

Sygn. akt: KIO 3043/21

WYROK

z dnia 15 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowy Szybów Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowskich Górach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo ROW-JAS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju** z uwagi na brak wyceny pozycji nr 15, 122, 124, 151 i 152 Kosztorysu (wycena na poziomie 0,00 zł) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo ROW-JAS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.**
- 2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu** w części 1/4 oraz**

wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowy Szybów Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowskich Górach** w części 3/4 i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowy Szybów Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowskich Górach** tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3.2. zasądza od zamawiającego **Spółki Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budowy Szybów Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowskich Górach** kwotę **5 900 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy dziewięćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa Pompowni Głębiny „Jan Kanty” w ramach zadania: „Zmiana systemu odwadniania w pompowni „Jan Kanty” Oddziału CZOK, ze stacjonarnego na głębinowy*”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 maja 2021 r. pod numerem 2021/S 094-245850.

W dniu 15 października 2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwa Budowy Szybów Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowskich Górach, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo ROW-JAS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, dalej „ROW-JAS”, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na:

a. brak wyceny pozycji formularza ofertowego pn. Stawka za gotowość ruchową zł/dobę brutto (w przypadku postoju NIE z winy Wykonawcy - max 92 dni), co jest niezgodne z pkt 2.7 OPZ i świadczy o niezaoferowaniu przez ROW-JAS świadczenia objętego tą pozycją formularza ofertowego;

b. brak wyceny pozycji nr 15, 122, 124, 151 i 152 Kosztorysu (wycena na poziomie 0,00 zł), co jest niezgodne z odpowiedziami Zamawiającego na pytanie nr 1 oraz odpowiedzią nr 5 do SWZ udzielonymi w dniu 12 lipca 2021 r. i świadczy o niezaoferowaniu przez ROW-JAS świadczenia objętego pozycjami 15, 122, 124, 151 i 152 Kosztorysu;

c. sporządzenie Kosztorysu w podziale na części składowe, które nie odpowiadają pozycjom harmonogramu rzeczowo-finansowego, dalej „HRF”, co jest niezgodnie z pkt 5.1.3 SWZ oraz pkt 2.5.1 OPZ;

2. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wezwania ROW-JAS do wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny pozycji pn. Stawka za gotowość ruchową zł/dobę brutto (w przypadku postoju NIE z winy Wykonawcy - max 92 dni), pomimo tego, że zaoferowana przez ROW-JAS stawka za jedną dobę gotowości ruchowej odbiega o 30%

zarówno od ustalonej przez Zamawiającego stawki, jak i średniej arytmetycznej wszystkich stawek zaoferowanych w ofertach wykonawców biorących udział w zamówieniu;

3. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wezwania ROW-JAS w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, podczas gdy złożone przez tego wykonawcę wraz z ofertą zobowiązanie Firmy A. Spółka Jawna do udostępnienia zasobów ROWJAS na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.1.3 SWZ, nie spełnia wymagań dla tego rodzaju dokumentu określonych w art. 118 ust. 4 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 i 3 Rozporządzenia, a zatem ROW-JAS nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.1.3 SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty ROW-JAS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia; wezwania ROW-JAS na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji pozycji formularza ofertowego pn. Stawka za gotowość ruchową zł/dobę brutto (w przypadku postoiu NIE z winy Wykonawcy - max 92 dni); wezwania ROW-JAS na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów spełniającego wymagania określone w art. 118 ust. 4 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 i 3 Rozporządzenia; dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najwyżej ocenionej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo ROW-JAS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju z uwagi na brak wyceny pozycji nr 15, 122, 124, 151 i 152 Kosztorysu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty ROW-JAS, informacji o zaproszeniu do aukcji elektronicznej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Odwołującego, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 8 listopada 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Następnie, Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo ROW-JAS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju nie było skuteczne, albowiem wykonawca ten nie dochował formy wymaganej przepisami prawa, tj. zgłoszone przez niego w postaci elektronicznej przystąpienie nie zostało opatrzone podpisem zaufanym. Dla skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 508 ust. 1 ustawy Pzp, konieczne jest, w przypadku wniesienia przystąpienia w postaci elektronicznej, opatrzenie takiego pisma podpisem zaufanym. Wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo ROW-JAS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju takiego podpisu nie złożył, co czyni taką czynność nieskuteczną.

Izba ustaliła, że do Prezesa KIO w dniu 18 października 2021 r. o godz. 11:22 na adres mailowy odwolania@uzp.gov.pl wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo ROW-JAS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju zatytułowane *skanowanie 0617.pdf*. Ww. pismo zostało złożone w formie pliku w formacie pdf, podpisane własnoręcznie przez p. J. F. (prezesa zarządu spółki uprawnionego do samodzielnej reprezentacji), zawierające pieczęć prezesa zarządu p. J. F. i wklejoną informację, że „dokument podpisany przez J. F. PPG ROW-JAS Sp. z o.o. Data: 2021.10.18 08:26:01 CEST”. Izba ustaliła, iż przesłany dokument nie został opatrzony podpisem zaufanym wystawionym na rzecz p. J. F..

