Sygn. akt KIO 2107/25

WYROK

Warszawa, dnia 26 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Rakowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2025 r. przez wykonawcę **A. Sp. z o.o.**
z siedzibą w Strzelcach Opolskich, ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie
w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola- Centralny Zamawiający - Stalowowolskie Centrum Usług Wspólnych (SCUW), Al. Jana Pawła II 25, 37-450 Stalowa Wola**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o.**
z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (adres do doręczeń: CML Construction Services Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **A. Sp. z o.o.**
z siedzibą w Strzelcach Opolskich, ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **A. Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich, ul. Braci Prankel 1,**
47-100 Strzelce Opolskie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** poniesioną przez zamawiającego **Gminę Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola - Centralny Zamawiający - Stalowowolskie Centrum Usług Wspólnych (SCUW), Al. Jana Pawła II 25, 37-450 Stalowa Wola**tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę **827 zł 00 gr (słownie: osiemset dwadzieścia siedem złotych zero groszy)** poniesioną przez zamawiającego **Gminę Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola - Centralny Zamawiający - Stalowowolskie Centrum Usług Wspólnych (SCUW), Al. Jana Pawła II 25, 37-450 Stalowa Wola**tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

2.2.zasądza od wykonawcy **A. Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich, ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie** na rzecz zamawiającego **Gminy Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola - Centralnego Zamawiającego - Stalowowolskie Centrum Usług Wspólnych (SCUW), Al. Jana Pawła II 25, 37-450 Stalowa Wola** kwotę **4 427 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia siedem złotych zero groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……...……..……

Sygn. akt KIO 2107/25

Uzasadnienie

Gmina Stalowa Wola – Centralny zamawiający: Stalowolskie Centrum Usług Wspólnych, zwana dalej „zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Aktywne miasto Stalowa Wola".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 listopada 2023 r. pod numerem: 00711552-2023.

W dniu 26 maja 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca A. Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich, zwany dalej „odwołującym", wniósł odwołanie :

I.wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

− dokonaniu wyboru oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zwanego dalej „wykonawcą STARBAG", jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

ewentualnie,

− zaniechania wezwania wykonawcy STRABAG do uzupełnienia wykazu robót poprzez zastąpienie doświadczenia podmiotu trzeciego doświadczeniem innego podmiotu trzeciego bądź samodzielne wykazanie się doświadczeniem, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit. a) tiret trzecie Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ";

II.zarzucając zamawiającemu naruszenie:

(1)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencjo, zwana dalej „uznk", w zw. z 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

wykonawcy STRABAG, pomimo że jej złożenie w postępowaniu stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym przedłożeniu nieprawdziwych informacji na potrzeby potwierdzenia warunku udziału opisanego przez zamawiającego w rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit. a) tiret trzecie SWZ, tj. wskazaniu (w wyniku przeprowadzonej przez zamawiającego procedury wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych), iż w ramach zadania pn. „FlyPark Poznań" („FlyPark Poznań"), zrealizowanego przez podmiot trzeci wykonawcę STRABAG – Mirpol Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, wykonano dostawę i montaż urządzeń w zakresie parku trampolin o powierzchni 507 m², podczas gdy rzeczywista powierzchnia urządzeń zamontowanych na zadaniu FlyPark Poznań wynosi 373,3 m², co w rezultacie miało wpływ na wynik postępowania, albowiem w wyniku przedstawienia przez wykonawcę STRABAG informacji nieprawdziwej, oferta wykonawca STRABAG została uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu;

ewentualnie,

(2) art. 122 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy STRABAG do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót poprzez zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem bądź poprzez samodzielne wykazanie się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, pomimo iż przedstawione przez tego wykonawcę doświadczenie zawodowe nie potwierdza spełnienia warunku udziału, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit. a) tiret trzecie;

a w konsekwencji powyższego;

(3) art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

III. Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

(1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

(2) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę STRABAG jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

ewentualnie,

(3) wezwanie wykonawcy STRABAG do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót poprzez zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem bądź poprzez samodzielne wykazanie się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit. a) tiret trzecie SWZ.

w każdym wypadku

(4) dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

Odwołujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych w odwołaniu zarzutów, odwołując się do dokumentacji postępowania w tym zakresie.

