

**WYROK**  
**z dnia 13 kwietnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:            Agata Mikołajczyk**

Protokolant:                Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2022 r. przez odwołującego: w dniu 28 marca 2022 r. przez Odwołującego: **Klub Sportowy "SWD WODZISŁAW ŚLĄSKI"** (ul. Pszowska/Parkowa, 44-373 Wodzisław Śląski) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Miasto Wodzisław Śląski** (ul. Bogumińska 4, 44-300 Wodzisław Śląski),

**orzeka:**

1. Odrzuca zarzuty - w związku z art. 528 pkt 3) ustawy – Prawo zamówień publicznych (Pzp) - podniesione w odwołaniu: (1) w pkt I.2) w związku ze wskazanym naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 Pzp wobec oferty wykonawcy Odra Wodzisław Śląski Sp. z o. o. oraz (2) w pkt I. 3) w związku ze wskazanym naruszeniem art. 462 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 Pzp wobec oferty Odwołującego; W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **Klub Sportowy "SWD WODZISŁAW ŚLĄSKI"** (ul. Pszowska/Parkowa, 44-373 Wodzisław Śląski) i :
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w dniu 28 marca 2023 r. przez odwołującego: Klub Sportowy "SWD WODZISŁAW ŚLĄSKI" (ul. Pszowska/Parkowa, 44-373 Wodzisław Śląski) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Wodzisław Śląski (ul. Bogumińska 4, 44-300 Wodzisław Śląski) w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Promocję miasta przez kluby sportowe”. Numer referencyjny: WZP-I.271.2.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lutego 2023 r. (2023/BZP 00101459/01). Odwołujący wskazał, że:

I. Zaskarża następujące czynności Zamawiającego:

- 1) wybór oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o. o. pomimo, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 3) odrzucenie oferty Odwołującego pomimo zgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia;
- 4) niewystarczające uzasadnienie prawne i faktyczne podjętej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

II. Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- 1) art. 239 ust. 1 i ust. 2 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 pzp poprzez wybór oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o.o. pomimo, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp oraz 462 ust. 3 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia;
- 4) art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 16 pkt 2 pzp poprzez przedstawienie niewystarczającego uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

III. W związku z powyższym wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) odrzucenie oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o.o.
- 4) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

IV. Wniósł o zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, ewentualnie innych niezbędnych kosztów, jeśli takie się pojawią.

W punkcie V odwołania podał: *„Składając niniejsze odwołanie, Odwołujący kwestionuje wskazane w nim czynności i zaniechania. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył ofertę w niniejszym Postępowaniu. Oferta Odwołującego w świetle ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą, a zarazem jedyną niepodlegającą odrzuceniu. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem niniejszego zamówienia. Wybór innego wykonawcy powoduje po stronie Odwołującego utratę korzyści związanych z realizacją zamówienia”*.

W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

I. Stan faktyczny

(...)

W rozdziale II Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania pkt 1 ppkt 1.1 SWZ Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia wyspecyfikował:

*„Przedmiotem zamówienia jest promocja miasta przez kluby sportowe. W ramach realizacji zamówienia Wykonawca zobowiązuje się do promocji Miasta Wodzisławia Śląskiego poprzez zespoły np.: piłki nożnej, piłki siatkowej, koszykówki, biathlonu podczas wydarzeń oraz zawodów/rozgrywek sportowych na poziomie centralnym oraz wojewódzkim, w których Wykonawca lub podwykonawcy biorą udział lub są ich organizatorem”*.

W rozdziale XI Badanie ofert oraz kryteria oceny ofert pkt 6 Różnorodność dyscyplin sportowych realizujących promocję miasta Zamawiający potwierdził, że każda z deklarowanych dyscyplin sportowych musi być rozgrywana *„na poziomie centralnym oraz wojewódzkim”*.

W rozdziale XIV Formalności po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w pkt 2 ppkt 2.3 SWZ jako jedyne wymaganie Zamawiającego w zakresie dokumentów przedkładanych przed podpisaniem umowy wyspecyfikowano zobowiązanie do przedłożenia kopii umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia. Innych dokumentów Zamawiający na tym etapie nie wymagał.

W dniu 2 marca 2023 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert. W informacji z otwarcia ofert Zamawiający wskazał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 550.000,00 zł. W postępowaniu złożono dwie oferty:

- 1) oferta odwołującego na kwotę 470.000,00 zł
- 2) oferta Odry Wodzisław Śląski Sp. z o.o. na kwotę 549.000,00 zł.

Odra Wodzisław Śląski Sp. z o.o. w pkt 2 Formularza oferty — Kryterium różnorodności wskazała 9 dyscyplin sportowych jednak zgodnie z treścią oferty żadna ze wskazanych dyscyplin nie jest rozgrywana na poziomie centralnym oraz wojewódzkim, a jedynie każda z nich jest rozgrywana na jednym ze wskazanych poziomów (centralnym lub wojewódzkim).

W dniu 7 marca 2023 r. Zamawiający opublikował i przesłał Odwołującemu informację o wyborze jego oferty jako oferty najkorzystniejszej. W rankingu ofert obie złożone oferty uzyskały 40% w kryterium Różnorodność dyscyplin sportowych realizujących promocję miasta.

W dniu 9 marca 2023 r. Zamawiający wyznaczył dzień 16 marca 2023 r. godz. 11:00 na zawarcie umowy. Następnie w dniu 14 marca 2023 r. Zamawiający, na podstawie art. 462 ust. 3 pzp, wezwał Odwołującego, aby przed podpisaniem umowy podał:

- nazwy,
- dane kontaktowe,
- przedstawicieli

podwykonawców zaangażowanych w realizację usługi dla Zamawiającego. Uzasadniając wezwanie Zamawiający wskazał, że podwykonawcy muszą być znani na chwilę podpisania umowy, gdyż umowa obowiązuje od dnia jej zawarcia.

Wskazane dane, mimo że danych tych Zamawiający nie miał prawa żądać, zostały przez Odwołującego przekazane. Wykorzystując przekazane dane Zamawiający wysłał do potencjalnych przyszłych kontrahentów pisemne wezwania do potwierdzenia udziału w realizacji usługi zawierające nieprawdziwe informacje, jakoby obowiązki kontrahentów miały być tożsame z obowiązkami Odwołującego. W wezwaniach Zamawiający żądał, by odpowiedzi zostały udzielone tego samego dnia do godz. 14:30 pod rygorem odmowy podpisania umowy z Odwołującym. dowód: pismo Zamawiającego z dnia 22.03.2023 r. do Klubu Sportowego Jastrzębski Węgiel S.A.