Nie waliduje powyższego okoliczność, iż wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo ROW-JAS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju podczas ogłoszonej przez Izbę przerwy w trakcie posiedzenia przesłał na adres mailowy odwolania@uzp.gov.pl następujące dokumenty:

- o godz. 10:30 z adresu mailowego biuro@ppgrowjas.pl dokument w formie pliku w formacie pdf pn. *KIO przystąpienie do postępowania odwoławczego wszystkie dokumenty, które zostały wysłane.pdf*, nieopatrzone podpisem zaufanym;

- o godz. 10:33 z adresu mailowego grupasienna@grupasienna.pl print screen z programu weryfikującego podpisy proCentrum SmartSign, gdzie wskazano, że pismo do PBsz przystąpienie do odwo_ania.pdf zostało poprawnie zweryfikowane, dokument podpisany przez J. F. PPG ROW-JAS Sp. z o.o., czas podpisu 2021.10.18 10:20:11 +0200 ze znacznika czasu;

- o godz. 10:37 z adresu mailowego biuro@ppgrowjas.pl wiadomość zatytułowaną *dokumenty dot. sprawy KIO3043/21 (podpisane elektroniczne)*, niezawierającą żadnego załącznika;

- o godz. 10:42 z adresu mailowego biuro@ppgrowjas.pl dokument w formie pliku w formacie pdf pn. *KIO przystąpienie do postępowania odwoławczego wszystkie dokumenty, które zostały wysłane.pdf*, opatrzone podpisem zaufanym przez J. F. PPG ROW-JAS Sp. z o.o., gdzie wskazano czas złożenia podpisu: 2021/11/08 10:35:25 +01'00;

- o godz. 11:04 z adresu mailowego biuro@ppgrowjas.pl ponownie dokument w formie pliku w formacie pdf pn. *KIO przystąpienie do postępowania odwoławczego wszystkie dokumenty, które zostały wysłane.pdf*, opatrzone podpisem zaufanym przez J. F. PPG ROW-JAS Sp. z o.o., gdzie wskazano czas złożenia podpisu: 2021/11/08 10:35:25 +01'00.

Izba wskazuje, że dokumenty przesłane do KIO o godz. 10:42 oraz o godz. 11:04 zostały rzeczywiście opatrzone podpisem zaufanym przez uprawnioną osobę, niemniej czas złożenia podpisu wskazuje na termin wyznaczonego posiedzenia w niniejszej sprawie, tj. 8 listopada 2021 r. Z kolei wiadomość przesłana o godz. 10:33 dotyczy pisma, które zostało przesłane do Odwołującego, a nie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazanego do Prezesa KIO. O powyższym świadczy m.in. czas podpisu, gdzie wskazano godz. 10:20:11. Tożsama godzina znajduje się na str. 19 pliku w formacie pdf przesłanym do Prezesa KIO (pismo adresowane do Odwołującego), a także fakt, że wiadomość przesłana o godz. 10:33 dotyczy weryfikacji podpisu na piśmie zatytułowanym *pismo do PBsz przystąpienie do odwo_ania.pdf*, podczas gdy przesłane w dniu 18 października 2021 r. zgłoszenie przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego wykonawcy ROW-JAS zostało zatytułowane *skanowanie 0617.pdf*.

W związku z powyższym, biorąc także pod uwagę, że wykonawca chcący wziąć udział w postępowaniu wszczętym na skutek wniesienia odwołania przez innego wykonawcę powinien dołożyć należytej staranności przy dokonywaniu czynności zgłoszenia przystąpienia, Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do

postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, tj. wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo ROW-JAS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części.

Izba uznała, że zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ROW-JAS z uwagi na brak wyceny pozycji nr 15, 122, 124, 151 i 152 Kosztorysu (wycena na poziomie 0,00 zł).

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 5.1.3 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ” *Kosztorys/y sporządzone w oparciu o załączone do SWZ przedmiary robót. Kosztorysy muszą być sporządzone w podziale na części składowe, odpowiadające pozycjom harmonogramu rzeczowo-finansowego. Zamawiający dopuszcza również załączenie do oferty kosztorysu realizacji robót w formie skróconej, tabelarycznej.*

Zgodnie z pkt 2.4.4. OPZ pn. Termin i harmonogram realizacji zadania Wykonawca, *przed złożeniem oferty zobowiązany będzie do opracowania (wypełnienia) harmonogramu rzeczowo-finansowego zgodnie z załącznikiem nr 2. Opracowanie polega na wypełnieniu pól oznaczonych kolorem żółtym cenami poszczególnych zadań częściowych. Harmonogram sporządzony jest w czasookresach kwartalnych i odpowiada harmonogramowi prac, stanowiącego załącznik nr 1. Zamawiający dopuszcza podział kwartałów na miesiące w celu rozłożenia płatności kwartalnych na płatności miesięczne, pod warunkiem, że płatność będzie dotyczyła ukończonego zadania składowego (dostawa, prace) w ramach zadania częściowego, dla którego będzie możliwe dokonanie odbioru częściowego. Podział płatności kwartalnych na miesięczne Wykonawca dokonuje w porozumieniu z Zamawiającym. W przypadku podziału kwartału na miesiące, harmonogram musi zawierać pole łącznych płatności danego zadania częściowego w kwartale.*