Zamawiający w dniu 27 maja 2025 r. przekazał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w formie elektronicznej za pośrednictwem poczty elektronicznej e-mail.

W dniu 28 maja 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zwany dalej „wykonawca STRABAG", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 23 czerwca 2025 r. wykonawca STRABAG złożył pismo procesowe w sprawie, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego oraz na podstawie art. 538 ust. 1 ustawy Pzp o dopuszczenie dowodów zawnioskowanych w uzasadnieniu pisma poniżej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zwany dalej „wykonawcą STRABAG" lub „przystępującym", do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony i przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowany i złożony przez przystępującego w załączeniu do pisma procesowego dowód, tj.

rysunek nr 2221_BUD_AA_R100 pt. „Rzut parteru" z adnotacjami.

Izba dopuściła zawnioskowany i złożony przez zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie dowód, tj. wyciąg z Projektu wykonawczego (załącznika nr 1), zawierającego zestawienie powierzchni.

Izba przedłożony na rozprawie przez odwołującego sposób wyliczenia (szkic) powierzchni zaznaczonej jako przedmiot wykonania referencyjnej roboty uznała za stanowisko odwołującego.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny (tożsamy dla wszystkich zarzutów):

Zamawiający w Rozdziale VII SWZ WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU podał, że *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy potwierdzający spełnienie następujących warunków dotyczących: (…)*

4) Zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Wykonawca winien wykonać zadania odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. minimum:

- *Dwa zadania odpowiadające swoim rodzajem tj. roboty ogólnobudowlane związane z budową obiektów użyteczności publicznej o wartości 20 000 000,00 zł brutto każde;*
- *Trzy zadania odpowiadające swoim rodzajem tj. budowa dirt parku lub pump tracku o wartości minimum 550 000,00 zł brutto każde;*
- *Trzy zadania odpowiadające swoim rodzajem tj. dostawa i montaż urządzeń w zakresie parku trampolin o powierzchni nie mniejszej niż 500 m2 każde;*
- *Trzy zadania odpowiadające swoim rodzajem tj. dostawa i montaż drewniano kompozytowych urządzeń skateparku w technologii „indoor" (w budynku) o łącznej wartości min. 900 000 zł brutto; (zmiana dokonana 21.12.23 r. – 3 zmiana);*
- *Dwa zadania odpowiadające swoim rodzajem tj. dostawa i montaż wyposażenia kręgielni o wartości min. 600 000,00 zł brutto każde;*
- *Zaprojektowanie i wykonanie ścian wspinaczkowych o łącznej powierzchni 5 000 m2, przy czym minimum jednej z nich o powierzchni 1000 m*".

Zamawiający, pismem z dnia 2 kwietnia 2025 r., wezwał wykonawcę STRABAG do złożenia dokumentów na podstawie art. 126 ustawy Pzp, w tym:

„*wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 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 – załącznik nr 11;*

Wykonawca winien wykonać w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie następujące zadania tj. minimum:

- *Dwa zadania odpowiadające swoim rodzajem tj. roboty ogólnobudowlane związane z budową obiektów użyteczności publicznej o wartości 20 000 000,00 zł brutto każde;*
- *Trzy zadania odpowiadające swoim rodzajem tj. budowa dirt parku lub pump tracku o wartości minimum 550 000,00 zł brutto każde;*
- *Trzy zadania odpowiadające swoim rodzajem tj. dostawa i montaż urządzeń w zakresie parku trampolin o powierzchni nie mniejszej niż 500 m2 każde;*
- *Trzy zadania odpowiadające swoim rodzajem tj. dostawa i montaż drewnianych urządzeń halowych (wewnątrz budynku) skateparku o łącznej wartości min. 900 000 zł brutto;*
- *Dwa zadania odpowiadające swoim rodzajem tj. dostawa i montaż wyposażenia kręgielni o wartości min. 600 000,00 zł brutto każde;*
- *Zaprojektowanie i wykonanie ścian wspinaczkowych o łącznej powierzchni 5 000 m2, przy czym minimum jednej z nich o powierzchni 800m2*".