W związku z ogólną informacją jaką Zamawiający przekazał Odwołującemu Zamawiający negatywnie zweryfikował jednego z podwykonawców (UKS Biathlon Chorzów) i wezwał do

Odwołującego do przedstawienia innego podwykonawcy. W odpowiedzi na wezwanie w dniu 21 marca 2023 r. Odwołujący przedstawił dwa kluby biathlonowe.

W dniu 23 marca 2023 r. Zamawiający unieważnił wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu faktycznym czynności Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie jest w stanie realizować promocji miasta poprzez dyscyplinę sportową tj. Biathlon a oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp. Tego samego dnia tj. 23 marca 2023 r. Zamawiający wybrał ofertę Odry Wodzisław Śląski jako ofertę najkorzystniejszą i jednocześnie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp odrzucił ofertę Odwołującego. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że przed wyznaczoną datą podpisania umowy negatywnie zweryfikował jednego z pięciu wskazanych podwykonawców (biathlon). Powzięto informację, iż klub UKS Biathlon Chorzów nie weźmie udziału w realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia w SWZ. Weryfikacja dwóch kolejnych przedstawionych przez Odwołującego podwykonawców wykazała, że wskazane kluby biathlonowe nie są w stanie realizować zadania promocji miasta zgodnie z wytycznymi zawartymi w SWZ dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia. Na tej podstawie Zamawiający uznał, że oferta jest niezgodna z zapisami SWZ, co powoduje, że podlega odrzuceniu.

## II. Zarzuty

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o.o. pomimo, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający wyraźnie wyspecyfikował, że każda z deklarowanych dyscyplin sportowych musi być rozgrywana „na poziomie centralnym oraz wojewódzkim”. Treść oferty Odry Wodzisław Sp. z o.o. jednoznacznie wskazuje, że każda z dziewięciu deklarowanych dyscyplin jest rozgrywana tylko na jednym z dwóch wymaganych szczebli. Zatem treść oferty Odry Wodzisław Sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w rozdziale II Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania pkt 1 ppkt 1.1 SWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp.

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp oraz 462 ust. 3 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego wskazał przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 zgodnie z którym odrzuca się ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten nie może znaleźć zastosowania w odniesieniu do oferty Odwołującego choćby z tego powodu, że dane podwykonawców nie stanowią treści oferty Odwołującego i w żadnym wypadku negatywna weryfikacja podwykonawcy nie będzie stanowić o niezgodności treści samej oferty z warunkami zamówienia. W dalszej kolejności

podnieść należy, że Zamawiający nie miał prawa żądać od Odwołującego podania danych podwykonawców bowiem nie wskazał na taki obowiązek w dokumentacji postępowania. Wskazana przez samego Zamawiającego podstawa prawna wezwania tj. art. 462 ust. 3 pzp również nie znajdzie zastosowania w stanie faktycznym sprawy bowiem usługa będąca przedmiotem zamówienia nie będzie wykonywana w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi Zamawiającego. Zgodnie z Rozdziałem II pkt 1 ppkt 1.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest promocja miasta przez kluby sportowe podczas wydarzeń oraz zawodów/rozgrywek sportowych na poziomie centralnym oraz wojewódzkim, w których Wykonawca lub podwykonawcy biorą udział lub są ich organizatorem. Zatem usługa będzie wykonywana na stadionach/arenach sportowych które nie podlegają bezpośredniemu nadzorowi Zamawiającego. Nawet w przypadku zawodów czy wydarzeń, w których Wykonawca czy podwykonawca będzie występował w roli organizatora wymagane jest tylko, aby odbywały się one na terenie miasta Wodzisławia Śląskiego, a nie w miejscach podlegających bezpośredniemu nadzorowi Zamawiającego. Co oczywiste nie może być mowy o świadczeniu usługi w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi Zamawiającego w przypadku zawodów/rozgrywek rozgrywanych na wyjazdach.

Przepis art. 462 ust. 3 pzp nie mógł stanowić podstawy do wezwania Odwołującego również z tego względu, że wezwanie na tej podstawie prawnej może nastąpić na etapie wykonawczym („przed przystąpieniem do wykonania zamówienia”) a nie na etapie przed podpisaniem umowy. Jak przyjmuje się w doktrynie „wezwanie winno być skierowane przed przystąpieniem do wykonania zamówienia, a zatem Pzp określa tę czynność jako jedną z pierwszych czynności, do których zobowiązany jest Zamawiający po podpisaniu umowy z wykonawcą (tak H. Nowak, M. Winiarz w Prawo zamówień publicznych Komentarz, Warszawa 2021). Nie bez znaczenia pozostaje, że zastosowanie przepisu uzależnione jest od wiedzy samego wykonawcy już na tym etapie o danych podwykonawców, przy pomocy których realizował będzie zamówienie.

Konkludując treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia i nie podlega odrzuceniu.

2. art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 16 pkt 2 pzp poprzez przedstawienie niewystarczającego uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Z uzasadnienia czynności Zamawiającego, cytowanego w części odwołania stanowiącej opis stanu faktycznego, Odwołujący nie jest w stanie dowiedzieć się, dlaczego zdaniem Zamawiającego w odniesieniu do jego oferty zachodzą przesłanki do jej odrzucenia.

Odwołujący nie wie jakie zapisy w treści oferty są niezgodne i z jakimi warunkami zamówienia. Odwołujący nie wie, na czym polegała negatywna weryfikacja podwykonawców. Podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i odpowiednie ich opisanie jest ściśle

związane z prawem wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. Tak lakoniczne uzasadnienie nie spełnia wymagań przewidzianych w art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp.

3. art. 239 ust. 1 i ust. 2 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 pzp poprzez wybór oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Uwzględniając argumentację przedstawioną na uzasadnienie powyższych zarzutów odwołania wybór oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o.o. stanowi naruszenie wskazanych w petitum odwołania przepisów pzp, bowiem w istocie Zamawiający dokonał wyboru oferty nie tylko podlegającej odrzuceniu, ale także oferty która nie była ofertą najkorzystniejszą.

III. Podsumowanie.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego zamawiający naruszył przepisy wskazane w treści odwołania, co czyni je koniecznym i uzasadnionym.

**Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia** żaden z wykonawców. Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 3/04/2023 (pkt 4: *„Pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu Wydział Zamówień Publicznych powiadomił w dniu 29 marca 2023 r drogą mailową poprzez platformę zakupową na której prowadzone jest postępowanie (...) termin na zgłoszenie takiego przystąpienia w związku z art. 525 ust.1 ustawy Pzp upływał w dniu 6 kwietnia 2023 r.*

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 kwietnia 2023 r.** (pismo oznaczone datą 06/03//23) wniósł o oddalenie odwołania wskazując na następujące okoliczności:

1. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp w związku z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust.2 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Odra Wodzisław Śląski Sp. z o.o. pomimo, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Należy podkreślić, iż przedmiotem zamówienia jest promocja miasta przez kluby sportowe. Celem tego postępowania jest najszerze promowanie miasta Wodzisław Śląski wśród młodzieży, kibiców i fanów różnych dyscyplin sportowych. By odnieść zamierzony cel, Zamawiający wymaga od Wykonawcy przeprowadzenia działań promocyjnych przy użyciu narzędzi takich jak różnorodna ekspozycja logotypu Miasta, wykorzystanie mediów społecznościowych, wzajemne promowanie wydarzeń przez kluby- co znajduje odzwierciedlenie w szczegółowym opisie zamówienia (OPZ rozdział II, punkt 1, podpunkt 1.2,



- 1, -2, -3, -4, -5, -6, -7, -9, -11. Zamawiający zwraca uwagę na fakt, iż wymaga realizacji usługi promocji na poziomie centralnym oraz wojewódzkim, nie zaś rozgrywania poszczególnych dyscyplin na poziomie centralnym oraz wojewódzkim. Stąd też wybór kryterium oceny - różnorodność dyscyplin realizujących promocję miasta – waga 40%

Opis przyznawania punktów w tym kryterium – zgodnie z zapisami SWZ brzmi:

*„W ramach kryterium Zamawiający będzie przyznawał punkty w sytuacji, gdy Wykonawca:*

- zadeklaruje minimum dwie różne dyscypliny sportowe (mieszczące się w opisie przedmiotu zamówienia) rozgrywane na poziomie centralnym oraz wojewódzkim, otrzyma 0 pkt w tym kryterium.*
- zadeklaruje minimum trzy dyscypliny sportowe (mieszczące się w opisie przedmiotu zamówienia) rozgrywane na poziomie centralnym oraz wojewódzkim, których kluby wspólnie prowadzą działania promocji miasta na poziomie centralnym i wojewódzkim podczas wydarzeń oraz zawodów / rozgrywek sportowych – 50 pkt.*
- zadeklaruje cztery i więcej dyscyplin sportowych (mieszczących się w opisie przedmiotu zamówienia), których kluby wspólnie prowadzą działania promocji miasta na poziomie centralnym oraz wojewódzkim, podczas wydarzeń oraz zawodów / rozgrywek sportowych. – 100 pkt.)”.*

Należy zwrócić uwagę, iż w opisie oceny tego kryterium brak jest stwierdzenia, iż każda zaproponowana dyscyplina sportowa musi być rozgrywana na poziomie centralnym oraz wojewódzkim. Spójnik łączny „oraz” odnosi się do wszystkich zaproponowanych dyscyplin sportowych, a nie do każdej z nich odrębnie. Poprzez określenie poziomu rozgrywek Zamawiający chciał uniemożliwić wykonawcom możliwość uzyskania zamówienia przez kluby, których wszystkie zaoferowane sekcje sportowe prowadzą rozgrywki jedynie na poziomie wojewódzkim, bądź jedynie na poziomie centralnym. Podkreślić należy, że przedmiotem zamówienia jest promocja miasta poprzez sport (nie poprzez konkretną dyscyplinę sportową). W ramach realizacji zamówienia Wykonawca zobowiązuje się do promocji Miasta Wodzisławia Śląskiego poprzez zespoły piłki nożnej, piłki siatkowej, koszykówki, biathlonu podczas wydarzeń oraz zawodów/rozgrywek sportowych na poziomie centralnym oraz wojewódzkim, w których Wykonawca lub podwykonawcy biorą udział lub są ich organizatorem. Dowodem na potwierdzenie tego twierdzenia jest opis uzyskania 100 punktów w kryterium różnorodności dyscyplin sportowych, a mianowicie: zadeklaruje cztery i więcej dyscyplin sportowych(mieszczących się w opisie przedmiotu zamówienia), których kluby wspólnie prowadzą działania promocji miasta na poziomie centralnym oraz

wojewódzkim, podczas wydarzeń oraz zawodów / rozgrywek sportowych. –100 pkt.). Ponadto należy zwrócić uwagę, iż Odwołujący zaoferował jako jedną z dyscyplin sportowych promujących miasto biathlon. Biorąc pod uwagę okres w jakim miałyby obowiązywać umowa, jedynym organizatorem oficjalnych wydarzeń biathlonowych w tym czasie jest Polski Związek Biathlonu, a więc odbywają się one na poziomie tylko centralnym. W związku z powyższym faktem należy uznać, iż Odwołujący prawidłowo zinterpretował zapisy SWZ odnośnie przyznawania punktów w kryterium różnorodności dyscyplin sportowych, w innym przypadku nie zaproponowałby tej dyscypliny sportowej.

2. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp oraz art. 462 ust. 3 pzp w związku z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 pzp.

Odwołujący podnosi, iż przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nie może znaleźć zastosowania przy odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na dane podwykonawców, gdyż dane podwykonawców nie stanowią treści oferty, z czym należałoby się zgodzić. Zwrócić jednak należy uwagę na fakt, iż to nie dane podwykonawców były bezpośrednią podstawą do podjęcia przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty. Było nią powzięcie informacji o niemożliwości realizacji przez Odwołującego zamówienia zgodnie ze SWZ i złożoną ofertą. Przedmiotem zamówienia jest promocja miasta przez kluby sportowe. W ramach realizacji zamówienia Wykonawca zobowiązuje się do promowania Miasta Wodzisławia Śląskiego poprzez zespoły np.: piłki nożnej, piłki siatkowej, koszykówki biathlonu podczas wydarzeń oraz zawodów/rozgrywek sportowych na poziomie centralnym oraz wojewódzkim, w których Wykonawca lub podwykonawcy biorą udział lub są ich organizatorami.

Z powyższego opisu wynika, iż:

- wykonawca sam lub z udziałem podwykonawców musi posiadać kilka sekcji sportowych w różnych dyscyplinach (które sam wskaże w ofercie) w celu realizacji przedmiotu zamówienia
- sekcje sportowe muszą być różnorodne - rozgrywki muszą być prowadzone na szczeblu centralnym oraz wojewódzkim.