Zgodnie z pkt 2.4.5. OPZ pn. Zmiany harmonogramu rzeczowo-finansowego i zmiany harmonogramu prac w trakcie trwania umowy *Zmiana harmonogramu rzeczowo-finansowego wymaga uzyskania przez Zamawiającego pisemnej zgody Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej (NFOŚiGW). Ewentualne zmiany harmonogramu rzeczowo-finansowego mogą być dokonywane kwartalnie. Nie dopuszcza się zmian harmonogramu rzeczowo-finansowego w krótszym interwale czasowym. Zmiany*

harmonogramu mogą obejmować jedynie przesunięcia realizacji zadań w ramach okresu obowiązywania umowy, w celu sprawnej i terminowej realizacji przedsięwzięcia. Niedopuszczalna jest zmiana końcowego terminu realizacji przedsięwzięcia. Zmiany do harmonogramu rzeczowo-finansowego muszą być zgłaszane Zamawiającemu pisemnie przez Wykonawcę, najpóźniej na dwa miesiące przed rozpoczęciem kwartału, od którego ma nastąpić zmiana. (...)

Zgodnie z pkt 2.5.1. OPZ Wykonawca oblicza wartość zadań częściowych, określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym, na podstawie kosztorysu (kosztorysów) sporządzonych przez siebie, w oparciu o załączone do SWZ przedmiary robót. Kosztorysy Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty. Kosztorysy muszą być sporządzone w podziale na części składowe, odpowiadające pozycjom harmonogramu rzeczowo-finansowego. Zamawiający dopuszcza również załączenie do oferty kosztorysu realizacji robót w formie skróconej, tabelarycznej, odpowiadającej załącznikowi nr 3 do opisu przedmiotu zamówienia.

Stosownie do pkt 2.5.2 OPZ Wykonawca będzie wystawiał faktury za prace częściowe określone w harmonogramie rzeczowo-finansowym, po zakończeniu miesiąca, w którym prace zostały zakończone i dla których przeprowadzono z wynikiem pozytywnym, komisyjny odbiór prac. Łączna wartość faktur za prace wykonane w danym kwartale, nie może być wyższa niż wartość określona dla danego kwartału w harmonogramie rzeczowo-finansowym.

Stosownie do §1 ust. 9 wzoru umowy Wykonawca oświadcza, że jest świadom faktu iż środki finansowe w kwocie netto na realizację niniejszej umowy pochodzą w całości z dofinansowania z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej (dalej NFOŚiGW) i jako takie podlegają rozliczeniom określonym w harmonogramie rzeczowo-finansowym, stanowiącym załącznik nr 4 do niniejszej umowy.

W odpowiedzi na pytanie nr 1 do SWZ z dnia 12 lipca 2021 r. w brzmieniu: Prosimy o wyjaśnienie następujących kwestii: Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 12 z dnia 28.06.2021 r. dopuścił dołączenie Załącznika nr 3 do SWZ jako kosztorys dla przedmiotu zamówienia. Prosimy o wyrażenie zgody na: zmianę nazewnictwa istniejących pozycji (niektóre zawierają błędne nazewnictwo/parametry), dodawanie nowych pozycji nie ujętych w przedmiotowym kosztorysie a istotnych do wyceny i późniejszych odbiorów, usuwanie pozycji, które nie będą wykonywane (aby uniknąć przypadków niedopuszczalnych tj. wyceny pozycji na 0,00 zł). Ze względu na duży zakres oferty, zmianę zapisów spowodowaną udzielonymi odpowiedziami w dniach 28.06.2021 r. i 01.07.2021 r., koniecznością uzyskania ofert od podwykonawców i poddostawców — wnosimy o przesunięcie terminu złożenia ofert do 2 sierpnia 2021 r., co pozwoli na złożenie rzetelnej i konkurencyjnej oferty. Zamawiający wskazał, że wyraża zgodę na proponowane zmiany w zakresie ewentualnych zmian

technologii prowadzenia robót, o których mowa w SWZ lub zmian wprowadzonych w odpowiedziach na pytania, zadane przez Wykonawców do niniejszego postępowania przetargowego. W pozostałym zakresie Zamawiający nie dopuszcza wprowadzania zmian. W zależności od wprowadzonych zmian, załącznik nr 3 musi odpowiadać załącznikowi nr 2 (HRF), w związku z tym zmian należy dokonać w obu załącznikach. Zamawiający wyraża zgodę na przesunięcie terminu składania ofert do 26 lipca 2021 r., w celu złożenia przez Wykonawców rzetelnych ofert.

