujący wskazał, że w dniu 1.03.2023 r. zamawiający wezwał TWM do wyjaśnienia w jakim zakresie "*doradztwo i opiniowanie rozwiązań technicznych*", które znajduje się w zobowiązaniu, gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów. W dniu 6.03.2023 r. TWM odpowiedział jednym zdaniem: „*Ad. 1 Doradztwo i opiniowanie rozwiązań technicznych faktycznie będzie polegało na wykonaniu dachu membranowego.*". Następnie pismem z dnia 14.03.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty TWM jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał, że w wyniku wniesienia przez niego pierwszego odwołania z dnia 20 marca 2023 r. (KIO 772/23), Zamawiający w dniu 29 marca 2023 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i postanowił o powtórzeniu badania i oceny ofert. Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 20 kwietnia 2023 r. (pkt 2) zamawiający dopuścił, aby wykonawca TWM zastąpił podmiot udostępniający zasoby Grimar s.c. innym podmiotem trzecim „*jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia*".

W ocenie odwołującego, podmiot udostępniający zasoby Grimar s.c., jak również podmiot udostępniający zasoby Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe BUDOPOL-POZNAŃ nie wykazali realnego charakteru udostępnieni doświadczenia, gdyż nie wykazali skutecznie, że będą wykonywali roboty w charakterze podwykonawcy, co jest niezgodne z art. 118 ust. 2 Pzp. Wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Możliwość wykorzystania przez wykonawcę zasobów podmiotów trzecich ograniczona jest do ich zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej, przy czym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów trzecich, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane, do realizacji których zamawiający wymaga tych zdolności (art. 118 ust. 2 Pzp).

Odwołujący wywiódł, że korzystając z potencjału podmiotu trzeciego, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że faktycznie będzie dysponował udostępnionymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia. W tym celu wraz z ofertą składa zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca, realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Jednocześnie ustawodawca nakłada obowiązek badania przez zamawiającego czy udostępnione przez podmiot trzeci zasoby pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czy wobec tego podmiotu nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy (art. 119 Pzp).

Odwołujący argumentował, że posłużenie się zdolnościami innego podmiotu przez wykonawcę jest dopuszczalne pod warunkiem wykazania przez niego realnego charakteru udostępnienia wymaganych zasobów, w zakresie gwarantującym wykorzystanie tych zasobów na etapie realizacji zamówienia. Wykonawca, powołując się na potencjał podmiotu trzeciego, ma zatem obowiązek wykazania, że realizując zamówienie, będzie faktycznie i w wymaganym zakresie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca TWM temu obowiązkowi nie sprostał. Zdaniem odwołującego TWM nie wymienił w ofercie żadnego zakresu robót, który zamierza powierzyć podwykonawcy. W odniesieniu do udostępniania potencjału w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, art. 118 ust. 2 PZP nakłada obowiązek wykonania przez podmioty udostępniające te zasoby robót budowlanych lub usług, do realizacji których są one wymagane. Wymóg wykonania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy. W przypadku takich zasobów jak doświadczenie brak jest możliwości realnego ich przekazania, a następnie wykorzystania w trakcie wykonywania robót budowlanych jedynie za pomocą np. szkoleń, konsultacji, doradztwa czy nadzoru.

Odwołujący argumentował, że nie jest wystarczające przedstawienie jakiegokolwiek dokumentu podmiotu trzeciego odwołującego się do woli udostępnienia jego zasobów, ale niezbędne jest przedstawienie takich, których treść będzie wykazywać na faktyczną dostępność tych zasobów i możliwość skorzystania z nich przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia. Przedkładanie stosownych dokumentów zamawiającemu ma bowiem na celu umożliwienie zweryfikowania, czy zwycięski wykonawca będzie realnie mógł wykorzystywać wszystkie wymagane zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.

Zdaniem odwołującego, wezwanie przez zamawiającego do wyjaśnienia zobowiązania podmiotu trzeciego z 1.03.2023 r. było próbą niedopuszczalnej przez ustawę ingerencji w treść oferty i miało na celu uzupełnienie treści oferty o elementy pierwotnie w niej niezawarte. Odwołujący powołał się na zakaz modyfikacji przez wykonawcę treści oświadczenia w zakresie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego dokonanych w wyniku uzupełnień, wyjaśnień czy sprostowania omyłek, które de facto prowadzą do zmiany treści oferty wówczas, gdy zmawiający dopiero na ich podstawie ustaliłby rzeczywisty zakres potencjału wykonawcy i podmiotu trzeciego. Działanie takie ma zatem bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania warunkujące samą tożsamość wykonawcy oraz wynik weryfikacji jego zdolności, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia.

Odwołujący argumentował, że ostatecznie doszło do tego, że w postępowaniu wykonawca TWM złożył trzy zobowiązania podmiotu Grimar s.c.: pierwsze datowane na dzień 30.01.2023 r. złożone wraz z ofertą, drugie w wyniku autouzupełniania z datą 03.02.2023 r. (tej samej treści co pierwsze z 30.01.2023 r.) i trzecie złożone w wyniku wezwania z 20.04.2023 r., ale opatrzone również datą 30.01.2023 r. i o zupełnie innej treści niż poprzednie zobowiązania.

Odwołujący argumentował, że w ostatnim z zobowiązań podmiot Grimar s.c. wskazał, że sposób udostępnienia zasobu w postaci doświadczenia wykonawcy będzie polegał m.in. na bieżących konsultacjach, świadczeniu usług doradczych i dokonywaniu uzgodnień technicznych, a także na oddelegowaniu przez podmiotu udostępniający zasoby swoich pracowników wraz z niezbędnym know-how do bezpośredniej realizacji dachu membranowego na podstawie zawartej przez podmiot udostępniający umowy współpracy z wykonawcą.

Odwołujący wskazał, że w wyniku wezwania zamawiającego z 20.04.2023 r. wykonawca TWM złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby (Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe BUDOPOLPOZNAŃ). Podmiot ten w zobowiązaniu datowanym na 26 kwietnia 2023 r. wskazał, że sposób udostępnienia zasobu w postaci doświadczenia wykonawcy będzie polegał m.in. na bieżących konsultacjach, świadczeniu usług doradczych i dokonywaniu uzgodnień technicznych, a także na oddelegowaniu przez podmiotu udostępniający zasoby swoich pracowników wraz z niezbędnym know-how do bezpośredniej realizacji – ułożenia nawierzchni sportowej w Sali gimnastycznej na podstawie zawartej przez podmiot udostępniający umowy współpracy z wykonawcą.

Zdaniem odwołującego, sposób udostępnienia zasobów wskazany w obu zobowiązaniach jest wadliwy i nie odpowiada wymogom ustawy. Według odwołującego „Bieżące konsultacje, świadczenie usług doradczych i dokonywanie uzgodnień technicznych" nie może być uznane za rzeczywiste wykonanie zamówienia przez te podmioty. Zdaniem odwołującego polskie prawo nie zna również „oddelegowania" pracownika do pracy u innego pracodawcy. Kodeks pracy przewiduje jedynie możliwość oddelegowania pracownika do innej pracy w ramach struktur tego samego pracodawcy. Nie jest więc możliwe „oddelegowanie" w sposób, który będzie oznaczał wejście w stosunek pracy z tym pracownikiem innego pracodawcy (np. wykonawcy). Podobnie „bezpośrednia realizacja" na podstawie „zawartej umowy o współpracy" jest niczym innym niż podwykonawstwem, którego, jak wskazano powyżej, wykonawca TWM nie przewidział w ofercie.

Zdaniem odwołującego, oferta wykonawcy TWM nie może być w zakresie deklaracji o podwykonawstwie zmieniona i w tym kontekście należy odczytywać sposób udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie. W ocenie odwołującego stanowią niedopuszczalną próbę przekonania zamawiającego, że podmioty trzecie wezmą udział w realizacji zamówienia zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp, mimo że zamawiający podwykonawstwa w ofercie nie przewidział. W

konkluzji należy wyciągnął wniosek, że zamawiający tak w przypadku pierwszego badania ofert powinien był prawidłowo zastosować art. 119 Pzp i 122 Pzp, a w przypadku ponownego badania ofert, powinien był odrzucić ofertę wykonawcy TWM Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 odwołania odwołujący wskazał, że doświadczenie przedstawione przez podmiot udostepniający zasoby – Grimar s.c. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

W rozdz. IV ust. 1 pkt 4 lit. a) SWZ zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy. Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże:

należyte wykonanie w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej dwóch zamówień polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie obiektu sportowego zamkniętego, w tym przynajmniej jednego polegającego na budowie, przebudowie lub rozbudowie sali gimnastycznej lub hali widowiskowo–sportowej wraz z zapleczem, o kubaturze każdego z nich nie mniejszej niż 6.000 m3;

Odwołujący argumentował, że Zamawiający wymagał więc, aby w ramach każdego z zamówień wybudowano, przebudowano lub rozbudowano jeden obiekt sportowy zamknięty o kubaturze nie mniejszej niż 6.000 m3.