W odpowiedzi na powyższe wykonawca STRABAG złożył Wykaz wykonanych robót, w którym wskazał m.in. robotę pod nazwą „Dostawa i montaż urządzeń w zakresie parku trampolin o powierzchni 1 900 m2 w ramach inwestycji: FlyPark Poznań" oraz Referencje z dnia 6 marca 2025 r. wystawione przez FLYPARK Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, w treści których wskazano „*poświadczenie dotyczy wykonanych prac na inwestycji FlyPark Poznań. Zakres wykonanych prac obejmował zaprojektowanie, dostawę i montaż urządzeń do parku rozrywki, dotyczących stref: halowy plac zabaw, strefa dla małych dzieci, park linowy, strefa trampolin.*

Podstawowe informacje wykonanych prac:

- *Powierzchnia: 1900 m².*
- *Protokół końcowy odbioru został podpisany w dn. 25.08.2019.*
- *Wartość wykonanych robót wyniosła 879 000,00 zł netto.*

Przedmiot umowy został zrealizowany w sposób należyty, zgodnie z zasadami wiedzy budowlanej oraz prawidłowo wykończony."

Zamawiający, pismem z dnia 8 maja 2025 r., działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał wykonawcę STRABAG do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonych dokumentów:

„1*) Wykazu wykonanych robót budowlanych:*

- *Z przedłożonych przez Strabag sp. z o. o. referencji dla podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie dostawy i montażu urządzeń parku trampolin tj. firmy Mirpol sp. z o. o. wystawionych przez FLYPARK Sp. z o. o., ul. Ciasna 3, 35-232 Rzeszów wynika, że prace obejmowały:(…)*

3. Dla zadania FlyPark Poznań zaprojektowanie, dostawę i montaż urządzeń do parku rozrywki tj. halowy plac zabaw, strefa dla małych dzieci, park linowy, strefa trampolin;

Z uwagi na fakt, że warunek postawiony przez Zamawiającego w SWZ dotyczył wykonania trzech zadań odpowiadających swoim rodzajem tj. dostawa i montaż urządzeń w zakresie parku trampolin o powierzchni nie mniejszej niż 500 m2 każde, proszę o wskazanie wartości strefy trampolin bez wskazywania wartości elementów dodatkowych. (…)".

W odpowiedzi na powyższe wykonawca STRABAG, pismem z dnia 15 maja 2025 r. podał:

„*Ustosunkowując się do treści wezwania:*

1) w odpowiedzi na pytanie nr 1 informuję, że w odniesieniu do referencji udzielonych dla podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie dostawy i montażu urządzeń parku trampolin tj. firmy Mirpol Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, wystawionych przez FLYPARK Sp. z o.o., ul. Ciasna 3, 35-232 Rzeszów, powierzchnia strefy trampolin bez wskazania wartości elementów dodatkowych wynosi:

(…)

c) dla zadania FlyPark Poznań: 507 m2.

Na dowód powyższego w załączeniu przekazuję oświadczenia FLYPARK Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, który udzielił referencji ww. podmiotowi udostępniającemu zasoby (Załącznik nr 1). (…).".

Pismem z dnia 16 maja 2025 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy STRABAG jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Punktem wyjścia do rozpoznania wszystkich zarzutów jest treść warunku opisanego w Rozdziele VII SWZ ust. 1 pkt 4) lit. a) tiret trzecie, który – jak wynika z treści odwołania – odwołujący rozumie inaczej niż zamawiający i przystępujący. Odwołujący twierdzi bowiem, że należy rozumieć go w ten sposób, że określona w tym warunku minimalna powierzchnia odnosi się wyłącznie do urządzeń (trampolin), a nie do „parku trampolin".

Tymczasem – jak słusznie wskazał zamawiający – z literalnej treści tego warunku i jego konstrukcji wprost wynika, że określona tam powierzchnia odnosi się do „parku trampolin", a nie do samych trampolin. W jego treści użyto bowiem sformułowania „parku trampolin o powierzchni nie mniejszej niż 500 m²", odnosząc powierzchnię tylko do „parku trampolin". Wykonawca miał więc wykazać się posiadaniem doświadczenia w dostawie oraz montażu urządzeń w zakresie „parku trampolin", który to park miał mieć powierzchnię nie mniejszą niż 500 m². Treść warunku była więc jednoznaczna. Nigdzie – wbrew twierdzeniom odwołującego - nie ma mowy o tym aby warunek ten odnosił się do powierzchni trampoliny czyli np. do deski trampoliny, jej podstawy itp. Nie wiadomo także, przy takim rozumieniu warunku na jaki wskazuje odwołujący, do czego powierzchnia ta miałaby się odnosić. Co więcej w treści warunku nie ma w ogóle mowy o trampolinie. W warunku tym jest mowa i odniesienie tylko wyłącznie do „parku trampolin". Oznacza to więc, że do wymaganej powierzchni „parku trampolin" (nie mniejszej niż 500 m²) zalicza się nie tylko powierzchnie samych trampolin, ale także powierzchnię infrastruktury oraz urządzeń, które znajdują się w „parku trampolin" oraz służą jego funkcjonowaniu (np. podesty pod trampoliny i ciągi komunikacyjne).