Odwołujący jest klubem sportowym, który posiada jedynie sekcję sportową piłki nożnej. Samodzielnie nie jest zatem w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z opisem oraz własną ofertą. Przedmiot zamówienia należy realizować w „całości” od samego początku. Czyli usługa promocji miasta musi być wykonywana od momentu podpisania umowy i realizowana we wszystkich zaoferowanych przez Odwołującego dyscyplinach sportowych. Zamawiający dopuścił możliwość wykonywania przedmiotu zamówienia z udziałem podwykonawców, na etapie składania ofert Zamawiający nie wymagał jednak żadnych dokumentów ani informacji o klubach, które będą realizować przedmiot zamówienia. W związku z powyższym po otwarciu ofert potrzebował narzędzi do weryfikacji zgodności oferty w tym zakresie z warunkami zamówienia. Działając zatem na

podstawie art. 462 ust. 3 pzp przed przystąpieniem do wykonania zamówienia Zamawiający zażądał od Odwołującego przedstawienia podwykonawców. Wezwanie to zostało skierowane do Odwołującego wraz z wezwaniem do podpisania umowy. Przepisy pzp nie zabraniają Zamawiającemu żądania wykazu podwykonawców na chwilę podpisania umowy, w przypadku, gdy przedmiot zamówienia ma być realizowany od momentu jej zawarcia, co miało miejsce w niniejszym przypadku. Należy podkreślić, iż by usługa promocji została zrealizowana skutecznie i efektywnie, powinna być realizowana przy jednoczesnym wykorzystaniu kilku narzędzi promocji. Wśród nich są działania, które można wdrożyć natychmiast po podpisaniu umowy, dlatego ważnym jest by podwykonawcy już w tym momencie byli zdolni do jej realizacji. Natychmiastowe wdrożenie niektórych narzędzi promocyjnych jest wręcz konieczne ze względu na krótki terminu realizacji zamówienia i tabele rozgrywek sportowych. Podstawowym narzędziem w tym przypadku jest posiadanie przez klub strony internetowej oraz stron w mediach społecznościowych (OPZ rozdział II, punkt 1, podpunkt 1.2, -9, -11) Zawody, rozgrywki, wydarzenia, podczas których można m.in. realizować zadanie polegające na przekazywaniu informacji przez spikera (OPZ rozdział II, punkt 1, podpunkt 1.2, -12) - już się odbywają w chwili podpisania umowy.

Po przedstawieniu przez Odwołującego listy podwykonawców Zamawiający powziął informację o niemożności realizacji zamówienia tj. promocji miasta poprzez kluby sportowe w zaoferowanych przez Odwołującego dyscyplinach sportowych. Na dowód zamawiający przedstawia protokół sporządzony przez pracowników Wydziału Dialogu, Promocji i Kultury Urzędu Miasta Wodzisławia Śląskiego, którzy przeprowadzili rozmowy ze wskazanymi przez Odwołującego klubami sportowymi i powzięli wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z ofertą oraz warunkami zamówienia dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący sam w ofercie wskazał dyscypliny sportowe, za pomocą których będzie realizował przedmiot zamówienia, a wskazanie to stanowiło podstawę oceny jego oferty zgodnie z warunkami postępowania. Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia np. „ekspozycja użytkowej wersji herbu Wodzisławia Śląskiego na strojach sportowych zawodników , ekspozycja logo miasta na ubraniach klubowych zawodników i sztabów szkoleniowych) podczas rozgrywek we wszystkich dyscyplinach sportowych zaoferowanych przez Odwołującego wskazani podwykonawcy tj. kluby sportowe nie wyraziły zgody na wszystkie warunki zamówienia, które musiałyby realizować wspólnie z Odwołującym.

Po podjęciu takiej informacji Zamawiający uznał, iż podpisanie umowy z Odwołującym, który nie zrealizuje przedmiotu zamówienia w całości lub w części jest sprzeczne z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. W związku z powyższym odmówił podpisania umowy w pierwotnie wyznaczonym terminie i wyznaczył Odwołującemu drugi termin podpisania umowy, tym samym dając Odwołującemu szansę na wskazanie innych podwykonawców, którzy zgodzą

się na realizację przedmiotu zamówienia w dyscyplinach wskazanej przez Odwołującego w ofercie. W drugim terminie podpisania umowy Odwołujący wskazał innych podwykonawców, którzy również nie wyrazili zgody na realizację przedmiotu zamówienia w sposób opisany przez Zamawiającego w SWZ.

Dowody: protokół z dnia 16.03.2023 r.; lista podwykonawców z dnia 16.03.2023 r.; protokół z dnia 22.03.2023 r.; pismo Jastrzębski Węgiel z dnia 22.03.2023 r.; mail MKS Wodzisław Śląski z dnia 22.03.2023 r.; mail UKS Biathlon Chorzów z dnia 22.03.2023 r.; mail Krokus Piechowice z dnia 22.03.2023 r.; mail UKS Szczytnik 22.03.2023 r.; mail Żeński Klub Koszykarki Olimpia z dnia 22.03.2023 r.

W związku z powyższym należy uznać, iż przedmiot zaoferowany przez Odwołującego jest niezgodny z opisem przedmiotu określonego w SWZ w Rozdziale II w pkt 1.2 SWZ, a tym samym nie spełnia warunków zamówienia. Zamawiający informację o tej niezgodności powziął na etapie wezwania Odwołującego do podpisania umowy.

### 3. Zarzut błędnego zastosowania art. 462 ust. 3 pzp

Zarzut nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym. Zamawiający wskazuje, że przedmiot zamówienia w dużej części będzie wykonywany w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi Zamawiającego. Wynika to z zapisów Rozdziału III pkt 1.2 – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia:

Do obowiązków Wykonawcy należeć będzie przeprowadzenie działań promocyjnych w szczególności:

- ekspozycję logo miasta Wodzisławia Śląskiego w trakcie wszystkich zawodów w roli gospodarza – co najmniej trzech nośników o wymiarach 2,50x0,8 m , w przynajmniej dwóch lokalizacjach na terenie miasta, na obiektach sportowych należących do Zamawiającego lub jego jednostek,
- wszystkie zawody oraz wydarzenia sportowe, w których Wykonawca będzie występował w roli organizatora/gospodarza tych wydarzeń powinny odbywać się na terenie miasta Wodzisławia Śląskiego.

Należy nadmienić, iż położone na terenie miasta obiekty sportowe spełniające wymogi rozgrywek na poziomie wojewódzkim oraz centralnym są własnością Zamawiającego. Jest tu więc mowa o świadczeniu usługi w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi Zamawiającego, ponieważ inne miejsca nie spełniają wymogów do realizacji zamówienia. Np.: mecze - stadion miejski MOSiR CENTRUM przy ulicy Bogumińskiej 8, hale sportowe - przy szkołach podstawowych, które podlegają nadzorowi przez Zamawiającego, Rodzinny Park Rozrywki „Trzy Wzgórza” jest w pełni przystosowany do przeprowadzenia zawodów biathlonowych (trasy, strzelnica).

### 3. Zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 16 pkt 2 pzp.

Zdaniem Zamawiającego uzasadnienie prawne i faktyczne czynności odrzucenia oferty Odwołującego jest wystarczające i spełnia wszystkie wymogi wynikające z ustawy pzp.

4. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 2 pzp.

Zdaniem Zamawiającego wybór najkorzystniejszej odbył się zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa co zostało wykazane powyżej.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W odwołaniu w punkcie I wykonawca – Klub Sportowy SWD Wodzisław Śląski podał, że zaskarża (...):

- 1) *wybór oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą;*
- 2) *zaniechanie odrzucenia oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o. o. pomimo, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;*
- 3) *odrzucenie oferty Odwołującego pomimo zgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia;*
- 4) *niewystarczające uzasadnienie prawne i faktyczne podjętej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego”.*

W związku z powyższymi czynnościami i zaniechaniami zarzucił Zamawiającemu (...) naruszenie:

- 1) *art. 239 ust. 1 i ust. 2 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 pzp poprzez wybór oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą;*
- 2) *art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o.o. pomimo, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;*
- 3) *art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp oraz 462 ust. 3 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia;*
- 4) *art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 16 pkt 2 pzp poprzez przedstawienie niewystarczającego uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego”.*

Izba na podstawie dokumentacji tego postępowania, w tym pism z dnia 23 marca 2023 r. oraz z dnia 7 marca 2023 r. i 14 marca 2023 r.) ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone dwie oferty, a mianowicie: przez Odwołującego oraz przez wykonawcę Odra Wodzisław Śląski Sp. z o.o. Zamawiający w

dniu 7 marca 2023 r. opublikował i przesłał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Według tej informacji żadna z ofert nie podlegała odrzuceniu, uzyskując – wg pkt 2 zawiadomienia - następującą punktację:

(...)

2. W postępowaniu oferty niepodlegające odrzuceniu złożyli:

Nr oferty	Nazwa Wykonawcy	Kryterium Cena - 60%	Kryterium Różnorodność dyscyplin sportowych realizujących promocję miasta - 40%	Razem
1	Stowarzyszenie Klub Sportowy "SWD Wodzisław Śląski" (...)	60 %	40 %	100 %
2	Odra Wodzisław Śląski Sp. z o.o. (...)	51,37 %	40 %	91,37 %

Zamawiający wyznaczył termin zawarcia umowy (w dniu 9 marca 2023 r.) na dzień 16 marca 2023 r. godz. 11:00, ale jednocześnie w dniu 14 marca 2023 r. wskazując na art. 462 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego, jak ten wskazał w odwołaniu, aby przed podpisaniem umowy podał: „nazwy, dane kontaktowe oraz przedstawicieli podwykonawców zaangażowanych w realizację usługi dla Zamawiającego”.

Wartość przedmiotowego zamówienia – jak wskazano w Protokole postępowania – jest mniejsza niż progi unijne. Zatem zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 Pzp w przypadku tych zamówień i z uwagi na sposób przekazanych informacji kwestionowanie podjętych lub zaniechanych czynności powinno nastąpić – zgodnie z lit. a) przepisu – (...) *w terminie: a) 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, (...)*

Zatem w stanie faktycznym tej sprawy:

(1) Termin co do zarzutu *zaniechania odrzucenia oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o.o. ze wskazaniem na okoliczności niezgodności z warunkami zamówienia, a dotyczące informacji podanych w pkt 2 Formularza oferty - 9-u dyscyplin sportowych z których żadna nie jest rozgrywana na poziomie centralnym oraz wojewódzkim - co było wymagane według Odwołującego w SWZ - a jedynie każda z nich jest rozgrywana na jednym ze wskazanych poziomów (centralnym lub wojewódzkim) - w związku z art. 8 ust.1 ustawy Pzp - upływał w dniu 13 marca 2023 r.*

(2) Termin co do zarzutu skierowania do Odwołującego wezwania na podstawie art. 462 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 Pzp, aby przed podpisaniem umowy podał: „nazwy, dane kontaktowe oraz przedstawicieli podwykonawców zaangażowanych w realizację usługi dla Zamawiającego – upłynął w dniu 20 marca 2023 r.

Izba, mając zatem na względzie odpowiednio art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w związku z jej art. 515 ust.1 pkt 2 lit. a) powyższe zarzuty pozostawiła bez rozpoznania. W myśl wskazanego art. 515 ust.1 pkt 2 lit. a) i stosując ten przepis także odpowiednio zarzuty: (...) *w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.*

Rozpoznając zarzuty w pozostałym zakresie Izba miała na uwadze następujące okoliczności:

Przedmiotem zamówienia – zgodnie z rozdziałem 2 SWZ – jest: (...)

#### 1. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1.1. *Przedmiotem zamówienia jest promocja miasta przez kluby sportowe. W ramach realizacji zamówienia Wykonawca zobowiązuje się do promocji Miasta Wodzisławia Śląskiego poprzez zespoły np.: piłki nożnej, piłki siatkowej, koszykówki, biathlonu podczas wydarzeń oraz zawodów/rozgrywek sportowych na poziomie centralnym oraz wojewódzkim, w których Wykonawca lub podwykonawcy biorą udział lub są ich organizatorem.*

#### 1.2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia:

*Do obowiązków Wykonawcy należeć będzie przeprowadzenie działań promocyjnych, w szczególności poprzez:*