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie zdefiniował w SWZ pojęcia „obiektu sportowego zamkniętego", nie powołał się również na żadną definicję legalną. Odwołujący podnosił, że taka definicja legalna nie istnieje. Zgodnie z regułami wykładni językowej, należy rozumieć to pojęcie zgodnie z językiem specjalistycznym. Mała encyklopedia sportu (wyd. II. T. 2: L-Ż. Warszawa: Sport i Turystyka, 1987) definiuje obiekt sportowy jako „*samodzielny, zwarty zespół urządzeń terenowych oraz budynków przeznaczonych do celów sportowych*". Argumentował, że definicję tę przyjmuje się również w statystyce publicznej. Zamawiający zapisał również, że wykonawca powinien legitymować się doświadczeniem w budowie, przebudowie lub rozbudowie obiektów sportowych zamkniętych. Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych (PKOB) rozróżnia boiska i budowle sportowe, przeznaczone do uprawiania sportu na świeżym powietrzu (klasa 2411) oraz pozostałe budowle sportowe i rekreacyjne jak skocznie, tory saneczkowe, bobslejowe, pola golfowe, lotniska sportowe, ośrodki jazdy konnej, przystanie jachtowe (klasa 2412) od budynków kultury fizycznej (klasa 1265) przeznaczonych dla imprez sportowych w halach (boiska do koszykówki, korty tenisowe, kryte baseny, hale gimnastyczne, sztuczne lodowiska itp.) wyposażone w stanowiska, tarasy itp. przeznaczone dla widzów oraz w prysznice, szatnie itp. dla uczestników.

W przekonaniu odwołującego, skoro zamawiający wymagał doświadczenia w budowie, przebudowie lub rozbudowie obiektów sportowych zamkniętych, to należy interpretować ten zapis w ten sposób, że obiekty te powinny być budynkami w rozumieniu ustawy Prawo budowlane (art. 3 pkt 2 Prawa budowlanego). Zdaniem odwołującego kryty kort tenisowy, który został wykazany przez wykonawcę przy pomocy zasobów innego podmiotu, stanowi wyłącznie tymczasowy obiekt budowlany w rozumieniu art. 3 pkt 5 ustawy Prawo budowlane.

Zdaniem odwołującego, wątpliwości wynikające z wyniku literalnej wykładni warunku udziału w postepowaniu, powinny być usuwane przy pomocy wykładni funkcjonalnej, w szczególności celowościowej. Zdaniem odwołującego trudno uznać, że skoro przedmiotem zamówienia jest budowa budynku sali gimnastycznej, to zamawiający powinien uznać doświadczenie w realizacji tymczasowego obiektu budowlanego. Ponadto jak wynika jednoznacznie z wykazu oraz przedłożonych referencji, przedsięwzięcie obejmowało budowę dwóch kortów tenisowych. Postawiony przez zamawiającego wymóg kubatury spełniają łącznie oba korty, ale oceniane z osobna – już nie. W ocenie odwołującego są to dwa ustawione obok siebie korty - dwie niezależne konstrukcje połączone dachem. Wykonawca przedstawił jednak dwie niezależne konstrukcyjnie obiekty, każdy o kubaturze mniejszej niż wymagana przez zamawiającego, przylegające do siebie, które nie są połączone żadnym łącznikiem. W ocenie odwołującego każdy z kortów powinien być traktowany jako niezależny obiekt. Zdaniem odwołującego, Zamawiający powinien więc dojść do wniosku, że wykonawca, który polega w tym zakresie na zasobach innego podmiotu, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia. W konsekwencji powinien zastosować dyspozycję art. 122 Pzp, jednak w ocenianym postępowaniu zamawiający uczynił to wadliwie.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4 odwołania odwołujący wskazał, że przepis art. 122 Pzp stanowi wdrożenie do polskiego porządku prawnego regulacji przewidzianej w art. 63 ust. 1 zd. 5 i 6 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE. Zgodnie z tym przepisem w przypadku dokonania negatywnej weryfikacji podmiotu trzeciego instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji. Zdaniem odwołującego przepis dyrektywy nie wskazuje sposobu zastąpienia podmiotu trzeciego, w szczególności – w przeciwieństwie do art. 122 Pzp – nie pozwala wprost na zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami. W ocenie odwołującego należy przyjąć, że art. 122 Pzp wadliwie implementuje art. 63 ust. 1 zd. 5 i 6 dyrektywy klasycznej.

Odwołujący podniósł, że naczelnymi zasadami ustrojowymi wspólnotowego porządku prawnego, zapewniającymi mu efektywność i jednolitość stosowania w całej Unii są: zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem krajowym (z pierwszeństwa korzystają wszystkie normy prawa wspólnotowego przed wszystkimi, także konstytucyjnymi

normami prawa państw członkowskich) oraz zasada skutku bezpośredniego prawa wspólnotowego w krajowym porządku prawnym. Argumentował, że zasady te nie wynikają bezpośrednio z prawa traktatowego, lecz zostały sformułowane w orzecznictwie TSUE.

Odwołujący argumentował, że zasada pierwszeństwa prawa unijnego jest zasadą zaliczaną do zasad strukturalnych tego prawa, zasad konstytucyjnych ustroju Unii Europejskiej. Zasada ta jest w doktrynie uznawana za zasadę „absolutną" (Monika Domańska, Implementacja dyrektyw unijnych przez sądy krajowe, Warszawa 2014). Jej ranga została potwierdzona poprzez zamieszczenie Deklaracji nr 17 w Traktacie z Lizbony, w której przyjęto, że „*zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej Traktaty i prawo przyjęte przez Unię na podstawie Traktatów mają pierwszeństwo przed prawem Państw Członkowskich na warunkach ustanowionych przez wspomniane orzecznictwo*". Poczynając od wyroku Costa p. E.N.E.L. (wyrok TSUE z dnia 15.07.1964 r. w sprawie 6/64, Flaminic Costa p. E.N.E.L., pkt 8–14), TSUE formułował i rozwijał treść i zakres zasady pierwszeństwa prawa unijnego. We wskazanym wyroku uznał, że: „w odróżnieniu od zwyczajnych umów międzynarodowych traktat EWG ustanowił własny porządek prawny, który został włączony do systemu prawnego państw członkowskich po jego wejściu w życie i który ma charakter wiążący dla sądów krajowych. (...) Moc wiążąca prawa wspólnotowego nie może różnić się w poszczególnych państwach w zależności od ich późniejszego wewnętrznego ustawodawstwa, gdyż zagroziłoby to realizacji celów traktatu, o których mowa w art. 5 TWE [obecnie art. 4 ust. 3 TUE], i powodowałoby dyskryminację zabronioną na mocy art. 7 [obecnie uchylony przez Traktat z Lizbony] (...) prawu utworzonemu na podstawie traktatu, pochodzącemu z niezależnego źródła, nie można, ze względu na jego wynikającą stąd szczególną naturę, przeciwstawiać w postępowaniu sądowym jakiegokolwiek wewnętrznego aktu prawnego, gdyż oznaczałoby to utratę przez to prawo charakteru wspólnotowego i zakwestionowanie samych podstaw prawnych Wspólnoty".

Odwołujący argumentował, że zasada pierwszeństwa prawa unijnego należy do acquis communautaire, które w wolnym tłumaczeniu oznacza patrymonium UE, dorobek UE. Termin ten można także zdefiniować jako całość przyjętych przepisów prawa i zasad unijnych, które muszą być przejęte przez wszystkie nowe państwa członkowskie. Ma to doniosłe znaczenie z perspektywy zobowiązań państw członkowskich określonych w traktatach. W tym ujęciu jest to zasada prawa wewnętrznego państwa członkowskiego, która określa relacje między tym prawem a prawem unijnym. Ustalenie tej relacji pozostaje nie bez znaczenia przy przyjęciu, że zasada pierwszeństwa jest również regułą kolizyjną pozwalającą na rozwiązanie problemu niezgodności prawa krajowego z prawem unijnym. Bez względu na to, czy reguła ta dotyczy kolizji przepisów niższego rzędu z przepisami wyższego rzędu (lex superior) lub kolizji przepisów w czasie (lex posterior), czy też innych typów kolizji (np. lex specialis), to należy przyjąć, że zasada pierwszeństwa (rozumiana jako reguła kolizyjna) powinna być odnoszona przede wszystkim do procesu stosowania prawa.

Odwołujący argumentował, że rozwiązywanie konfliktów między prawem krajowym a unijnym wymaga przeprowadzenia kontroli zgodności przepisów prawa krajowego z unijnymi w konkretnych stanach faktycznych, co leży w zakresie właściwości sądów krajowych. Ta kompetencja sprawia, że definicja sądu jako organu, który wyłącznie stosuje prawo, staje się nieaktualna. Odwołujący wskazywał, że już w sentencji sprawy Simmenthal (sygn. akt C 106/77 Amministrazione della Finanze delio Stato przeciwko Simmenthal SpA; główne tezy ze sprawy Simmenthal zostały potwierdzone przez TSUE w wyroku TSUE z dnia 27.01.2001 r. w sprawie C-416/00, Tommaso Morellato p. Commune di Padova, pkt 43, 44) TSUE doprecyzował, że sąd krajowy mający obowiązek stosowania przepisów prawa unijnego zobowiązany jest zapewnić pełną skuteczność tych przepisów, nie stosując w razie konieczności wszelkich sprzecznych z nimi przepisów ustawodawstwa krajowego. Przyjmuje się, że konieczność odmowy zastosowania przepisu krajowego ad casum, zwykle poprzez jego zawieszenie, istnieje bez względu na to, czy taką możliwość przewiduje prawo krajowe, czy nie.

Odwołujący argumentował, że sądy krajowe nie mają przy tym obowiązku wnoszenia o (lub oczekiwania na) wyeliminowanie z porządku prawnego tych przepisów. Sąd krajowy nie orzeka w takim wypadku o uchyleniu przepisu prawa krajowego, lecz odmawia jego zastosowania w takim zakresie, w jakim jest on obowiązany do udzielenia pierwszeństwa prawu unijnemu (wyrok TSUE z dnia 27.06.1991 r. w sprawie C-348/89, Mecanarte – Metalúrgica da Lagoa Ldª p. Chefe do Serviço da Conferência Final da Alfândega do Porto) czyli w zakresie, w jakim przepis krajowy jest sprzeczny z prawem unijnym. Odmowa zastosowania prawa krajowego następuje bez potrzeby zwracania się do sądów konstytucyjnych z pytaniami prawnymi dotyczącymi zgodności prawa krajowego z prawem unijnym.