Również w dniu 12 lipca 2021 r., na pytanie nr 5 Zamawiający odpowiedział, że dopuszcza usunięcie pozycji, które nie będą wykonywane przez Wykonawcę (w celu uniknięcia przypadków wyceny pozycji na 0,00 zł).

Izba ustaliła, że ROW-JAS wycenił pozycje 15, 122, 124, 151 i 152 Kosztorysu na 0,00 zł. Zamawiający w dniu 25 sierpnia 2021 r. zwrócił się do ROW-JAS o wyjaśnienie przyczyn niedokonania wyceny ww. pozycji, wskazując, że działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wzywa do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie Załącznika nr 3 do Opisu przedmiotu zamówienia - Przeporządkowanie poszczególnych pozycji przedmiarów robót, do określonych zadań częściowych w harmonogramie rzeczowo-finansowym tj. :

- w poz. 122 Łącznik górny 3 szt. oraz poz. 152 Łącznik górny 3 szt. wykazano wartość 0,00 zł, natomiast zgodnie z przedmiarem robót JK-019 poz. 3.4.2 wynika, iż to właśnie Wykonawca zobowiązany jest do dostawy 6 szt. łączników górnych;
- w poz. 124 Montaż agregatów 1-3 w zakresie podłączenia do rurociągów tłocznych oraz poz. 151 Montaż agregatów 4-6 w zakresie podłączenia do rurociągów tłocznych, wskazano wartość 0,00 zł, natomiast zgodnie z zapisami zawartym w Załączniku nr 1 do SWZ pkt 1 2.4.3 „Uwaga: podłączenie ciągów pompowych do kolektorów zbiorczych wykonuje Wykonawca zgodnie z wytycznymi określonymi w dokumentacji oraz w przedmiarach robót”. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ust 1 ustawy Pzp wzywa Państwa do złożenia stosownych wyjaśnień dlaczego ww. pozycje zostały skalkulowane w wysokości 0,00 zł oraz czy zostały przewidziane do wykonania podczas realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wytycznymi określonymi w dokumentacji oraz w przedmiarach robót.

W odpowiedzi na powyższe ROW-JAS w dniu 26 sierpnia 2021 r. udzielił wyjaśnień, w których wskazał, że łączniki górne 6 szt. (poz. 122 i 152) zostały ujęte w pozycji 40 Część Mechaniczna. Odprowadzenie wody z pompowni głębinowej JK Pozostałe części w 30 600,00 zł netto, montaż agregatów 1-3 poz. 124 w zakresie podłączenia do rurociągów tłocznych zostały ujęte w pozycji 36 Część Mechaniczna Odprowadzenie wody z pompowni głębinowej JK kolektor 1 w kwocie 12 000,00 zł netto i montaż agregatów 4-6 poz. 151 w

pozycji 37 Część Mechaniczna Orowadzanie wody z pompowni głębinowej JK kolektor 2 w kwocie 12 000,00 zł netto.

W dniu 13 października 2021 r. Zamawiający wysłał wykonawcom zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący podnosił, że oferta ROW-JAS wypełnia przesłanki do odrzucenia jej z postępowania, gdyż wykonawca wbrew oczekiwaniom Zamawiającego, zaniechał wyceny jednego z elementów ceny, a brak wskazania przedmiotowej stawki uniemożliwiać będzie realizację, oraz rozliczenie, części umowy zgodnie z określonymi przez Zamawiającego warunkami zamówienia.

Izba uznała, że z powyższym stanowiskiem Odwołującego należy się zgodzić. Oferta ROW-JAS jest niezgodna z warunkami zamówienia i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Także złożone przez wykonawcę wyjaśnienia potwierdzają, że wykonawca nie dostosował pozycji Kosztorysu do HRF, tym samym jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z postanowieniami SWZ, Kosztorys winien być skorelowany z HRF, na co wskazywał Zamawiający kilkakrotnie w postanowieniach SWZ, chociażby w pkt 5.1.3 czy 2.5.1 OPZ (Kosztorysy muszą być sporządzone w podziale na części składowe, odpowiadające pozycjom harmonogramu rzeczowo-finansowego). Powyższe wprost potwierdza, że poszczególne pozycje Kosztorysu miały odpowiadać pozycjom HRF.

Następnie, należy stwierdzić, że udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania przesądzają, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, że oczekiwał wypełnienia wszystkich pozycji w Kosztorysie dołączonym do oferty, uznając brak wyceny za działanie niedopuszczalne. Z odpowiedzi na pytanie nr 1 z 12 lipca 2021 r. wynika, że Zamawiający nie dopuścił możliwości zaoferowania stawki 0,00 zł w poszczególnych pozycjach Kosztorysu.