Zamawiający podkreślił także, że takie właśnie rozumienie warunku (jego utożsamianie z powierzchnią „parku trampolin" a nie samych trampolin) jest spójne z opisem przedmiotu tego zamówienia. Przedmiot zamówienia obejmuje bowiem wykonanie „parku trampolin" o powierzchni 981,70 m². Warunek ten jest więc proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Nie był też kwestionowany przez wykonawców. Treść warunku była więc jasna, czytelna i zrozumiała. Natomiast pytania w tym zakresie nie były wnoszone.

Wykonawca STRABAG, co jest bezsporne, na potwierdzenie spełnienia tego warunku wskazał m.in. robotę pod nazwą „Dostawa i montaż urządzeń w zakresie parku trampolin o powierzchni 1 900 m² w ramach inwestycji: FlyPark Poznań" oraz Referencje z dnia 6 marca 2025 r. wystawione przez FLYPARK Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, w treści których wskazano, że zakres prac w ramach wykazywanego zadania obejmował powierzchnię 1900 m², w ramach której była realizowana także „strefa trampolin". A ponieważ w treści referencji odniesiono się do całej inwestycji FlyPark Poznań zamawiający prawidłowo uczynił pytając wykonawcę o *„wskazanie wartości strefy trampolin bez wskazywania wartości elementów dodatkowych".* Na tak postawione pytanie otrzymał jednoznaczną odpowiedź. Wykonawca STRABAG podał bowiem, że *„powierzchnia strefy trampolin bez wskazania wartości elementów dodatkowych wynosi: (…) c) dla zadania FlyPark Poznań: 507 m².", tym* samym potwierdzając spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W kontekście powyższego brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 122 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Pierwszy z powołanych przez odwołującego przepisów, tj. art. 122 ustawy Pzp) dotyczy niespełniania warunków udziału w postępowaniu przez podmiot udostępniający zasoby i 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*". Przepis ten dopuszcza więc zastąpienie podmiotu trzeciego w sytuacji gdy zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa tego podmiotu nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zarówno innym podmiotem trzecim, jak i samym wykonawcą, o ile ten ostatni samodzielnie jest w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu.

W tym stanie faktycznym wykonawca STRABAG potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu

opisanego w Rozdziele VII SWZ ust. 1 pkt 4) lit. a) tiret trzecie wobec czego brak jest podstaw do zastosowania tego przepisu, a tym bardziej art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego „*Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, 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.".

Przepis ten przewiduje bowiem obowiązek dodatkowego wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia niezłożonych, niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń. A ponieważ w tym stanie faktycznym wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu brak było i jest podstaw do wzywania wykonawcy STRABAG do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia niezłożonych, niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń.

Tym samym zarzut ten (zarzut 2 odwołania) nie potwierdził się.

Nie potwierdził sią także zarzut 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w zw. z 239 ust. 1 ustawy Pzp. Czyn nieuczciwej konkurencji miałby polegać na celowym przedłożeniu nieprawdziwych informacji na potrzeby potwierdzenia warunku udziału opisanego przez zamawiającego w rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit. a) tiret trzecie SWZ, tj. wskazaniu (w wyniku przeprowadzonej przez zamawiającego procedury wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych), iż w ramach zadania pn. „FlyPark Poznań" („FlyPark Poznań"), zrealizowanego przez podmiot trzeci wykonawcę STRABAG – Mirpol Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, wykonano dostawę i montaż urządzeń w zakresie parku trampolin o powierzchni 507 m², podczas gdy rzeczywista powierzchnia urządzeń zamontowanych na zadaniu FlyPark Poznań wynosi 373,3 m², co w rezultacie miało wpływ na wynik postępowania, albowiem w wyniku przedstawienia przez wykonawcę STRABAG informacji nieprawdziwej, oferta wykonawcy STRABAG została uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący czyn nieuczciwej konkurencji utożsamia z niepotwierdzeniem przez wykonawcę STRABAG spełnienia warunku udziału w postępowaniu (warunku błędnie rozumianego przez odwołującego). Tymczasem – jak wskazał Sąd Zamówień Publicznych – „*nie jest dopuszczalne przy braku stosowania w danym postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia zastępowanie zarzutu naruszenia przepisów określających te przesłanki zarzutem złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. (…) jeśli zamawiający nie przewidzi możliwości danego wykluczenia fakultatywnego w ogłoszeniu o zamówieniu, to nawet w przypadku zaistnienia przesłanki fakultatywnej opisanej w ustawie Pzp, nie jest uprawniony do wykluczenia konkretnego wykonawcy w oparciu o szeroko rozumiane przesłanki w tym na podstawie innych ustaw. Takie działanie, nie tylko pozostawałoby w sprzeczności z przepisami prawa, lecz także godziłoby w zasadę przejrzystości - wykonawca po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia i dokumentacją zamówienia musi umieć stwierdzić, czy odpowiada warunkom udziału, czy nie podlega wykluczeniu i czy jest w stanie złożyć ofertę na warunkach oczekiwanych przez zamawiającego - nie podlegającą odrzuceniu. Jasność i jednoznaczność procedur udzielania zamówień publicznych stanowi bowiem podstawową gwarancję zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. (…) wymóg zachowania przejrzystości dotyczy zarówno informacji o zamiarze udzielenia zamówienia, jak i informacji dotyczących przebiegu postępowania i podejmowanych w jego ramach decyzjach. Tak rozumiana zasada przejrzystości wypływa z zasady równości i jest ściśle związana z zasadą pewności prawa, przez co przede wszystkim należy rozumieć przewidywalność działań instytucji zamawiających. (…) skoro w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia i dokumentacji zamówienia Zamawiający nie zawarł konkretnej, fakultatywnej przesłanki wykluczenia, to obejściem przepisów na niekorzyść innych wykonawców, (…), byłoby zastosowanie w tym przypadku art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (…) za całkowicie nieuprawnione należy uznać wywodzenie sankcji o charakterze eliminacyjnym w postaci wykluczenia wykonawcy, czy odrzucenia jego oferty w drodze wykładni z zasad ogólnych prowadzenia postępowania, w szczególności z art. 16 ustawy Pzp. Zwłaszcza, że w odniesieniu do fakultatywnych przesłanek wykluczenia w motywie 101 dyrektywy klasycznej wskazano dodatkowo, iż „stosując fakultatywne podstawy, wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności". Za rażące naruszenie zasady proporcjonalności oraz przejrzystości postępowania należałoby uznać nakładanie na wykonawcę sankcji o charakterze eliminacyjnym wbrew temu, że w danym postępowaniu nie przewidziano danej fakultatywnej przesłanki wykluczenia.(…)".* (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 28 lutego 2025 r., sygn. akt Zs XXIII 2/25)

Okoliczność, iż wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu nie jest tożsamy z tym, że takiego doświadczenia nie posiada, jak również, że taki wykonawca zniweczył swoje prawo do uzupełnienia wykazu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji. Nie oznacza to także, że wykonawca, który nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, niejako z automatu działa sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami a jego działanie było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Stanowisko takie podzielił także Sąd Zamówień Publicznych, wskazując że „*działanie wykonawcy polegające na wskazaniu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu osoby, która nie pełniła funkcji kierownika robót nie stanowi o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Podanie danych Pana Z jako osoby sprawującej funkcję kierownika robót elektrycznych była błędna wobec analizowanej treści SWZ ale nie można tego zachowania zakwalifikować, jako celowe podanie fałszywych danych, aby wprowadzić w błąd i spowodować szkodę a nadto by było to zawinione działanie w rozumieniu deliktu w obrocie gospodarczym wobec treści art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*." (Wyrok Sądu Okręgowego w

Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych z dnia 21.10.2024 r., sygn. akt XXIII Zs 84/24).

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten (zarzut 1 odwołania) nie potwierdził się.

W kontekście powyższego nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości (zarzut 3 odwołania).

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: ……..……