Odwołujący wskazywał, że istota tej zasady sprowadza się do nakazu skierowanego do wszystkich organów publicznych zapewnienia normom prawa wspólnotowego przewagi w razie konfliktu z jakąkolwiek wcześniejszą lub późniejszą normą krajową. Poszanowanie zasady pierwszeństwa rodzi bardzo konkretne implikacje prawne. W odniesieniu do wszystkich norm prawa wspólnotowego wskazuje się w szczególności na:

1) nakaz efektywnej implementacji prawa wspólnotowego, w tym zwłaszcza zakaz stanowienia prawa krajowego sprzecznego z prawem wspólnotowym (nakaz uchylenia prawa sprzecznego z prawem wspólnotowym),

2) zakaz kwestionowania ważności norm wspólnotowych przez organy krajowe, także trybunały konstytucyjne,

3) zakaz stosowania przez organy krajowe jakichkolwiek przepisów sprzecznych z normami prawa wspólnotowymi,
4) nakaz zapewnienia bezpośredniej wykonalności orzeczeń sądów wspólnotowych oraz decyzji Rady i Komisji, które nakładają na osoby inne niż państwo zobowiązania pieniężne.

Odwołujący argumentował, że implementacja dyrektyw odbywa się nie tylko poprzez działania ustawodawcy. Implementacji dyrektyw dokonują również sądy krajowe państw członkowskich na etapie stosowania prawa przez te organy. Wprawdzie sąd krajowy nie może zastępować ustawodawcy, powinien jednak dokonać oceny czy ustawodawca prawidłowo wykonał swoje obowiązki wynikające z normy unijnej. Obowiązek organów państw członkowskich interpretowania prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym jest odrębną konstrukcją prawną służącą zapewnieniu prawu wspólnotowemu należytej efektywności. Odwołujący wskazywał, że obowiązek ten został stwierdzony w licznych orzeczeniach Trybunału (sygn. akt C 106/77 Amministrazione della Finanze delio Stato przeciwko Simmenthal SpA) i potwierdzony przez Sąd Najwyższy (uchwała z dnia 13.05.2010 r., sygn. akt III SZP 2/10). Obowiązek prowspólnotowej wykładni występuje jedynie w granicach „luzu decyzyjnego" przysługującego organom stosującym prawo (szeroko pojętego), bo przedmiotem wykładni i stosowania pozostaje nadal prawo krajowe, a prawo wspólnotowe inspiruje do wyboru jednego z rozstrzygnięć, które wszakże musi mieścić się w granicach obowiązującego prawa. Jako podstawę prawną obowiązku prowspólnotowej wykładni TSUE i doktryna wskazują art. 5 TWE, przewidujące zasadę lojalności państw względem Wspólnoty (zasadę solidarności) oraz obowiązek zapewnienia pełnej i realnej efektywności prawu wspólnotowemu.

Odwołujący wskazywał, że Zakres obowiązku prounijnej wykładni:
1) obowiązek występuje tylko w tych dziedzinach, w których zagadnienie jest normowane prawem unijnym (wspólne obszary regulacji z prawem krajowym),
2) jako wzorzec wykładni mogą służyć różne normy prawa unijnego, przede wszystkim wiążące prawnie, ale również zalecenia, które organy powinny „brać pod uwagę", ale nie są zobowiązane do podejmowania rozstrzygnięć zgodnie z nimi,
3) obowiązkiem prounijnej wykładni objęte są potencjalnie wszystkie przepisy prawa krajowego (przed i po ustanowieniu prawa wspólnotowego).

Między tym obowiązkiem organów państwowych a zasadą pierwszeństwa prawa wspólnotowego istnieje związek tego rodzaju, że obowiązek prowspólnotowej interpretacji prawa jest sposobem uniknięcia niekorzystnych następstw wynikających z zasady pierwszeństwa. Odpowiednia wykładnia pozwala bowiem na nadanie normom prawa krajowego takiego znaczenia, przy którym przestają być one niezgodne z normami wspólnotowymi.

Odwołujący wskazywał, że skutek bezpośredni jest sposobem na zapewnienie efektywnego korzystania przez jednostki z norm prawa wspólnotowego. Należy przyjąć, że bezpośrednie obowiązywanie prawa wspólnotowego oznacza, że normy tego prawa od dnia ich wejścia w życie, stają się automatycznie częścią porządku prawnego w państwach, obok norm prawa krajowego, bez potrzeby dokonywania zabiegów introdukcyjnych. Pojęcie to określa więc sposób, w jaki prawo wspólnotowe przenika do porządku prawnego państwa stając się wiążącym elementem tego porządku. W nawiązaniu do znanych metod określania stosunku prawa międzynarodowego do prawa wewnętrznego przyjmuje się, że prawo wspólnotowe staje się częścią krajowego porządku na zasadzie monistycznej. Wystarczy, że dopełnione zostaną pewne wymogi warunkujące wejście w życie określonego źródła prawa wspólnotowego. Bezpośrednie stosowanie prawa wspólnotowego jest konsekwencją jego bezpośredniego obowiązywania dla organów państw członkowskich i oznacza, że normy prawa wspólnotowego zawarte we wszelkich źródłach prawa wspólnotowego stanowią podstawę prawną dla działań organów państw członkowskich. Bezpośredni skutek przepisu prawa wspólnotowego zaś polega na tym, że z przepisu tego, sformułowanego w sposób jasny, precyzyjny i bezwarunkowy, wynika dające się materialnie zdefiniować uprawnienie dla jednostki, która na tej podstawie może domagać się ochrony przyznanego uprawnienia przed sądem krajowym.

Odwołujący podnosił, że sądy krajowe mają obowiązek „zapewnienia skuteczności dyrektywom" (wyrok TSUE z dnia 16.12.1976 r. w sprawie 33/76, Rewe-Zentralfinanz eG i Rewe-Zentral AG p. Landwirtschaftskammer für das Saarland; wyrok TSUE z dnia 16.12.1976 r. sprawie 45/76, Comet p. Productschaap voor Siergewassen; wyrok TS z dnia 16.02.1978 r. w sprawie 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato p. Simmenthal SpA), czyli rozstrzygania spraw tak, aby skonkretyzowane normatywnie prawa i obowiązki stron sporu były wykonywane w sposób zapewniający realizację celu dyrektywy. Osiągnięcie tego celu jest zawsze celem nadrzędnym w procesie implementacji dyrektywy, dlatego też przepisom dyrektywy przysługuje między innymi pierwszeństwo przed przepisami prawa krajowego, jeżeli w wyniku stosowania prawa krajowego cel założony w dyrektywie nie może zostać osiągnięty.

Odwołujący argumentował, że w orzeczeniu w sprawie Pfeiffer (wyrok TSUE z dnia 5.10.2004 r. w połączonych sprawach C-397/01 do C-403/01, Bernard Pfeiffer i in. p. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV) Trybunał wyraźnie podkreślił, że zarówno wynikający z dyrektywy obowiązek państw członkowskich w zakresie osiągnięcia rezultatu przewidzianego przez dyrektywę, jak również zobowiązanie zawarte w art. 4 ust. 3 TUE do podjęcia wszelkich

ogólnych lub szczególnych środków w celu zapewnienia wykonania tego obowiązku wiąże państwa członkowskie, w tym w ramach ich właściwości organy sądowe. Zdaniem odwołującego wobec tak jednoznacznego wskazania TSUE należy dokonać analizy zasady pierwszeństwa prawa unijnego, zasady efektywności oraz art. 288 akapit trzeci TFUE w zw. z art. 4 ust. 3 TUE, w kontekście obowiązków implementacyjnych sądów krajowych.

Według odwołującego, innymi słowy – art. 122 Pzp należy interpretować jako możliwość wykazania spełnienia warunków udziału przez samego wykonawcę, jeśli okaże się, że podmiot trzeci tego warunku nie spełnia, natomiast należy wykluczyć (mimo literalnego brzmienia) możliwość zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem.

Zdaniem odwołującego zastąpienie podmiotu udostępniającego innym podmiotem nie da się pogodzić z zasadą wypracowaną przez Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 10.10.2015 r. w sprawie C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser v. Manova A/S (EU:C:2013:647) i akceptowaną w orzecznictwie, że po terminie składania wniosków lub ofert możliwe jest uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów, o ile można w sposób obiektywny ustalić, że istniały przed tym terminem.

Odwołujący uważał, że w konsekwencji należy przyjąć, że w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego, że podmiot udostępniający zasoby nie dysponuje doświadczeniem, które pozwala na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zastąpić go może jedynie wykonawca, wykazując własne doświadczenie.

Odwołujący podniósł, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby (Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego BUDOPOL-POZNAŃ) nosi datę 26 kwietnia 2023 r., a więc nie istniało w momencie składania oferty przez wykonawcę TWM.

Odwołujący argumentował, że dopuszczenie możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego przez wykonawcę korzystającego z jego zasobów innym podmiotem lub podmiotami pozostaje w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców – różnicuje sytuację tych, którzy składając wniosek lub ofertę, polegają na własnych zasobach od sytuacji korzystających z zasobów udostępnianych. Wykonawca, który złożył ofertę, opierając się na własnym potencjale i działając w przekonaniu, że jest on wystarczający, w sytuacji negatywnej weryfikacji tego potencjału przez zamawiającego nie będzie mógł posłużyć się potencjałem podmiotów trzecich do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 123 Pzp). Zdaniem odwołującego literalna interpretacja art. 122 Pzp pozwalająca na zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem, może prowadzić do łatwego obejścia zakazu wyrażonego w art. 123 Pzp.