Dalej, należy stwierdzić, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ROW-JAS potwierdzają, że dokonano przeniesienia pozycji w Kosztorysie, co powoduje, że przestają one odpowiadać pozycjom wynikającym z HRF. W kosztorysie ROW-JAS zostało wskazane, że niewycenione pozycje 122, 124 dotyczą pozycji 22 HRF [Montaż ciągów pompowych oraz podłączenie do kolektora odpływowego wody realizowanych w VII kwartale], natomiast pozycje 151 i 152 Kosztorysu dotyczą pozycji 29 HRF [Montaż pozostałych ciągów pompowych i podłączenie do kolektora odpływowego wody realizowany w X kwartale].

Natomiast zgodnie z udzieloną przez ROW-JAS odpowiedzią, pozycje 122 i 152 zostały w kalkulowane odpowiednio w pozycję 40, a pozycje 124 i 151 w pozycję 36 i 37. Pozycja 36, 37 i 40 kosztorysu odpowiada pozycji 6 HRF [Wykonanie w pomieszczeniu

głowicy szybowej po stronie południowozachodniej szybu. zbiornika do zalewania ciągów pompowych realizowanych w III kwartale], a nie pozycjom 22 i 29. Pozycje wycenione na 0,00 zł, które zostały przeniesione, dotyczą prac zaplanowanych do wykonania na VII i X kwartał. ROW-JAS w wyjaśnieniach wskazał tymczasem, że dokonał kalkulacji tych pozycji w ramach innych pozycji, które z kolei będą wykonywane w III kwartale.

Należy także zwrócić uwagę, że ROW-JAS w wyjaśnieniach z dnia 28 sierpnia 2021 r. oświadczył, że wycena pozycji 122, 124, 151, 152 na 0,00 zł nie oznacza, że dany element przedmiotu zamówienia nie będzie w ogóle wykonywany, np. z uwagi na przyjęcie określonej technologii wykonania robót (a zatem, że zaszła przesłanka do wyzerowania danej pozycji z uwagi na to, że nie wystąpi ona podczas realizacji zamówienia), ale że pozycje zerowe zostały przeniesione i wliczone w inne pozycje Kosztorysu. Podczas gdy przeniesienie i połączenie poszczególnych pozycji Kosztorysu powoduje, że przestają one odpowiadać pozycjom z HRF, co potwierdza również udzielona odpowiedź, gdzie Zamawiający wskazał, że w pozostałym zakresie nie dopuszcza wprowadzenia zmian.

Równocześnie Izba zwraca uwagę, że pogląd Zamawiającego jakoby HRF był sporządzany przez wykonawcę po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed podpisaniem umowy, stoi w sprzeczności z pkt 2.4.4. OPZ, zgodnie z którym Wykonawca, przed złożeniem oferty zobowiązany będzie do opracowania (wypełnienia) harmonogramu rzeczowo-finansowego zgodnie z załącznikiem nr 2.

Skład orzekający podzielił także argumentację Odwołującego, że aktualizacja kosztorysu i HRF, o której mowa w pkt 2.4.4 OPZ (*Jeśli w wyniku przeprowadzonej aukcji, negocjacji lub tp., zostaną zmienione ceny poszczególnych zadań częściowych w stosunku do cen kosztorysowych będących podstawą obliczenia ceny za całość zadania podanej w ofercie, Wykonawca zobowiązany będzie do aktualizacji harmonogramu rzeczowo-finansowego, przed podpisaniem umowy.*), odnosi się do dostosowania wartości poszczególnych pozycji kosztorysu i HRF do nowej ceny oferty po aukcji elektronicznej, a nie dokonaniu poprawy nieprawidłowo wypełnionych dokumentów i dostosowaniu ich do wymagań Zamawiającego. Za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której wykonawca będzie miał możliwość podjęcia działań, które będą pozwalały na usunięcie niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia po terminie składania ofert. Dodatkowo, jak słusznie zauważył Odwołujący, Zamawiający nie uwzględnił okoliczności, w której do aukcji w ogóle nie dochodzi (z uwagi na brak dwóch ofert w postępowaniu) oraz sytuacji, w której żaden z wykonawców nie dokonuje postępień w toku aukcji. W takich okolicznościach wykonawca nie będzie uprawniony do dokonania aktualizacji swoich dokumentów.

Reasumując, ROW-JAS nie zaoferował odmiennej technologii wykonania zamówienia zakładającej, iż wskazane pozycje nie zostaną wykonane, a wyceniając wskazane pozycje, na 0,00 zł, nie dokonał wyceny przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Dlatego też Izba

uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w odniesieniu do wyceny na poziomie 0 zł i w konsekwencji sporządzeniu Kosztorysu w sposób nieodpowiadający HRF za zasadny.

Następnie, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez ROW-JAS, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na brak wyceny pozycji formularza ofertowego pn. Stawka za gotowość ruchową zł/dobę brutto (w przypadku postoju NIE z winy Wykonawcy - max 92 dni).