- *ekspozycję użytkowej wersji herbu Wodzisławia Śląskiego w widocznym dla widowni miejscu, w trakcie wszystkich zawodów w roli gospodarza, w co najmniej 2 lokalizacjach wokół widowni, o wymiarach nie mniejszych niż 0,8 x 2,5 [m],*
- *ekspozycję użytkowej wersji herbu Wodzisławia Śląskiego i/lub adresu strony internetowej miasta Wodzisław Śląski oraz ew. innych elementów wskazanych przez Zamawiającego w widocznym miejscu o wymiarach co najmniej 6,0 x 1,8 [m], podczas wszystkich imprez sportowych w roli gospodarza,*
- *ekspozycję logo miasta Wodzisław Śląski w trakcie wszystkich zawodów w roli gospodarza - co najmniej 3 nośników o wymiarach 2,50 x 0,8 [m], w przynajmniej dwóch lokalizacjach na terenie miasta, na obiektach sportowych należących do Zamawiającego lub jego jednostek,*
- *ekspozycję użytkowej wersji herbu Wodzisławia Śląskiego na ściance do wywiadów lub Roll-up'ie,*
- *ekspozycję użytkowej wersji herbu Wodzisławia Śląskiego na strojach sportowych zawodników o wymiarach zapewniających widoczność podczas zawodów, zdjęć, wywiadów, konferencji prasowych itp.,*
- *ekspozycję logo miasta Wodzisław Śląski na ubiorach klubowych zawodników i sztabu szkoleniowego w miejscu i wymiarach widocznych podczas zawodów,*

- ekspozycję logo miasta Wodzisław Śląski na jednym autokarze klubowym – w co najmniej dwóch miejscach o wymiarach 1,2 x 1 [m], 0.5 x 0.5 [m],
- ekspozycję filmu promocyjnego Miasta Wodzisławia Śląskiego o możliwie maksymalnych wymiarach na telebimie, wykorzystywanym podczas meczów w roli gospodarza, usytuowanym na stadionie piłkarskim lub na telebimie, w formie wizualnego spotu reklamowego lub prezentacji (czas ekspozycji wraz z użytkową wersją herbu Wodzisławia Śląskiego minimum 5 sekund),
- kreowanie pozytywnego wizerunku Miasta Wodzisławia Śląskiego poprzez informowanie w społecznych środkach przekazu i mediach społecznościowych o realizacji usługi promocji na rzecz Miasta,
- ekspozycję użytkowej wersji herbu Wodzisławia Śląskiego na wszystkich materiałach informacyjno-promocyjnych oraz poligraficznych wydawanych przez Wykonawcę,
- umieszczenie na stronie internetowej Wykonawcy linku i przekierowania do portalu internetowego Zamawiającego z informacją o realizacji usługi promocji oraz ekspozycji użytkowej wersji herbu Wodzisławia Śląskiego,
- przekazywanie przez spikera w trakcie zawodów w roli gospodarza informacji o wydarzeniach sportowych innych dyscyplin organizowanych wspólnie przez kluby sportowe, w tym przez Wykonawcę,
- przedłożenia Zamawiającemu strategii promocyjnej wydarzeń sportowych w okresie do 1 miesiąca od podpisania umowy- w tym festynu rodzinnego organizowanego w sierpniu 2023 roku oraz harmonogramu wszystkich wydarzeń (do zatwierdzenia przez merytorycznego pracownika urzędu),
- organizacja cyklu minimum 4 wydarzeń sportowych lub edukacyjnych przy współpracy z co najmniej dwoma innymi klubami sportowymi w takich dyscyplinach jak piłka nożna, siatkówka, koszykówka, biathlon w tym przynajmniej jedno wydarzenie dla rodzin, które zostanie zorganizowane w sierpniu,
- wszystkie zawody oraz wydarzenia sportowe, w których Wykonawca będzie występował w roli organizatora/ gospodarza tych wydarzeń powinny odbywać się na terenie miasta Wodzisławia Śląskiego,
- Wykonawca weźmie udział we wszystkich wydarzeniach zorganizowanych przez Zamawiającego, w uzgodnionych wcześniej terminach, nie kolidujących z realizacją procesu szkoleniowego, które nakładają prowadzenie zdrowego trybu życia na terenie miasta Wodzisław Śląski,
- zapewnienie minimum sześciu relacji streaming-owych o zasięgu ogólnopolskim z wydarzeń organizowanych przez Wykonawcę wraz z ekspozycją użytkowej wersji herbu,
- wszelkie materiały promocyjne, które zostaną wykorzystane do realizacji przedmiotu zamówienia zostaną przygotowane przez Wykonawcę. Każdorazowo przed ich produkcją, rozpowszechnieniem lub publikacją Wykonawca musi uzyskać zgodę Zamawiającego,
- Wykonawca w ramach realizacji umowy ma obowiązek dokumentowania wykonania poszczególnych jej elementów oraz przekazać Zamawiającemu w terminie określonym w umowie stosowne sprawozdania, zawierające w szczególności: - informacje z realizacji wszystkich elementów promocyjnych wraz z dołączeniem materiałów informacyjno-promocyjnych i poligraficznych, zdjęć, odzworowań cyfrowych, nagrań audiowizualnych itp. w sposób oczekiwany przez Zamawiającego.(...)



W punkcie 3 w tym rozdziale wskazano: „Termin realizacji zamówienia wynosi 6 miesięcy od dnia podpisania umowy”. Z kolei w punkcie 4. [„KOD WSPÓLNEGO SŁOWNIKA ZAMÓWIEŃ (CPV)”] podano: „7934200-5 - Usługi w zakresie promocji”.

Z kolei w rozdziale XI SWZ – w zakresie spornym – w punkcie 6 podano: (...)

6. Różnorodność dyscyplin sportowych realizujących promocję miasta - waga 40% (Kj):

W ramach tego kryterium Zamawiający będzie przyznawał punkty w sytuacji, gdy Wykonawca:

- zadeklaruje minimum dwie różne dyscypliny sportowe (mieszczące się w opisie przedmiotu zamówienia) rozgrywane na poziomie centralnym oraz wojewódzkim, otrzyma 0 pkt w tym kryterium.
- zadeklaruje minimum trzy dyscypliny sportowe (mieszczące się w opisie przedmiotu zamówienia) rozgrywane na poziomie centralnym oraz wojewódzkim, których kluby wspólnie prowadzą działania promocji miasta na poziomie centralnym i wojewódzkim podczas wydarzeń oraz zawodów / rozgrywek sportowych – 50 pkt.
- zadeklaruje cztery i więcej dyscyplin sportowych (mieszczących się w opisie przedmiotu zamówienia), których kluby wspólnie prowadzą działania promocji miasta na poziomie centralnym oraz wojewódzkim, podczas wydarzeń oraz zawodów / rozgrywek sportowych. – 100 pkt.

W przypadku, gdy Wykonawca:

- nie wymieni żadnej dyscypliny sportowej lub zadeklaruje jedną dyscyplinę rozgrywaną na poziomie centralnym oraz wojewódzkim, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu, jako niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia.

Wykonawca zobowiązany jest do podania w formularzu ofertowym nazw dyscyplin sportowych oraz szczebel rozgrywek/zawodów.(...)

Odwołujący w Formularzu oferty w jego punkcie 2 wskazał: (...)

„2. Kryterium różnorodności:

Oferujemy następujące dyscypliny sportowe do realizacji promocji Miasta Wodzisławia Śląskiego, spełniające warunki wskazane w Rozdziale XI pkt. 6:

1) Nazwa dyscypliny: Piłka nożna

Szczebel zawodów/ rozgrywek Poziom Centralny oraz Wojewódzki

2) Nazwa dyscypliny: Biathlon

Szczebel zawodów/ rozgrywek Poziom Centralny oraz Wojewódzki

3) Nazwa dyscypliny: Koszykówka

Szczebel zawodów/ rozgrywek Poziom Centralny oraz Wojewódzki

4) Nazwa dyscypliny: Piłka siatkowa, siatkówka

Szczebel zawodów/ rozgrywek Poziom Centralny oraz Wojewódzki (...)

Zamawiający w piśmie z dnia 23 marca 2023 r. – dotyczącym odrzucenia oferty Odwołującego – w jego punkcie III podał:

*„III. (...) Uzasadnienie prawne:*

*Na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

*Uzasadnienie faktyczne:*

*Po wyborze oferty najkorzystniejszej: Stowarzyszenie Klub Sportowy "SWD Wodzisław Śląski", przed zawarciem umowy, Wykonawca wskazał listę Podwykonawców, przedstawionych poniżej. Podpisanie umowy wyznaczono na dzień 16.03.2023 r. Po weryfikacji wskazanych wykonawców tj*

*MKS Wodzisław: koszykówka – zweryfikowany pozytywnie*

*Olimpia Wodzisław: koszykówka – zweryfikowany pozytywnie*

*MKKS Rybnik: koszykówka – zweryfikowany pozytywnie*

*Jastrzębski Węgiel: siatkówka – zweryfikowany pozytywnie*

*UKS Biathlon Chorzów – weryfikacja negatywna*

*Powzięto informację, iż klub UKS Biathlon Chorzów nie weźmie udziału w realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia w SWZ. W związku z powyższym poinformowano wykonawcę o niniejszym fakcie i wyznaczono drugi termin podpisania umowy na dzień 21.03.2023 r.*

*Do tego dnia Wykonawca był zobowiązany przedstawić innego podwykonawcę spełniającego wymagania odnośnie przedmiotu zamówienia. Wykonawca w dniu 21.03.2023 r. przedstawił kolejne kluby biathlonowe do weryfikacji.*

*Biathlon Krokus Pilchowice – weryfikacja negatywna*

*Biathlon Szczytnik UKS – weryfikacja negatywna*

*Dokonana weryfikacja wykazała, że wskazane przez Wykonawcę kluby biathlonowe nie są w stanie realizować zadania promocji miasta zgodnie z wytycznymi zawartymi w SWZ dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia.*

*Z uwagi na powyższe, oferta jest niezgodna z zapisami SWZ, co powoduje, że podlega odrzuceniu”.*

W toku rozprawy Odwołujący nie wykazał, że w okresie realizacji umowy, a mianowicie 6 -u miesięcy od dnia podpisania umowy jak wymaga SWZ – zrealizuje deklarowaną w punkcie 2 ppkt 3) promocję miasta poprzez wskazaną dyscyplinę sportową - „Biathlon - Szczebel zawodów/ rozgrywek Poziom Centralny oraz Wojewódzki”.

Wykonawca – jak wskazał w punkcie 2 oferty - zobowiązuje się do promowania Miasta Wodzisławia Śląskiego poprzez zespoły: piłki nożnej, biathlonu, piłki koszykowej oraz piłki siatkowej podczas wydarzeń oraz zawodów/rozgrywek sportowych na poziomie centralnym oraz wojewódzkim, w których wykonawca lub podwykonawcy – jak wymaga SWZ - biorą udział lub są ich organizatorami. Odwołujący – jak podnosił Zamawiający - jest klubem sportowym, który posiada jedynie sekcję sportową piłki nożnej. Samodzielnie zatem

nie byłby w stanie – jak wskazał Zamawiający - zrealizować przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z opisem SWZ oraz ofertą. Niewątpliwie przedmiot zamówienia - usługa promocji miasta - musi być wykonywana od momentu podpisania umowy i realizowana we wszystkich zaoferowanych przez Odwołującego dyscyplinach sportowych w okresie sześciu miesięcy.

Odwołujący oferując Biathlon - jako jedną z dyscyplin sportowych promujących miasto - nie wykazał, że dysponuje klubem – podwykonawcą, który zgłosił gotowość na dzień 21 marca 2023 r. – na dzień podpisania umowy czy na dzień 23 marca 2023 r. do świadczenia usługi według wymagań SWZ.

Izba na marginesie zwraca uwagę, że Odwołujący nie zakwestionował skutecznie twierdzeń Zamawiającego, że w okresie, w jakim miałyby obowiązywać umowa, jedynym organizatorem oficjalnych wydarzeń biathlonowych w tym czasie jest Polski Związek Biathlonu, a więc na poziomie tylko centralnym, a nie jak twierdził interpretując sporne postanowienia SWZ – na poziomie centralnym i (oraz) wojewódzkim.

Izba zwraca również uwagę, że wskazywana przez Odwołującego treść wezwania do podwykonawców – klubów podanych przez Odwołującego (w tym przypadku z dnia 22/03/22 skierowana do KS Jastrzębski Węgiel S.A. – dyscyplina siatkówka] nawiązuje do opisu przedmiotu zamówienia z rozdziału 2 SWZ jego punktu 1.1. (cytowanego powyżej). W tym piśmie Zamawiający cytuje jakie wymagania zostały postawione w SWZ wykonawcy, który korzystając z podwykonawcy musi od tego podwykonawcy oczekiwać wykonanie wszystkich zobowiązań przewidzianych dla niego. W tym wezwaniu Zamawiający mianowicie podał (...) *„Wykonawca wyłoniony w drodze postępowania w trybie podstawowym na mocy ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest w stanie samodzielnie, bez udziału podwykonawców, zrealizować przedmiotu zamówienia, gdyż nie posiada sekcji wymienionych w ofercie, tj.: piłki siatkowej, koszykówki i biathlonu. W związku z powyższym przed podpisaniem umowy Wykonawca KS SWD Wodzisław Śląski przedstawił Zamawiającemu listę podwykonawców, którzy wraz z nim będą realizować przedmiot zamówienia. Na liście został wskazany Wasz klub jako jeden z podwykonawców.*

*W związku z tym proszę o złożenie deklaracji czy jesteście Państwo w stanie spełnić warunki określone w opisie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie informuję, iż nie spełnienie któregokolwiek z warunków będzie powodem nie wypłacenia wynagrodzenia Wykonawcy i konieczność naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie usługi. (...).*

W projekcie umowy z kolei do którego nawiązuje pismo w § 1 podano: (...)

1. *Przedmiotem umowy jest promocja miasta przez kluby sportowe świadczona dla Zamawiającego.*

2. *Przedmiot zamówienia będzie realizowany zgodnie z ofertą Wykonawcy.*
3. *Oferta Wykonawcy stanowi załącznik nr do niniejszej umowy. Załącznik jest integralną częścią umowy.*
4. *Dodatkowo zakres rzeczowy przedmiotu niniejszej umowy określają obowiązujące w postępowaniu zapisy opisu przedmiotu zamówienia (OPZ).*
5. *Wykonawca zobowiązany jest wykonać usługę w terminie 6 miesięcy od dnia podpisania.”*

Z kolei w § 10 tego projektu zawarto szczegółowe regulacje dotyczące kar umownych przewidzianych – jak wskazano w cytowanym piśmie – dla Wykonawcy.

Wymieniony podwykonawca KS Jastrzębski Węgiel S.A. (dyscyplina siatkówka) odpowiedział pozytywnie na wezwanie i złożył stosowną deklarację. Z kolei klub UKS Biathlon Chorzów nie złożył takiej deklaracji informując w mailu z 23/03/23, (w podpisie Michał Cyl) że klub UKS Biathlon Chorzów nie będzie brał udziału w projektach promujących miasto Wodzisław Śląski. To oświadczenie nie zostało w postępowaniu przed KIO również skutecznie podważone przez wnoszącego odwołanie. Także jak już stwierdzono Odwołujący nie wykazał, że inny klub, w tym wymieniony Biathlon Krokus Pilchowice jest gotowy wziąć udział w projektach promujących miasto Wodzisław Śląski według wymagań SWZ.

W związku z powyższym należy uznać, że przedmiot zaoferowany przez Odwołującego w ofercie jest niezgodny z opisem określonym w SWZ (w rozdziale II pkt 1.2), a tym samym wykonawca nie spełnia warunków zamówienia. Zamawiający informację o tej niezgodności powziął na etapie wezwania Odwołującego do podpisania umowy. Wezwanie do podpisania umowy było wynikiem ustalenia (na podstawie złożonego w ofercie oświadczenia) zgodności oferty wykonawcy z SWZ i uzyskaniem w konsekwencji – z uwagi na cztery dyscypliny wskazane w ofercie – w drugim kryterium maksymalnej liczby punktów. Podkreślenia wymaga, że w ofercie Odwołujący wskazał dyscypliny sportowe za pomocą których będzie realizował przedmiot zamówienia i to stanowiło podstawę oceny tej oferty także co do jej zgodności z warunkami postępowania. Ustalenie zatem braku możliwości realizacji zamówienia w zakresie deklarowanym w ofercie spowodowało uzasadnioną podstawę do zastosowania wobec tej oferty art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wobec powyższych ustaleń także wskazywane zarzuty – w związku z oceną tej oferty – naruszenia art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust.2 Pzp nie podlegają uwzględnieniu.

Izba w związku ze wskazanymi ustaleniami także orzekła o oddaleniu zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 Pzp z uwagi na

to, że kwestionowany wybór oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej wykonawca oparł na twierdzeniu, że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą, podczas gdy Izba ustaliła, że wobec tej oferty Zamawiający prawidłowo zastosował jako podstawę odrzucenia przesłankę z art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp. Niemniej jednak Izba zwraca uwagę, że nie podlegała rozstrzygnięciu poprawność oceny oferty Odry Wodzisław Śląski Sp. z o.o. z uwagi na ustalenia, co do zarzutu z punktu 2 odwołania i dokonanej oceny oferty tego wykonawcy z dnia 7 marca 2023 r. Oczywiście brak rozpoznania tego zarzutu nie sanuje ewentualnych nieprawidłowości co do oceny zgodności tej oferty z SWZ, w tym przypadku postanowieniami rozdziału XI pkt 6 SWZ. Wykonawca ten (Odra Wodzisław Śląski Sp. z o.o.) w pkt 2 Formularza oferty — Kryterium różnorodności wskazał 9 dyscyplin sportowych. Zgodnie z treścią oferty każda z nich jest rozgrywana na jednym ze wskazanych poziomów (centralnym lub wojewódzkim). Natomiast według postanowienia SWZ wymaganie dotyczyło rozgrywek *na poziomie centralnym oraz wojewódzkim*. Wobec takiego opisu interpretacja spójnika „oraz” (wbrew intencjom) powinna być odniesiona do spójnika „i” (najpopularniejszy synonim). Izba zwraca uwagę, że trudno wśród (blisko 23 synonimów) znaleźć wskazywane przez zamawiającego możliwe do zastosowania w tym przypadku słowo „lub”, które w istotny sposób zmienia wymagania SWZ w punkcie X.I.6.

Co do zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp oddalając także ten zarzut Izba przede wszystkim stwierdza, że w tym zawiadomieniu – jak wymaga tego przepis - wskazano na art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp (jako uzasadnienie prawne), a w uzasadnieniu faktycznym powołano się na podejmowane czynności związane z oceną tej oferty po jej wyborze w dniu 7 marca 2023 r. M.in. wskazano jak przebiegała weryfikacja wskazanych w ofercie podwykonawców (klubów) z uwzględnieniem wyznaczonego terminu na podpisanie umowy w dniu 16.03.2023 i kolejnym w dniu 21.03.2023 r. a zakończona w konsekwencji odrzuceniem tej oferty z uwagi na ustalenia, że wskazane przez wykonawcę kluby biathlonowe nie są w stanie realizować zadania promocji miasta zgodnie z wytycznymi zawartymi w SWZ dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba nie zgodziła z twierdzeniami odwołania, co do przedstawienia niewystarczającego uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy 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) [dalej: rozporządzenie].

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....