W ocenie odwołującego nie można zaakceptować literalnej wykładni art. 122 Pzp, gdyż prowadzi ona do naruszenia naczelnej zasady, jaką powinien się kierować zamawiający, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikających zarówno z prawa krajowego, jak i przepisów prawa unijnego. Przyjęcie przeciwnego stanowiska prowadziłoby do wniosku, że w postępowaniu faworyzowani są wykonawcy polegający na zasobie podmiotu trzeciego względem wykonawców, którzy zadeklarowali samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W należy odstąpić od literalnej interpretacji tego przepisu na rzecz takiego jego rozumienia, które można sprowadzić do stwierdzenia, że z przepisu tego wynika, że w opisanej sytuacji to „wykonawca zastępuje" podmiot trzeci, a nie podmiot trzeci zastępowany jest przez jakiś inny podmiot trzeci.

Ponadto odwołujący wskazał, że w świetle art. 119 Pzp zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny, czy udostępniane wykonawcy zasoby pozwalają mu na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przypadku uznania, że udostępnione zasoby nie potwierdzają odpowiednich warunków udziału w postępowaniu lub ustalenia, że podmiot udostępniający te zasoby podlega wykluczeniu, zamawiający powinien zażądać od wykonawcy wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, co w konsekwencji oznacza, że wykonawca samodzielnie, bez jakiegokolwiek udziału podmiotu trzeciego, wykona część zamówienia, z którą wiążą się udostępniane wcześniej zasoby.

W badanym postępowaniu, czego dowodzi wezwanie z 20.04.2023 r., zamawiający nie stwierdził kategorycznie, że Grimar s.c. nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia. Skoro tak, nie powinien również wzywać wykonawcę TWM zgodnie z dyspozycją art. 122 Pzp (pkt 2 wezwania). Zastosowanie art. 122 Pzp było więc również wadliwe z tego powodu.

W uzasadnieniu zarzutu nr 5 odwołania odwołujący wskazał, że w związku z zaniechaniem zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy TWM Sp. z o.o. z powodów, o których mowa powyżej (uzasadnienie zarzutu nr 1-3), doprowadziło to zamawiającego do podjęcia wadliwej decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy TWM Sp. z o.o., czym zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł oddalenie. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca TWM sp. z o.o. w Poznaniu. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), modyfikacje SWZ, odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę wykonawcy TWM sp. z o.o. w Poznaniu (przystępującego), wezwania zamawiającego kierowane do przystępującego, oświadczenia i dokumenty składane przez przystępującego w toku postępowania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 118 ust. 2 Pzp stanowi, że *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.*

Art. 119 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.*

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

Art. 128 ust. 1 Pzp stanowi, 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 złoże-nia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

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. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie oraz wybudowanie sali gimnastycznej wraz z zapleczem sanitarnym, sportowym i łącznikiem na terenie Zespołu Szkół im. Gen. Dezyderego Chłapowskiego w Bolechowie, ul. Obornicka 1. (pkt II.1 SWZ).

Ustalono także, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy. (str. 1 SWZ).

Ustalono kolejno, że w pkt IV. 1. SWZ zamawiający wskazał, że*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu, oraz którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego, dotyczące:*

4) Zdolności technicznej lub zawodowej.

Zamawiający uzna spełnienie przedmiotowego warunku, jeżeli Wykonawca wykaże:

a) należyte wykonanie w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej dwóch zamówień polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie obiektu sportowego zamkniętego, w tym przynajmniej jednego polegającego na budowie,

przebudowie lub rozbudowie sali gimnastycznej lub hali widowiskowo–sportowej wraz z zapleczem, o kubaturze każdego obiektu nie mniejszej niż 6.000 m3;

Ustalono także, że w pkt IV. SWZ zamawiający wskazał:

3. Wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, może, na zasadach określonych w art. 118 ustawy, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

4. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, określone w art. 118 ust. 4 ustawy, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Kolejno ustalono, że w rozdziale VI SWZ zamawiający wskazał:

1.Oświadczenia i dokumenty składane na etapie złożenia oferty:

4) Sporządzone w formie elektronicznej opatrzonej podpisem kwalifikowanym lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – o treści zgodnej z załącznikiem nr 3. Informacje zawarte w oświadczeniu, stanowią wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

2.Oświadczenia i dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego:

4) W celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IV ust. 1 pkt 4) SWZ, Wykonawca winien przedłożyć:

a) wykaz robót budowlanych (o treści zgodnej z załącznikiem nr 4) wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty;

5. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa ust. 1 pkt 4), także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

Kolejno ustalono, że w rozdziale VIII SWZ zamawiający wskazał m.in.:

2. Informacje dotyczące składanych oświadczeń i dokumentów:

1) Wymagane dokumenty lub oświadczenia należy złożyć w formie elektronicznej opatrzonej podpisem kwalifikowanym lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym lub w formie cyfrowego odwzorowania dokumentu.

2) W przypadku gdy wymagane dokumenty lub oświadczenia zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

3) W przypadku gdy wymagane dokumenty lub oświadczenia zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

4) W przypadku gdy wymagane dokumentu lub oświadczenia zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

5) Przez cyfrowe odwzorowanie, należy rozumieć dokument elektroniczny będący kopią elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej, umożliwiający zapoznanie się z tą treścią i jej zrozumienie, bez konieczności bezpośredniego dostępu do oryginału.

6) Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą, mocodawca lub notariusz.

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły m.in. oferty:

1)przystępującego z ceną brutto 21.448.125,00 zł,

2)odwołującego z ceną brutto 21.965.359,53 zł.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że przystępujący w pkt 8 swojego formularza ofertowego pozostawił niewypełnioną rubrykę dotyczącą wskazania części zamówienia, jaką zamierza zlecić podwykonawcom.

Ustalono także, że przystępujący załączył do swej oferty m.in.:

a) oświadczenie własne, składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy, iż nie później niż na dzień składania ofert, nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego w Rozdziale IV ust. 1 SWZ. Oświadczenie to zawierało także informację, że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który został określony w Rozdziale IV ust. 1 pkt 4) SWZ, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej polega na zasobach następującego podmiotu:
GRIMAR SPÓŁKA CYWILNA Aleja Wojciecha Korfantego 191A Katowice,

b) *zobowiązanie Grimar s.c., w którym zobowiązuje się oddać do dyspozycji przystępującemu zasób: wiedza i doświadczenie przy budowie obiektów sportowych.* W zobowiązaniu tym w polu: *„sposób, okres udostepnienia i wykorzystania ww. zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia”* wskazano: *„Doradztwo i opiniowanie rozwiązań technicznych, przez cały okres trwania zamówienia”.* W zobowiązaniu tym, w rubryce: *„Czy i w jakim zakresie podmiot (…) zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą”:* wskazano *„Doradztwo i opiniowanie rozwiązań technicznych”.* Zobowiązanie zostało złożone w postaci skanu pisemnego dokumentu podpisanego przez Daniela Klimka, wspólnika s.c. Grimar. Plik ze skanem został opatrzony podpisem kwalifikowanym osoby uprawnionej do reprezentacji przystępującego.

(por. oferta przystępującego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że zamawiający pismem z 1 lutego 2023 r. działając, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego *do uzupełnienia oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia postępowania (o treści zgodnej z załącznikiem nr 3 do SWZ) złożonego przez GRIMAR s.c. Daniel Klimek, Dagmara Bochenek, Tomasz Jaworski,.*

Zgodnie z zapisami Rozdziału VI ust. 1 pkt 4) i ust. 2 pkt 5) SWZ, a także odpowiedziami (pytanie nr 13) opublikowanymi na stronie internetowej prowadzanego postępowania 16.01.2023 r., podmioty udostępniające swoje zasoby, są zobowiązane złożyć takie oświadczenie. Oświadczenie, aktualne na dzień składania ofert, należy przestać za pośrednictwem platformy zakupowej na adres: https://platformazakupowa.pl/transakcja/706461, w nieprzekraczalnym terminie do 06.02.2023 r., w formie elektronicznej opatrzonej podpisem kwalifikowanym lub w postaci elektronicznej upatrzanej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym lub formie cyfrowego odwzorowania dokumentu, poświadczonego, zgodnie z wytycznymi określonymi w Rozdziale VIII ust. 2 swz.

Jednocześnie wyjaśniam, iż zgodnie zapisami Rozdziału VI ust. 2 pkt 4) SWZ, w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (np. spółka cywilna), wymagane oświadczenie, składa każdy z wykonawców.

(por. wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że w dniu 3 lutego 2023 r. przystępujący przesłał zamawiającemu plik „TWM oświadczenie wykonawcy.pdf” zawierający skan pisemnego oświadczenia Grimar s.c., w którym podmiot ten oświadcza, że nie później niż na dzień składania foert, nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Pzp oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone przez zamawiającego w rozdziale IV ust. 1 SWZ. W dniu tym przystępujący przesłał także plik Grimar Zobowiązanie podmiotu.pdf. Plik ten został złożonyw postaci skanu pisemnego dokumentu podpisanego przez Daniela Klimka, wspólnika s.c., Dagmarę Bochenek, wspólnika s.c., Tomasza Jaworskiego, wspólnika s.c. Plik ze skanem został opatrzony podpisem kwalifikowanym osoby uprawnionej do reprezentacji przystępującego.