Odwołujący podnosił, że ROW-JAS w ogóle nie dokonał kalkulacji ceny dla 1 doby postoju, a zatem jego oferta nie zawiera oświadczenia w tym zakresie, co będzie uniemożliwiać rozliczenie zamówienia. Nadto, ROW-JAS nie wycenił ilości, ceny jedn. netto, VAT i wartości netto tego świadczenia, co wskazuje, że wartość 92 nie jest podaną przez ROW-JAS ceną za to świadczenie.

Powyższej argumentacji skład orzekający nie podzielił. Izba ustaliła, że kwestie gotowości ruchowej zostały opisane w pkt 2.7 OPZ, zgodnie z którym *Zamawiający informuje, iż nie jest możliwe wykluczenie opóźnienia dostaw realizowanych przez odrębnych Wykonawców. W takim przypadku, jeżeli opóźnienie dostawy będzie uniemożliwiało Wykonawcy kontynuację prac, prace Wykonawcy mogą być wstrzymane do czasu zrealizowania dostaw. Wstrzymanie prac z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy będzie podstawą do zmiany terminu realizacji umowy na zasadach określonych w umowie. Jeżeli wstrzymanie prac będzie skutkowało koniecznością postoju maszyn i urządzeń technologicznych, które będą powodowały koszty po stronie Wykonawcy, Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia za gotowość ruchową w wysokości zgodnej z ceną określoną w umowie. Zamawiający przewiduje, że maksymalny łączny okres na jaki mogą zostać wstrzymane prace, wynosi trzy miesiące. Ewentualne przeglądy i rewizje w niezbędnym zakresie, wykonywane w okresie postoju, wykonuje na własny koszt Wykonawca. Zamawiający informuje, że maksymalna cena za gotowość ruchową nie może być wyższa niż 1000,- zł netto za jedną dobę postoju.*

Zgodnie z pkt 20 SWZ Wykonawca może podać tylko jedną cenę (cenę brutto, która przyjęta będzie do porównania i oceny ofert) za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Wykonawca podaje cenę oferty w Formularzu Ofertowym. Cena ofertowa powinna: być ustalona na podstawie opisu przedmiotu zamówienia – w tym Kosztorysu/ów sporządzonych w oparciu o załączone do SWZ przedmiary robót. Kosztorysy muszą być: sporządzone w podziale na części składowe, odpowiadające pozycjom harmonogramu rzeczowo-finansowego. Zamawiający dopuszcza również załączenie do oferty kosztorysu realizacji robót w formie skróconej, tabelarycznej; obejmować koszty niezbędne do zrealizowania

zamówienia zgodnie z SWZ, jak również koszty w nich nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia.

Zamawiający we wzorze Formularza Ofertowego wymagał wskazania dwóch wartości cenowych, tj. wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie Budowy Pompowni Głębinywej „Jan Kanty” oraz stawki za gotowość ruchową zł/dobę brutto (w przypadku postoju NIE z winy Wykonawcy - max 92 dni). Zgodnie z Formularzem Ofertowym w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie robót budowlanych należało podać cenę jednostkową netto, VAT, wartość netto oraz wartość brutto. Stawka za gotowość ruchową nie zawierała takiego podziału, Zamawiający wymagał wskazania jednej wartości, tj. wartości brutto.

Izba ustaliła, że ROW-JAS w formularzu ofertowym wskazał wartość 92, Odwołujący podał wartość 1 200, a trzeci wykonawca - 20 000,00.

Skład orzekający dostrzega, że wskazana w formularzu ROW-JAS wartość 92 jest tożsama z wartością wskazaną przez Zamawiającego we wzorze formularza, gdzie użyto sformułowania „max 92 dni”, które odnosiło się do maksymalnego szacowanego limitu liczby dni gotowości wykonawcy w okresie niewykonywania prac. Nie oznacza to jednak, że ROW-JAS w ogóle nie dokonał kalkulacji ceny dla 1 doby postoju. Stawka za gotowość ruchową została podana i wynosi 92 zł brutto. Zamawiający nie miał więc podstaw do kwestionowania złożonego oświadczenia, skoro wartość została wskazana, tym samym dokonano kalkulacji dla 1 doby postoju.

Izba nie podzieliła także argumentacji Odwołującego, że ROW-JAS nie wycenił ilości, ceny jedn. netto, VAT i wartości netto tego świadczenia, co wskazuje, że wartość 92 nie jest podaną przez ROW-JAS ceną za to świadczenie. Uszło bowiem uwadze Odwołującego, że wykonawcy w Formularzu Ofertowym nie byli zobligowani do wyceny ilości, ceny jedn. netto, VAT i wartości netto tego świadczenia. Powyższe potwierdza również sposób wypełnienia formularza przez samego Odwołującego, który również przy pozycji dotyczącej stawki za gotowość ruchową podał jedynie wartość 1 200, bez wskazywania ilości, ceny jedn. netto, VAT i wartości netto tego świadczenia.

W związku z powyższym Izba uznała, że oferta ROW-JAS zawiera stawkę dobową za gotowość ruchową, więc jest zgodna w tym aspekcie z warunkami zamówienia. Dlatego zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 należy uznać za bezpodstawny.