Kolejno ustalono, że w dniu 6 lutego 2023 r. przystępujący przesłał zamawiającemu plik „TWM oświadczenie wykonawcy.pdf”. zawierający skan pisemnego oświadczenia Grimar s.c., w którym podmiot ten oświadcza, że nie później niż na dzień składania ofert, nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Pzp oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone przez zamawiającego w rozdziale IV ust. 1 SWZ.Plik ze skanem został opatrzony podpisem kwalifikowanym osoby uprawnionej do reprezentacji przystępującego.

(por. ww. pliki, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że zamawiający pismem z 7 lutego 2023 r. działając, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego *do złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:*

1) wykazu robót budowlanych (o treści zgodnej z załącznikiem nr 4 do SWZI wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat liczonych od dnia, w którym upłynął termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, potwierdzającego realizację co najmniej dwóch zamówień, polegających na budowie lub

przebudowie lub rozbudowie obiektu sportowego zamkniętego, w tym przynajmniej jednego polegającego na budowie, przebudowie lub rozbudowie sali gimnastycznej lub hali widowiskowo-sportowej wraz zapleczem, o kubaturze każdego nich nie mniejszej niż 6.000 m3 wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zastały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty.

(por. wezwanie z dnia 7 lutego 2023 r., w aktach sprawy na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył 14 lutego 2023 r. wykaz robót budowlanych. W wykazie tym przystępujący wymienił następujące roboty:

Rodzaj i zakres zamówienia	Wartość brutto	Data wykonania (Termin zakończenia robót)	Miejsce wykonania (nazwa Zamawiającego)
ROZBUDOWA SZKOŁY PODSTAWOWEJ W ROGALINIE O SALĘ GIMNASTYCZNĄ WRAZ Z INFRASTRUKTURĄ TOWARZYSZĄCA W ROGALINIE, GM.MOSINA	6.616.812,07 PLN	24-06-2022	ADRES: ULICA POZNAŃSKA 8, 62-022 ROGALIN (GMINA MOSINA)
BUDOWA DWÓCH KORTÓW TENISOWYCH ZADASZONYCH HALĄ ŁUKOWĄ ORAZ BUDOWA DWÓCH KORTÓW OTWARTYCH	930.057,12 PLN	29-05-2020	LOKALIZACJA: ROYAL TENNIS CLUB W KOZACH ADRES: PODGÓRSKA 7, 43-340 KOZY (JARO-POL JAROSŁAW ROZMUS)

(por. wykaz robót przystępującego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Do wykazu przystępujący załączył:

*1)*referencje Gminy Mosina z 23.07.2022 r. potwierdzające, że przystępujący zrealizował na rzecz ww. Gminy zadanie, o którym mowa w pkt 1 ww. wykazu, a zadanie zostało wykonane terminowo, zgodnie z obowiązującymi przepisami i rzetelnie,

*2)*referencje Jaro-POL, Jarosław Rozmus, z których wynika, że firma Grimar s.c. zakończyła prace przy budowie dwóch kortów tenisowych zadaszonych halą łukową oraz budowę dwóch kortów otwartych. Realizacja wykonano należycie i zgodnie z umową i projektem.

(por. dokumenty referencyjne, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z 1 marca 2023 r. działając, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał przystępującego *do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów:*

1)Zobowiązanie Podmiotu udostępniającego swoje zasoby – GRIMAR s.c.

Proszę o informacje czy i w jakim zakresie „doradztwo i opiniowanie rozwiązań technicznych", wskazane w przytoczonym zobowiązaniu gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów i ich taktyczny udział w realizacji robót budowlanych

2)Wykaz robót budowlanych wraz z potwierdzającymi ich należyte wykonanie referencjami,

- Gmina Mosina - proszę o określenie jaka jest kubatura wybudowanej sali gimnastycznej wraz z zapleczem, ponieważ wykazali Państwo kubaturę całego nowopowstałego budynku szkolnego wynoszącą 7,856 m3,

Zgodnie z wyjaśnieniami udzielanymi przez Zamawiającego w przypadku wskazania sali gimnastycznej wraz z zapleczem, wchodzącej w zakres budowy, przebudowy lub rozbudowy innego obiektu, np. szkoły, należało wykazać kubaturę tej sali nie mniejszą niż 6,000 m3.

Jaro-Pol - proszę o określenie jaka jest kubatura kortów zadaszonych halą łukową, ponieważ przesłane dokumenty nie zawierają takiej informacji.

Zgodnie z wymogiem określonym przez Zamawiającego wymagana była budowa lub przebudowa lub rozbudowa obiektu sportowego zamkniętego, o łącznej kubaturze nie mniejszej niż 6.000 m3.

(por. wezwanie z dnia 1 marca 2023 r. w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył 6 marca 2023 r. wyjaśnienia, w których wskazał, co następuje:

Ad.1. Doradztwo i opiniowanie rozwiązań technicznych faktycznie będzie polegało na wykonaniu dachu membranowego.

Ad.2.

a) Kubatura wybudowanej Sali gimnastycznej wraz z zapleczem wynosi 7.686,93 m3. Jest to wartość większa niż 6.000 m3.

Obliczenia:

Pomieszczenia pomocnicze:
Pomieszczenie 030 (34,69 m2) - stołówka
Pomieszczenie 031 (1,79 m2) - pomieszczenie gospodarcze
Pomieszczenie 032 (5,90 m2) - komunikacja
Pomieszczenie 033 (3,37 m2) - skład termosów brudnych
Pomieszczenie 034 (10,42 m2) - wydawanie cateringu
Suma 56,17 m2 x 3,01 m = 169,07 m3
Kubatura całkowita 7.856 m3 - 169,07 m3 (pomieszczenia pomocnicze) = 7.686,93 m3

b) Kubatura kortów zadaszonych halą łukową wynosi 9715,44 m3. Jest to wartość większa niż 6.000 m3.
Obliczenia:
R = H = 9,12 m
Długość = 37,2 m
Kubatura = 9,12 x 9,12 x 3,14 /2 x 37,2m x 2 nawy = 9715,44 m3.

(por. wyjaśnienia przystępującego z dnia 6 marca 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Następnie ustalono, że 20 kwietnia 2023 r., zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do:

- uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby — GRIMAR S.C.
Zgodnie z zapisami Rozdziału IV ust. 3 i 4 SWZ Wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziałuw postępowaniu., może na zasadach określonych w art, 118 ust. 2 ustawy, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie (zawierające elementy określone w art. 118 ust. 4 ustawy) podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.
W związku z powyższym proszę o przedstawienie zobowiązania GRIMAR S.C. jako podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzającego spełnienie warunku określonego w Rozdziale IV ust. 1 pkt. 4 lit. a) SWZ.
Treść zobowiązania winna potwierdzać, że wykonawca realizując zamówienie, będzie realnie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów oraz poręczać, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określać w szczególności elementy zawarte w art. 118 ust. 4 ustawy.

- uzupełnienia oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia z postępowania (o treści zgodnej z załącznikiem nr 3 do SWZ), dla podmiotu udostępniającego zasoby GRIMAR S.C. W związku z art. 125 ust. 5 ustawy oraz zgodnie z zapisami Rozdziału VI ust. 1 pkt 4) i ust. 2 pkt 5) SWZ podmioty udostępniające swoje zasoby, są zobowiązane złożyć takie oświadczenie.
Ponadto informuję, że w przypadku wykazania większej ilości robót budowlanych niż dotychczas, spełniających w/w warunek udziału w postępowaniu na podstawie zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, Wykonawca zobowiązany jest również do przedstawienia aktualnego wykazu robót.

2.Działając na podstawie art. 122 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zaznaczam, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, żądam zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami. W przypadku powyższego Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć:

- wykaz robót (o treści zgodnej z załącznikiem nr 4 do SWZ), potwierdzający wykonanie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat liczonych od dnia, w którym upłynął termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, potwierdzającego realizację co najmniej dwóch zamówień, polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie obiektu sportowego zamkniętego, w tym przynajmniej jednego polegającego na budowie, przebudowie lub rozbudowie sali gimnastycznej lub hali widowiskowo—sportowej wraz z zapleczem, o kubaturze każdego z nich nie mniejszej niż 6.000 m3, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty.
Jednocześnie przypominam, iż za spełnienie warunku w tym zakresie uznane zostanie również wykazanie

wykonania zamówienia polegającego na budowie, przebudowie lub rozbudowie sali gimnastycznej wraz z zapleczem, o łącznej kubaturze nie mniejszej niż 6.000 m3, wchodzącej w zakres budowy, przebudowy lub rozbudowy innego obiektu, np. szkoły.

Zgodnie z zapisami Rozdziału IV ust. 1 pkt 4 lit. a) SWZ i Rozdziału VI ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ, a także wyjaśnieniam udzielanymi przez Zamawiającego wymagany był wykaz potwierdzający realizację robót budowalnych o wskazanym powyżej zakresie;

- zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy;

- oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia z postępowania (o treści zgodnej z załącznikiem nr 3 do SWZ), dla podmiotu udostępniającego zasoby. W związku z art. 125 ust. 5 ustawy oraz zgodnie z zapisami Rozdziału VI ust. 1 pkt 4) i ust. 2 pkt 5) SWZ, podmioty udostępniające swoje zasoby, są zobowiązane złożyć takie oświadczenie.

3.Działając na podstawie art. 122 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zaznaczam, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego może wykazać, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W przypadku powyższego Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć:

- wykaz robót (o treści zgodnej z załącznikiem nr 4 do SWZ), potwierdzający wykonanie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat liczonych od dnia, w którym upłynął termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, potwierdzającego realizację co najmniej dwóch zamówień, polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie obiektu sportowego zamkniętego, w tym przynajmniej jednego polegającego na budowie, przebudowie lub rozbudowie sali gimnastycznej lub hali widowiskowo—sportowej wraz z zapleczem, o kubaturze każdego z nich nie mniejszej niż 6.000 m3, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty.

Jednocześnie przypominam, iż za spełnienie warunku w tym zakresie uznane zostanie również wykazanie wykonania zamówienia polegającego na budowie, przebudowie lub rozbudowie sali gimnastycznej wraz z zapleczem, o łącznej kubaturze nie mniejszej niż 6.000 m3, wchodzącej w zakres budowy, przebudowy lub rozbudowy innego obiektu, np. szkoty.

Zgodnie z zapisami Rozdziału IV ust. 1 pkt 4 lit. a) SWZ i Rozdziału VI ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ, a także wyjaśnieniami udzielanymi przez Zamawiającego wymagany był wykaz potwierdzający realizację robót budowalnych o wskazanym powyżej zakresie;

- oświadczenie potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia z postępowania (o treści zgodnej z załącznikiem nr 3 do SWZ).

Wymagane dokumenty powinny być aktualne na dzień ich złożenia i przesłane za pośrednictwem platformy zakupowej na adres: https://platformazakupowa.pl/transakcja/706461, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 04.05.2023 r., w formie elektronicznej opatrzonej podpisem kwalifikowanym lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym lub w formie cyfrowego odwzorowania dokumentu, poświadczonego, zgodnie z wytycznymi określonymi w Rozdziale VIII ust. 2 SWZ. Wymagane dokumenty powinny być podpisane w formie j/w, odpowiednio przez wykonawcę, wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawcę, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą.

(por. wezwanie z dnia 20 kwietnia 2023 r., a aktach sprawy, na nośniku elektronicznym)

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący w dniu 4 maja 2023 r. złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego Wykonawcy zasoby – GRIMAR spółka cywilna, w którym wskazano m.in.:

1.Zakres dostępnych Wykonawcy zasobów Podmiotu Udostępniającego:

zdolności techniczne lub zawodowe w postaci doświadczenia w budowie obiektów sportowych, w zakresie spełniania warunku określonego w Rozdziale IV ust. 1 pkt 4 lit. a) SWZ, to jest należytego wykonania w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej dwóch zamówień polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie obiektu sportowego zamkniętego, w tym przynajmniej jednego polegającego na budowie, przebudowie lub rozbudowie sali gimnastycznej lub hali widowiskowo-sportowej wraz z zapleczem, o kubaturze każdego z nich nie mniejszej niż 6.000 m3.

2.Sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów Podmiotu Udostępniającego przy wykonywaniu Zamówienia; zasoby Podmiotu Udostępniającego zostaną udostępnione Wykonawcy poprzez udzielanie przedstawicielom Wykonawcy przez przedstawicieli Podmiotu Udostępniającego bieżących konsultacji, świadczenie

usług doradczych i dokonywanie uzgodnień technicznych w trakcie realizacji Zamówienia, na podstawie zawartej przez Podmiot Udostępniający z Wykonawcą umowy o współpracy;zasoby Podmiotu Udostępniającego zostaną udostępnione Wykonawcy poprzez oddelegowanie przez Podmiot Udostępniający swoich pracowników wraz z niezbędnym know-how do bezpośredniej realizacji dachu membranowego stanowiącego część przedmiotu Zamówienia, na podstawie zawartej przez Podmiot Udostępniający z Wykonawcą umowy o współpracy;zasoby udostępniane Wykonawcy przez Podmiot Udostępniający będą wykorzystywane przez cały okres realizacji Zamówienia, z uwzględnieniem poprzedzającego go czasu składania ofert na realizację Zamówienia oraz późniejszego okresu obowiązywania gwarancji jakości i rękojmi dla Zamówienia i w tym zakresie oddane do dyspozycji Wykonawcy.

3.Czy i w jakim zakresie Podmiot Udostępniający, 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:

Podmiot Udostępniający zrealizuje roboty budowlane, których dotyczą zasoby udostępniane Wykonawcy przez Podmiot Udostępniający w zakresie doświadczenia poprzez oddelegowanie przez Podmiot Udostępniający swoich pracowników wraz z niezbędnym know-how do bezpośredniej realizacji dachu membranowego stanowiącego część przedmiotu Zamówienia, na podstawie zawartej przez Podmiot Udostępniający z Wykonawcą umowy o współpracy.

(por. załącznik nr 1 do pisma przystępującego z dnia 4 maja 2023 r.)

Do pisma z dnia 4 maja 2023 r. przystępujący załączył też oświadczenie podmiotu udostępniającego Wykonawcy zasoby – GRIMAR spółka cywilna, o nie podleganiu wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego w rozdziale IV ust. 1 SWZ.

(por. załącznik nr 2 do pisma przystępującego z dnia 4 maja 2023 r.)

Do pisma z dnia 4 maja 2023 r. przystępujący załączył też wykaz robót budowlanych uzupełniony o robotę budowlaną:

Rodzaj i zakres zamówienia	Wartość brutto	Data wykonania (Termin zakończenia robót)	Miejsce wykonania (nazwa Zamawiającego)
BUDOWA SALI GIMNASTYCZNEJ ORAZ ŁĄCZNIKA Z BUDYNKIEM LICEUM WRAZ Z PRZEBUDOWĄ ŚCIANY SZCZYTOWEJ PRZY AL. NIEPODLEGŁOŚCI 43 KUBATURA 7.916,60 m3	5.365.821,09 PLN	13-09-2018	ADRES: AL. NIEPODLEGŁOŚCI 43, 61-701 POZNAŃ (ZGROMADZENIE SIÓSTR URSZULANEK UNII RZYMSKIEJ DOM ZAKONNY W POZNANIU)

wraz z listem referencyjnym z dnia 28 września 2018r. wystawionym przez zleceniodawcę ww. roboty potwierdzający, że P.B.U. Budopol-Poznań sp. z o.o. wykonał ww. inwestycję w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki i terminowo.

(por. załącznik nr 3 do pisma przystępującego z dnia 4 maja 2023 r.)

Do pisma z dnia 4 maja 2023 r. przystępujący załączył też zobowiązanie P.B.U. Budopol-Poznań sp. z o.o. z dnia 26 kwietnia 2023 r. do udostępnienia przystępującemu zdolności w postaci doświadczenia w budowie obiektów sportowych, potrzebnych do realizacji zamówienia, w którym wskazano m.in.:

1. Zakres dostępnych Wykonawcy zasobów Podmiotu Udostępniającego:

- zdolności techniczne lub zawodowe w postaci doświadczenia w budowie obiektów sportowych, w zakresie spełniania warunku określonego w Rozdziale IV ust. 1 pkt 4 lit a) SWZ, to jest należytego wykonania w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej dwóch zamówień polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie obiektu sportowego zamkniętego, w tym przynajmniej jednego polegającego na budowie, przebudowie lub rozbudowie sali gimnastycznej lub hali widowiskowo–sportowej wraz z zapleczem, o kubaturze każdego obiektu nie mniejszej niż 6.000 m3.

2. Sposób i okres udostępniania Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów Podmiotu Udostępniającego przy wykonywaniu Zamówienia:

- zasoby Podmiotu Udostępniającego zostaną udostępnione Wykonawcy poprzez udzielanie przedstawicielom Wykonawcy przez przedstawicieli Podmiotu Udostępniającego bieżących konsultacji, świadczenie usług doradczych i dokonywanie uzgodnień technicznych w trakcie realizacji Zamówienia, na podstawie zawartej przez Podmiot Udostępniający z Wykonawcą umowy o współpracy;

- zasoby Podmiotu Udostępniającego zostaną udostępnione Wykonawcy poprzez oddelegowanie przez Podmiot Udostępniający swoich pracowników wraz z niezbędnym know-how do bezpośredniej realizacji ułożenia nawierzchni sportowej w sali gimnastycznej stanowiącej część przedmiotu Zamówienia, na podstawie zawartej przez Podmiot Udostępniający z Wykonawcą umowy o współpracy;

- zasoby udostępniane Wykonawcy przez Podmiot Udostępniający będą wykorzystywane przez cały okres realizacji Zamówienia, z uwzględnieniem poprzedzającego go czasu składania ofert na realizację Zamówienia oraz późniejszego okresu obowiązywania gwarancji jakości i rękojmi dla Zamówienia i w tym zakresie oddane do dyspozycji Wykonawcy.

3. Czy i w jakim zakresie Podmiot Udostępniający, 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

- Podmiot Udostępniający zrealizuje roboty budowlane, których dotyczą zasoby udostępniane Wykonawcy przez Podmiot Udostępniający w zakresie doświadczenia poprzez oddelegowanie przez Podmiot Udostępniający swoich pracowników wraz z niezbędnym know-how do bezpośredniej realizacji robót polegających na ułożeniu nawierzchni sportowej w sali gimnastycznej stanowiącej część przedmiotu Zamówienia, na podstawie zawartej przez Podmiot Udostępniający z Wykonawcą umowy o współpracy.

(por. załącznik nr 4 do pisma przystępującego z dnia 4 maja 2023 r.)

Do pisma z dnia 4 maja 2023 r. przystępujący załączył też oświadczenie podmiotu udostępniającego Wykonawcy zasoby – P.B.U. „BUDOPOL - POZNAŃ" sp. z o.o. z dnia 27 kwietnia 2023 r., i*nie później niż na dzień składania ofert, spółka PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANO – USŁUGOWE "BUDOPOL - POZNAŃ" spółka z ograni odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (…) nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego w Rozdziale IV ust. 1 SWZ.*

(por. załącznik nr 4 do pisma przystępującego z dnia 4 maja 2023 r.)

Kolejno ustalono, że zamawiający 12 maja 2023 r. zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.
(por. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym).

Odwołanie zasługiwało częściowo na uwzględnienie.
Zasadny okazał się zarzut nr 2 odwołania.

Odwołujący trafnie podniósł w odwołaniu, że podmioty udostępniające przystępującemu swe zasoby wiedzy i doświadczenia, to jest Grimar s.c., jak również Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Budopol-Poznań sp. z o.o., nie wykazały realnego charakteru udostępnienia swych zasobów, gdyż nie udowodniły, że wykonają roboty budowlane, do realizacji których takich zasób wiedzy i doświadczenia był wymagany, co okazało się niezgodne z art. 118 ust. 2 Pzp.

Jak wynikało z pkt 8 formularza ofertowego, przystępujący nie wymienił w ofercie żadnego zakresu robót, który zamierza powierzyć podwykonawcy. Powyższe nie było jakimkolwiek przeoczeniem, ale świadomym działaniem przystępującego, który zawarcia takiej umowy z jakimkolwiek podmiotem trzecim nie przewidywał, o czym będzie mowa niżej. Izba stwierdziła ponadto, że wbrew twierdzeniom odwołującego, deklaracja przystępującego o braku podwykonawstwa przedstawiona w pkt 8 formularza ofertowego na żadnym etapie oceny ofert nie została zmieniona. W szczególności nie została ona zmieniona w treści zobowiązań Grimar s.c. i Budopol -Poznań sp. z o.o., załączonych do pisma przystępującego z dnia 4 maja 2023 r.

Jak wynikało z treści zobowiązań ww. podmiotów trzecich załączonych do pisma przystępującego z dnia 4 maja 2023 r., udostępnienie przystępującemu zasobu wiedzy i doświadczenia, którym cechowały się oba podmioty trzecie, miało nastąpić jedynie przez:

- prowadzenie bieżących konsultacji, świadczenie usług doradczych i dokonywanie uzgodnień technicznych w trakcie realizacji zamówienia,
- oddelegowanie przez podmioty udostępniające swoich pracowników wraz z niezbędnym know-how do bezpośredniej realizacji robót polegających na ułożeniu nawierzchni sportowej w sali gimnastycznej (Budopol-Poznań) i na wykonaniu dachu membranowego (Grimar s.c.) na podstawie zawartych przez podmioty udostępniające z wykonawcą umów o współpracy.

W trakcie posiedzenia Izby przystępujący oświadczył jednoznacznie, że jego współpraca z podmiotami udostępniającymi mu zasoby wiedzy i doświadczenia miała przybrać jedynie formę umowy o współpracy, której treścią będzie wyłącznie oddelegowanie bliżej niesprecyzowanej liczby pracowników podmiotów trzecich do wykonania dachu membranowego (zobowiązanie Grimar s.c.) i ułożenia nawierzchni w sali gimnastycznej (zobowiązanie Budopol-Poznań

sp. z o.o.). Przystępujący jednoznacznie oświadczył też, że jego celem nie było zawarcie z ww. podmiotami umowy o podwykonawstwo. Oświadczenie przystępującego prezentowane na rozprawie okazało się spójne z treścią pkt 8 jego formularza ofertowego, a także treścią zobowiązań podmiotów trzecich, jakie składał w toku postępowania. Jako podstawę prawną oddelegowania pracowników trzecich przystępujący w trakcie rozprawy wskazał na przepis art. 174^1 § 1. ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1510, 1700, 2140, z 2023 r. poz. 240, 641) który stanowi, że *Za zgodą pracownika, wyrażoną na piśmie, pracodawca może udzielić pracownikowi urlopu bezpłatnego w celu wykonywania pracy u innego pracodawcy przez okres ustalony w zawartym w tej sprawie porozumieniu między pracodawcami.*

Jak wynikało z ww. przepisu, jego treścią jest urlopowanie pracownika u podmiotu trzeciego celem wykonywania pracy u innego pracodawcy, w tym przypadku przystępującego. Z powyższego jednoznacznie wynikało zatem, że roboty budowlane, do realizacji których były wymagane zasoby wiedzy i doświadczenia, nie wykonają podmioty trzecie, ale sam przystępujący, u którego będą jedynie pracować urlopowani pracownicy podmiotów trzecich. Tymczasem przepis art. 118 ust. 2 ustawy Pzp jednoznacznie przesądzał, że *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.*

Z przywołanego przepisu wynikał wymóg, że to podmioty trzecie, które posiadają wymagane w SWZ zasoby wiedzy i doświadczenia (a którymi nie dysponuje w wystarczającym stopniu przystępujący) mają wykonać roboty budowlane, do realizacji których taki zasób wiedzy i doświadczenia był wymagany. Tymczasem w analizowanej sprawie całość robót budowlanych (bez żadnego wyjątku) będzie wykonywał przystępujący, a jedynie w zakresie realizacji części zamówienia będzie wspomagał się urlopowanymi pracownikami podmiotów trzecich, co świadczyło o niewypełnieniu wymogu wynikającego z art. 118 ust. 2 Pzp.

Za zrealizowanie robót przez podmioty trzecie w rozumieniu art. 118 ust. 2 Pzp, nie można było uznać także bieżących konsultacji, świadczenia usług doradczych i dokonywania uzgodnień technicznych w trakcie realizacji zamówienia. Wobec powyższego zarzut nr 2 okazał się zasadny.

Chybiony okazał się zarzut nr 1 odwołania.

Nie ulegało wątpliwości, że przystępujący nie złożył wraz z ofertą wymaganego przez zamawiającego w SWZ oświadczenia podmiotu trzeciego Grimar s.c., na którego zasoby powołał się celem wykazania warunku wiedzy i doświadczenia, o spełnianiu przez niego warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia.

Nie było sporne, że w tym zakresie zamawiający w dniu 1 lutego 2023 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, prawidłowo wezwał przystępującego do uzupełniania brakującego oświadczenia. Co istotne, zamawiający wyznaczył przystępującemu termin na uzupełnienie braków na dzień 6 lutego 2023 r.

Nie było sporne między stronami, że w odpowiedzi na to wezwanie w dniu 3 lutego 2023 r. przystępujący przesłał oświadczenie Grimar s.c. (plik o nazwie "TWM Oświadczenie"). Oświadczenie to nie zostało jednak podpisane elektronicznie, w sposób wymagany art. 63 ust. 2 Pzp.

Jednakże w dniu 6 lutego 2023 r. przystępujący przysłał zamawiającemu oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia Grimar s.c. (plik o nazwie "oświadczenie"). Odwołujący wprost przyznał zaś w odwołaniu (str. 4 ostatni akapit), że oświadczenie to tym razem zostało należycie podpisane.

W uzasadnieniu zarzutu odwołujący wskazał, że *Zamawiający uznając to ostatnie oświadczenie naruszył zasadę jednokrotnego uzupełniania oświadczeń lub dokumentów podmiotowych, sprzeniewierzając się zasadzie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.*

Powyższe stanowisko odwołującego okazało się nietrafne. Kluczowe w analizowanej sprawie okazało się, że - jak sam odwołujący przyznał - prawidłowo podpisane oświadczenie zostało doręczone zamawiającemu w dniu 6 lutego 2023 r., a więc przed upływem zakreślonego w wezwaniu terminu na uzupełnienie braku. W tej sytuacji, po upływie zakreślonego terminu, zamawiający miał prawo i obowiązek wziąć pod uwagę wszystkie dokumenty, które wpłynęły do niego w odpowiedzi na wezwanie w zakreślonym terminie, a nie tylko oświadczenie, które wpłynęło w dniu 3 lutego 2023 r. Skoro w zakreślonym w wezwaniu terminie wpłynął do zamawiającego także dokument prawidłowy, to należało uznać, że brak został skutecznie usunięty.

Wbrew stanowisku odwołującego, złożenie przez przystępującego w dniu 6 lutego 2023 r. prawidłowego oświadczenia nie zastąpiło zatem z własnej inicjatywy ww. wykonawcy, ani w wyniku samouzupełnienia, ale w reakcji na wezwanie zamawiającego, który wszak wzywał do uzupełnienia tego właśnie braku w terminie do 6 lutego 2023 r. Nie

doszło więc na tym etapie do naruszenia zasady jednokrotnego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia dokumentu z tych samych powodów, skoro złożono zamawiającemu prawidłowy dokument w reakcji na pierwsze wezwanie i w zakreślonym terminie. Termin zakreślony w wezwaniu jest zastrzeżony na rzecz wykonawcy i ocenie zamawiającego powinny podlegać wszystkie dokumenty, jakie w tym terminie wpłynęły w odpowiedzi na wezwanie i stanowiły reakcję na to wezwanie.

Zgodzić należało się z odwołującym jedynie w tym, że z naruszeniem przez zamawiającego zasady jednokrotności wezwania mieliśmy do czynienia w dniu 20 kwietnia 2023 r., kiedy to zamawiający ponownie wezwał przystępującego do uzupełnienia tego samego dokumentu. Jednakże to uchybienie okazało się bez znaczenia dla wyniku badania i oceny ofert, gdyż jak odwołujący sam przyznał wprost w odwołaniu, już oświadczenie złożone w dniu 6 lutego 2023 r. było prawidłowe. Wobec powyższego zarzut nr 1 podlegał oddaleniu.

Izba nie mogła rozpoznać sformułowanego dopiero na rozprawie nowego zarzutu odwołującego, który wskazał, że w jego ocenie jednak oświadczenie, które wpłynęło w dniu 6 lutego 2023 r. było nieprawidłowe, gdyż nie zostało podpisane podpisami elektronicznymi wszystkich wspólników Grimar s.c. Takiego zarzutu próżno było szukać w treści odwołania. Przeciwnie, jak już wielokrotnie wskazywano wcześniej, odwołujący wprost przyznał w odwołaniu, że oświadczenie, które wpłynęło 6 lutego 2023 r. zostało prawidłowo podpisane.

Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.* Przypomnienia wymaga, że za zarzut uznaje się określone okoliczności faktyczne, które mają świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przywołanych w odwołaniu przepisów Pzp. Wskazanie nowych faktów, nawet wypełniających dyspozycję tego samego przepisu, uznaje się za nowy zarzut. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „*O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.*".

Wobec powyższego nowy zarzut odwołującego, sformułowany dopiero na rozprawie, pozostawiono bez rozpoznania.

Chybiony okazał się zarzut nr 3 odwołania.

Zdaniem Izby, robota budowlana przedstawiona przez podmiot udostępniający zasoby Grimar s.c. spełniała warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IV ust. 1 pkt 4 lit. a) SWZ.

Zgodnie z tym warunkiem, *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu, oraz którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego, dotyczące:*
4) Zdolności technicznej lub zawodowej.
Zamawiający uzna spełnienie przedmiotowego warunku, jeżeli Wykonawca wykaże:
a) należyte wykonanie w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej dwóch zamówień polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie obiektu sportowego zamkniętego, w tym przynajmniej jednego polegającego na budowie, przebudowie lub rozbudowie sali gimnastycznej lub hali widowiskowo–sportowej wraz z zapleczem, o kubaturze każdego obiektu nie mniejszej niż 6.000 m3;

Celem wykazania ww. warunku przystępujący w złożonym wykazie robót powołał się na doświadczenie Grimar s.c. w wykonaniu na rzecz Jaro-Pol Jarosław Rozmus roboty budowlanej *„Budowa dwóch kortów tenisowych zadaszonych halą łukową oraz budowa dwóch kortów otwartych*" o wartości 930.057,12 PLN, zlokalizowanej w Royal Tennis Club w Kozach.

Po pierwsze dostrzeżenia wymagało, że wbrew stanowisku odwołującego zamawiający nie posłużył się w treści warunku pojęciem „budynek", tylko „zamknięty obiekt sportowy". Jak słusznie wskazał zamawiający, zgodnie z definicjami z ustawy Prawo budowlane:

▪ *obiekt budowlany - należy przez to rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych;*

▪ *budowla - należy przez to rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe,*

wolno stojące trwale związane z gruntem tablice reklamowe i urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych, elektrowni wiatrowych, morskich turbin wiatrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową.

Powyższe oznaczało, że można było się wykazywać doświadczeniem nie tylko w wykonaniu budynku, ale także budowli sportowej, która wraz instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiona z użyciem wyrobów budowlanych pozwalała na uznanie jej za obiekt budowlany.

Tym niemniej jednak, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba ustaliła, że wykonany przez Grimar s.c. zadaszony kort tenisowy był budynkiem. Jak bowiem wynikało z załączonego do pisma procesowego przystępującego zaświadczenia Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Powiatu Bielskiego z dnia 15 czerwca 2020 r., organ ten nie wniósł sprzeciwu do podjęcia użytkowania „budynku usługowego - korty tenisowe, squash, o pow. użytkowej 1 849,90 m2 wraz z infrastrukturą towarzyszącą (mury oporowe, parking, kort ziemny), zlokalizowanego w Kozach przy ul. Podgórskiej, na działce 2177/557".

Z treści ww. dokumentu wynikało, że uprawniony organ wprost nazwał sporny obiekt budynkiem. Co więcej, analiza omawianego dokumentu prowadziła do wniosku, że ww. budynek został wykonany na podstawie decyzji Starosty Bielskiego o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę budynku usługowego – korty tenisowe z dnia 7 marca 2018 r. nr WB.6740.1.2214.2017.SJ nr 419/18. Powyższe przesądzało dodatkowo, że wykonany budynek nie był tymczasowym obiektem budowlanym, jak utrzymywał odwołujący. Zgodnie bowiem z definicją ustawy Prawo budowlane, ilekroć w ustawie jest mowa o „tymczasowym obiekcie budowlanym" *należy przez to rozumieć obiekt budowlany przeznaczony do czasowego użytkowania w okresie krótszym od jego trwałości technicznej, przewidziany do przeniesienia w inne miejsce lub rozbiórki, a także obiekt budowlany niepołączony trwale z gruntem, jak: strzelnice, kioski uliczne, pawilony sprzedaży ulicznej i wystawowe, przekrycia namiotowe i powłoki pneumatyczne, urządzenia rozrywkowe, barakowozy, obiekty kontenerowe, przenośne wolno stojące maszty antenowe.* Z kolei, zgodnie z art. 29 ust. 1 pkt 7 Prawa budowlanego, *nie wymaga decyzji o pozwoleniu na budowę, natomiast wymaga zgłoszenia, o którym mowa w art. 30, budowa tymczasowych obiektów budowlanych niepołączonych trwale z gruntem i przewidzianych do rozbiórki lub przeniesienia w inne miejsce - w terminie określonym w zgłoszeniu, ale nie później niż przed upływem 180 dni od dnia rozpoczęcia budowy określonego w zgłoszeniu.*

Jak wynikało z przywołanych przepisów, skoro sporny obiekt został wykonany na podstawie pozwolenia na budowę, to nie mógł być tymczasowym obiektem budowlanym, gdyż w takim przypadku nie wydaje się omawianej decyzji administracyjnej.

Izba stwierdziła także, że wbrew stanowisku odwołującego wykonany budynek nie stanowił dwóch niezależnych konstrukcyjnie obiektów, ale okazał się jednym zwartym obiektem sportowym zamkniętym. Jak wynikało ze zdjęć załączonych do pism procesowych stron i uczestnika postępowania, nawierzchnia, powierzchnia kortów nie okazała się w żaden sposób rozdzielona. Co najwyżej można było stwierdzić, że między kortami na zdjęciach wisiała siatka zabezpieczająca przed przedostawaniem się piłek. O tym, że mamy do czynienia z budynkiem, a nie „budynkami, świadczyła także analiza załączonego do pisma procesowego przystępującego zaświadczenia Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Powiatu Bielskiego z dnia 15 czerwca 2020 r. W dokumencie tym była bowiem mowa o „budynku" w liczbie pojedynczej, a nie o „budynkach".

Wobec powyższego zarzut nr 3 podlegał oddaleniu.

Chybiony okazał się zarzut nr 4 odwołania.

W uzasadnieniu zarzutu odwołujący powołał się na przedstawioną przez siebie wykładnię art. 122 Pzp z uwzględnieniem przedstawionej przez siebie prounijnej wykładni ww. przepisu. Odwołujący argumentował, że – w jego ocenie - przepis dyrektywy klasycznej nie wskazuje sposobu zastąpienia podmiotu trzeciego, w szczególności – w przeciwieństwie do art. 122 Pzp – nie pozwala wprost na zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami. W ocenie odwołującego należało przyjąć, że art. 122 Pzp wadliwie implementuje art. 63 ust. 1 zd. 5 i 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej).

Dostrzeżenia wymagało, że przedmiotem zamówienia były roboty budowlane, których wartość szacunkowa okazała się niższa od kwot określonych w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. progów unijnych). Jak bowiem wynikało ze

strony 1 specyfikacji warunków zamówienia, *Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy*.

Stosownie do wydanego na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp załącznika do obwieszczenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. *w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów* (Mon. Pol. z 15 grudnia 2021 r., poz. 1177), *aktualny próg unijny, o którym mowa w art. 4 lit. a dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.1)), zwanej dalej „dyrektywą 2014/24/UE", w przypadku zamówień klasycznych, o których mowa w art. 7 pkt 33 ustawy, zwanych dalej „zamówieniami klasycznymi", na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających publicznych – wynosi 5 382 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 23 969 275 zł.*

Zgodnie z art. 1 dyrektywy klasycznej, *Niniejsza dyrektywa ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez instytucje zamawiające w odniesieniu do zamówień publicznych oraz konkursów, których wartość szacunkowa jest nie mniejsza niż kwoty progowe określone w art. 4.* Jak z kolei wynikało z art. 4 dyrektywy klasycznej, *dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, których wartość, bez podatku od wartości dodanej (VAT), oszacowano na poziomie lub powyżej następujących progów: 5 350 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane.*

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że dyrektywa klasyczna, na jaką powołał się odwołujący przy swej wykładni przepisu art. 122 Pzp, zgodnie z jej art. 4, nie znajdowała zastosowania w sprawie analizowanego zamówienia publicznego. W konsekwencji zarzut nr 4 należało uznać za nietrafny.

Zarzut nr 5, jako wynikowy, okazał się zasadny wskutek potwierdzenia się zarzutu nr 2 odwołania.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie, naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, art. 118 ust. 2 ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, która podlegała odrzuceniu.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykonanie czynności odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IV.1.4) lit. b SWZ z uwagi na to, że ww. wykonawca nie wykazał, iż podmioty udostępniające mu zasoby wiedzy i doświadczenia wykonają roboty budowlane, do realizacji których te zdolności (zasoby) są wymagane, zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnośnie zarzutów i żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, *w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.*

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" J.J., Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w:D. W., J. J., S. M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba częściowo oddaliła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród czterech zarzutów o charakterze podstawowym - trzy okazały się niezasadne, zaś jeden - zasadny. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący w części ¾ i zamawiający w części 1/4. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (łącznie 17.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 13.600 zł, tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia swego pełnomocnika (10.000+3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 12.900,00 zł (17.200 zł x 3/4). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 700 zł (13.600 zł – 12.900,00 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b 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).

Przewodniczący:……