Izba uznała, że nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania ROW-JAS do wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny pozycji pn. Stawka za gotowość ruchową zł/dobę brutto (w przypadku postoju NIE z winy Wykonawcy - max 92 dni). Odwołujący podnosił, że zaoferowana przez ROW-JAS stawka za

jedną dobę gotowości ruchowej odbiega o 30% zarówno od ustalonej przez Zamawiającego stawki, jak i średniej arytmetycznej wszystkich stawek zaoferowanych w ofertach wykonawców biorących udział w zamówieniu. Dlatego też w ocenie Odwołującego Zamawiający był zobowiązany do wezwania ROW-JAS do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów kalkulacji ceny pozycji formularza ofertowego pn. Stawka za gotowość ruchową zł/dobę brutto (w przypadku postoiu NIE z winy Wykonawcy - max 92 dni), a w przypadku braku złożenia miarodajnych wyjaśnień odrzucenia oferty ROW-JAS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. jako zawierającą cenę rażąco niską.

Zdaniem składu orzekającego, w niniejszym postępowaniu udział procentowy wartości stawki za gotowość ruchową w odniesieniu do całkowitej ceny ROW-JAS nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia kalkulacji całkowitej ceny ofertowej, a zatem jej ewentualne zniżenie nie może skutkować wezwaniem do wyjaśnień, a w konsekwencji odrzuceniem oferty.

Z uwagi na wyodrębnienie elementów składających się na cenę, należy uznać, że co do zasady pozycje ujęte w formularzu ofertowym mogą być przedmiotem badania pod kątem rzetelności ich wyceny. Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp dopuszcza badanie nie tylko całkowitej ceny oferty, ale także jej istotnych części składowych, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W takiej sytuacji zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Niemniej, aby można było badać części składowe ceny oferty należy ustalić czy mają one charakter istotny. Istotną częścią składową ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu, należy wykazać, że jej zniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie roboty budowlanej polegającej na budowie pompowni głębinowej. Zgodnie z pkt 20 SWZ wykonawca miał podać tylko jedną cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, ustaloną na podstawie opisu przedmiotu zamówienia – w tym Kosztorysu/ów sporządzonych w oparciu o załączone do SWZ przedmiary robót. Kosztorysy miały być sporządzone w podziale na części składowe, odpowiadające pozycjom harmonogramu rzeczowo-finansowego. Natomiast wycena pozycji pn. Stawka za gotowość ruchową nie została przewidziana w przedmiarach, harmonogramie rzeczowo-finansowym czy w dokumencie pn. *Przyporządkowanie poszczególnych pozycji przedmiarów robót do określonych zadań częściowych w*

harmonogramie rzeczowo-finansowym (załącznik nr 3 do OPZ), w oparciu o które wykonawcy mieli sporządzić kosztorys.

Zamawiający wymagał wskazania w Formularzu Ofertowym ceny za dwie pozycje, tj. za budowę pompowni oraz za gotowość ruchową, zastrzegając, że maksymalna cena za gotowość ruchową nie może być wyższa niż 1 000 zł netto za jedną dobę postoju, stosownie do pkt 2.7 OPZ. Zamawiający nie postawił natomiast żadnych dodatkowych wymagań, nie określił nawet w jaki sposób gotowość ruchowa ma być zapewniona. Izba ustaliła, że ROW-JAS zaoferował zrealizowanie zamówienia za łączną cenę 55.925.640,00 zł brutto, zaś stawkę za gotowość ruchową wycenił na kwotę 92 zł brutto, co stanowi 0,0001645 % ceny brutto jego oferty.

Zdaniem składu orzekającego, w niniejszym postępowaniu, udział procentowy wartości stawki za gotowość ruchową w odniesieniu do całkowitej ceny ROW-JAS nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia kalkulacji całkowitej ceny ofertowej, a zatem jej ewentualne zniżenie nie może skutkować wezwaniem do wyjaśnień, a w konsekwencji odrzuceniem oferty. Z tych względów Izba uznała, że Zamawiający nie był zobowiązany do wzywania ROW-JAS do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego jakoby Zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania ROW-JAS w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego.

Odwołujący podnosił, że złożone przez tego wykonawcę wraz z ofertą zobowiązanie Firmy A. Spółka Jawna do udostępnienia zasobów ROW-JAS na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.1.3 SWZ, nie spełnia wymagań dla tego rodzaju dokumentu określonych w art. 118 ust. 4 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 i 3 rozporządzenia, a zatem ROW-JAS nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.1.3 SWZ.

Odwołujący wskazywał, że przedstawiony dokument nie spełnia wymagań, zarówno co do formy, jak i treści. W ocenie Odwołującego ROW-JAS był zobowiązany do przedłożenia zobowiązania do udostępnienia zasobów podpisanego elektronicznym kwalifikowanym podpisem elektronicznym podmiotu udostępniającego zasoby (względnie poświadczonym za zgodność z oryginałem przez notariusza). Dodatkowo, sama treść zobowiązania nie potwierdza, że udostępnienie będzie miało charakter realny, a podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

Izba ustaliła, że ROW-JAS złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego Firmy A. Sp. j. do oddania zasobów w postaci *referencji polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie obiektów budowlanych, przemysłowych (...)*. Dokument został

złożony w formie skanu, razem z „paczką” dokumentów złożonych wraz z ofertą (takich jak: strona tytułowa, Formularz ofertowy, oświadczenia ROW-JAS), całość zostało podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez p. J. F., uprawnionego do samodzielnej reprezentacji wykonawcy ROW-JAS. Natomiast samo zobowiązanie podmiotu trzeciego Firmy A. Sp. j. zostało podpisane własnoręcznie przez p. J. A..

Zgodnie z art. 118 ust. 1-4 ustawy Pzp: 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. 2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. 3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, 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. 4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko, prezentowane w wyroku z dnia 19 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 835/20, KIO 843/20, zgodnie z którym w orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, iż zwłaszcza w przypadku robót budowlanych, ale też wyspecjalizowanych usług, zasób integralnie związany z określonym podmiotem (w szczególności jego doświadczenie) może być przekazany wyłącznie przez osobisty udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. Dopuszczono przy tym różne formy tego udziału, w zależności od specyfiki konkretnego zamówienia. Obecny wymóg zrealizowania części

zamówienia, z którym wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania przez podmiot trzeci tej części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników do bezpośredniej realizacji zamówienia (vide: Marzena Jaworska (w:) Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją r.pr. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH. Beck, Warszawa 2018, str. 186 195).

Dlatego też Izba uznała, że z treści zobowiązania, szczególnie z fragmentu *udostępnienie zdolności technicznej i zawodowej, tj. referencji* nie sposób wyczytać, czy i w jakim zakresie, podmiot trzeci będzie w ogóle uczestniczył w realizacji zamówienia, nie wiadomo jaki zakres prac zostanie mu podzlecony. Zobowiązanie więc nie spełnia wymogów nałożonych obowiązującymi przepisami prawa. Niemniej, w warunkach zaktualizowania się podstaw do odrzucenia oferty ROW-JAS, stosownie do art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający może odstąpić od czynności uzupełnienia, zatem zarzut w tym przedmiocie nie znalazł potwierdzenia. Powyższe naruszenie ze względu na brak wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu (art. 554 ust. 1 pkt ustawy Pzp).

Odnosząc się zaś do braku spełnienia wymagań co do formy zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby Izba uznała, że zostało złożone w prawidłowej formie.

Zgodnie z §7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452) w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty lub pełnomocnictwo, zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów, o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Stosownie do §7 ust. 3 ww. rozporządzenia poświadczania zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku: 1) podmiotowych środków dowodowych - odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub

podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które każdego z nich dotyczą; 2) przedmiotowego środka dowodowego, dokumentu, o którym mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, lub zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby - odpowiednio wykonawca lub wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia; 3) pełnomocnictwa - mocodawca.

Innymi słowy, w przypadku gdy zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby zostało sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej dokonuje w przypadku zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby odpowiednio wykonawca lub wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zatem, ROW-JAS, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie był zobowiązany do przedłożenia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym podmiotu udostępniającego zasoby.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o 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). W przedmiotowej sprawie rozpoznaniu podlegały cztery zasadnicze zarzuty: (1) zaniechanie czynności odrzucenia oferty ROW-JAS z uwagi na brak wyceny pozycji formularza ofertowego pn. Stawka za gotowość ruchową zł/dobę brutto (w przypadku postoju NIE z winy Wykonawcy - max 92 dni), (2) zaniechanie czynności odrzucenia oferty ROW-JAS z uwagi na brak wyceny pozycji nr 15, 122, 124, 151 i 152 Kosztorysu (wycena na poziomie 0,00 zł) oraz sporządzenie Kosztorysu w podziale na części składowe, które nie odpowiadają pozycjom HRF, (3) zaniechanie czynności wezwania ROW-JAS do wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny pozycji pn. Stawka za gotowość ruchową zł/dobę brutto (w przypadku postoju NIE z winy Wykonawcy - max 92 dni), (4) zaniechanie czynności wezwania ROW-JAS w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego. Mając na względzie fakt, że odwołanie zostało uwzględnione tylko w zakresie jednego spośród czterech wzmiankowanych zarzutów, Izba uznała za zasadne podzielenie kosztów postępowania odwoławczego w proporcji 1/4 i 3/4, a w konsekwencji zasądzeniu od Zamawiającego na rzecz Odwołującego

podlegała kwota 5 900 zł (5 000 zł - 1/4 wpisu od odwołania i 900 zł - 1/4 kosztów wynagrodzenia pełnomocnika).

Przewodniczący: