

WYROK

z dnia 4 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie: (1) J. R.

prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Budrem J. R. - lider, (2) Zakład Robót Górniczych Górrem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, (3) Karbon Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (4) Developer i Recykling Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera w Chorzowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie: (1) Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa - lider, (2) SME Equity Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera w Rudzie Śląskiej zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1483/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 122 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 6 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 w związku z § 15 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń,

jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (zarzut podniesiony w pkt 2.2. petitum odwołania) oraz uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut podniesiony w pkt 2.4. petitum odwołania) i nakazuje zamawiającemu: dokonanie ponownego badania i oceny ofert w tym wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, (2) SME Equity Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera w Rudzie Śląskiej do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby Prywatnego Przedsiębiorstwa „Budpromzachid” z siedzibą w Czerwonogrodzie innym podmiotem lub podmiotami albo samodzielnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie likwidacji szybu, określonego w pkt 8.1.2.a) tiret pierwszy specyfikacji warunków zamówienia oraz nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, (2) SME Equity Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera w Rudzie Śląskiej do uzupełnienia wykazu robót budowlanych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie likwidacji szybu, określonego w pkt 8.1.2.a) tiret pierwszy specyfikacji warunków zamówienia, odpowiednio do sposobu wykazania spełnienia warunku.

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. kosztami postępowania obciąża w części 1/2 odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie (1) J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Budrem J. R., (2) Zakład Robót Górniczych Górrem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, (3) Karbon Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (4) Developer i Recykling Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz w części 1/2 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wnoszących sprzeciw: (1) Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, (2) SME Equity Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę wnoszącego sprzeciw tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od wykonawcy wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę 6 800 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą 1/2 kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz od odwołującego na rzecz wykonawcy wnoszącego sprzeciw kwotę

1 800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem 1/2 wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1483/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedziba w Bytomiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Likwidacja szybu „Południowy” wraz z wyposażeniem oraz obiektów powierzchniowych wraz z wykonaniem płyty zamykającej zlikwidowany szyb Etap I, Etap II, Etap III”, numer referencyjny: ZP-MW-0002/22-1 zwane dalej „Postępowaniem”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00144263/01 z 4 maja 2022 roku. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) zwanej dalej „Ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 2 czerwca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione

odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BUDREM J. R. ul. Katowicka 154, 41-500 Chorzów (2) Zakład Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. Sp.k. ul. Ks. Ludwika Tunkla 120, 41-707 Ruda Śląska (3) Karbon Sp. z o.o. ul. Obroki 77, 40-833 Katowice (4) Developer i Recykling Sp. z o.o. ul. Młodego Górnika 2D, 41-808 Zabrze, zwanych dalej „Odwołującym” od czynności Zamawiającego polegających na zaproszeniu do aukcji elektronicznej w Postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej („Recycling Logo”), SME Equity Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej („SME Equity”) zwanych dalej „Konsorcjum Logo”.

Powyższej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3) i 4) Pzp w zw. z art. 63 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp w

zw. z art. 99 § 1 oraz art. 104 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Logo, w sytuacji, w której w momencie podpisania i złożenia oferty p. J. K. był umocowany do działania wyłącznie w imieniu Recycling Logo, a nie SME Equity, a zatem nie mógł złożyć oferty w imieniu Konsorcjum Logo, zaś czynność złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bez umocowania jest bezwzględnie nieważna,

2. art. 122 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z § 6 ust. 2 Rozporządzenia ws. dokumentów elektronicznych w zw. z § 15 Rozporządzenia ws. podmiotowych

środków dowodowych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania

Konsorcjum Logo do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby - Budpromzachid, pomimo że podmiot ten w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia z dnia 20 maja 2022 roku nie przedłożył oświadczeń o braku podstaw wykluczenia oraz spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu w wymaganej formie, tj. nie przedłożył wskazanych oświadczeń podpisanych przez osobę umocowaną do jego reprezentowania podpisem kwalifikowanym, zaufanym lub osobistym,

3. art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 1) i 4) Pzp w zw. z art. 113 Pzp w zw. z art. 118 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z § 6 ust. 2 Rozporządzenia ws. dokumentów elektronicznych w zw. z § 15 Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Konsorcjum Logo do uzupełnienia zobowiązania Budpromzachid do udostępnienia zasobów, a także do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że Budpromzachid jest wpisany do rejestru zawodowego lub handlowego prowadzonego w kraju, w którym ma siedzibę, pomimo że przedłożone dla Budpromzachid w tym zakresie dokumenty są wadliwe zarówno pod względem formy (nie zostały podpisane przez osobę umocowaną do reprezentowania Budpromzachid podpisem kwalifikowanym, zaufanym lub osobistym), jak i pod względem treści (zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie określa jakie zasoby mają być udostępnione Konsorcjum Logo oraz nie zapewnia realnej możliwości skorzystania z nich w toku realizacji zamówienia, zaś Wyciąg z Jednolitego Państwowego Rejestru Osób Prawnych został wydany wcześniej niż na 6 miesięcy przed jego złożeniem w Postępowaniu),

4. art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez

jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Konsorcjum Logo do uzupełnienia wykazu robót, pomimo że przedłożony wykaz robót nie potwierdza spełniania przez Konsorcjum Logo warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 8.1.2 a) tiret pierwszy SWZ, tj. warunku odnoszącego się do posiadania doświadczenia

w likwidacji szybu polegającej na wyzbrojeniu wyposażenia szybu oraz zasypaniu materiałem zasypowym rury szybowej o wartości minimum 3 000 000,00 zł brutto.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także

dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji

elektronicznej z dnia 31 maja 2022 roku,

4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu i odrzucenie oferty Konsorcjum Logo, ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu i wezwanie Konsorcjum Logo do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby Budpromzachid oraz do uzupełnienia wykazu robót potwierdzającego spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym

mowa w Rozdziale 8.1.2 a) tiret pierwszy SWZ,

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu i wezwanie Konsorcjum Logo do uzupełnienia zobowiązania Budpromzachid do udostępnienia zasobów oraz do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że Budpromzachid jest

wpisany do rejestru zawodowego lub handlowego prowadzonego w kraju, w

którym ma siedzibę,

ewentualnie, w przypadku gdyby aukcja elektroniczna w Postępowaniu odbyła się przed rozpoznaniem niniejszego odwołania:

nakazanie Zamawiającemu unieważnienia aukcji elektronicznej i podjęcie czynności wymienionych w niniejszym punkcie,

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały wobec niego przesłanki określone w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Pzp, interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Konsorcjum Logo zostało bezzasadnie zaproszone do udziału w aukcji elektronicznej w toku

Postępowania, podczas gdy złożona przez nie oferta jest nieważna, względnie Konsorcjum Logo nie wykazało spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Gdyby nie naruszenia Zamawiającego wskazane w niniejszym odwołaniu, oferta Odwołującego miałaby zwiększone szanse na wybór jako najkorzystniejsza w Postępowaniu po przeprowadzonej aukcji elektronicznej, a tym samym Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie i osiągnąć zakładany zysk z jego realizacji.

W związku z powyższym, Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia objętego Postępowaniem i może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny. Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem pozostaje likwidacja szybu „Południowy” wraz z wyposażeniem oraz obiektów powierzchniowych wraz z wykonaniem płyty zamykającej zlikwidowany szyb Etap I, Etap II, Etap III. W Postępowaniu złożone zostały trzy oferty, w tym oferta Odwołującego oraz oferta Konsorcjum Logo. W Postępowaniu została przewidziana aukcja elektroniczna (rozdział 23 SWZ). Zgodnie z

zapisami SWZ Postępowania, odbędzie się ona „po dokonaniu badania złożonych ofert”, o ile zostaną złożone co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu (rozdział 23.1.1 SWZ).

Przed zakwalifikowaniem wykonawców do aukcji elektronicznej Zamawiający badał zatem złożone przez nich oferty. W szczególności, Zamawiający w dniu 20 maja 2022 roku wzywał wykonawców do uzupełnienia brakujących podmiotowych środków dowodowych, które powinny zostać złożone wraz z ofertą (w trybie art. 128 ust. 1 Pzp), a także do ich złożenia, w przypadku w którym były one wymagane na późniejszym etapie Postępowania (w trybie art. 274 ust. 2 Pzp).

W dniu 31 maja 2022 roku Zamawiający zaprosił wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, w tym zaprosił do aukcji elektronicznej Konsorcjum Logo. Innymi słowy, Zamawiający zbadał ofertę Konsorcjum Logo i nie dopatrył się w niej wad powodujących brak możliwości zaproszenia Konsorcjum Logo do aukcji elektronicznej.

Tymczasem, w ocenie Odwołującego Konsorcjum Logo nie powinno zostać zaproszone do aukcji elektronicznej z poniższych powodów.

1. Zarzut dotyczący pełnomocnictwa (zarzut 2.1 odwołania)

Oferta złożona przez Konsorcjum Logo w Postępowaniu została podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez p. J. K. - prokurenta samoistnego Recycling Logo.

Jednocześnie, do oferty zostało załączone pełnomocnictwo konsorcjalne od SME Equity dla Recycling Logo, upoważniające Recycling Logo między innymi do złożenia oferty w Postępowaniu. Pełnomocnictwo to zostało jednak złożone w niewłaściwej formie, bowiem cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa sporządzonego w formie pisemnej dokonał nie sam mocodawca (SME Equity), a p. J. K. (pełnomocnik).

W świetle powyższego Zamawiający w dniu 20 maja 2022 roku wezwał Konsorcjum Logo do uzupełnienia pełnomocnictwa podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez mocodawcę lub notariusza.

W odpowiedzi na wskazane wezwanie Konsorcjum Logo przedłożyło pełnomocnictwo z dnia 30 maja 2022 roku, podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez p. M. L., należycie umocowanego do reprezentacji SME Equity. W pełnomocnictwie zawarta została klauzula potwierdzająca wszystkie dokonane dotychczas przez Recycling Logo oraz przez p. J. K. czynności.

Tak uzupełnione pełnomocnictwo należy jednak uznać za nieprawidłowe. Nie ulega bowiem wątpliwości, że p. J. K. podpisując ofertę w imieniu Konsorcjum Logo miał umocowanie do działania wyłącznie w imieniu jednego z konsorcjantów (tj. Recycling Logo, a nie SME Energy). Zgodnie zaś z art. 104 Kodeksu cywilnego jednostronna czynność prawna (tu: oferta) dokonana w cudzym imieniu bez umocowania (tu: w imieniu SME Energy) lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.

Bez znaczenia pozostaje przy tym zawarte we wskazanym przepisie zastrzeżenie, zgodnie z którym odbiorca oświadczenia woli mógłby zgodzić się na działanie bez umocowania. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dawałoby ono bowiem arbitralne uprawnienie zamawiającym, którzy w przypadku otrzymania oferty złożonej bez umocowania mogliby wręcz dowolnie wybierać, w których przypadkach godzą się na takie działanie, a w których nie. Biorąc pod uwagę, że decyzje te podejmowane byłyby przy pełnej znajomości zarówno tożsamości wykonawców, jak i treści złożonych przez nich ofert, byłyby one nie do pogodzenia z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Stanowisko o braku możliwości akceptacji pełnomocnictwa sporządzonego po upływie terminu składania ofert znajduje poparcie także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tytułem przykładu warto wskazać, że Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że pełnomocnictwo może być udzielone po dokonaniu czynności, w tym wypadku po dacie składania ofert. Skoro wykonawca działa przez pełnomocnika, to w dacie składania oferty, dla uznania skuteczności jej złożenia, tj. złożenia oświadczenia woli zawarcia umowy, co wynika z art. 66 § 1 k.c., który stanowi, iż oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy, osoba składająca ofertę w imieniu wykonawcy musi mieć skutecznie udzielone, tj. w tym przypadku w formie

przewidzianej dla złożenia oferty określonej w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, umocowanie do działania w imieniu wykonawcy. Skoro dla skuteczności złożenia oferty i udzielenia pełnomocnictwa do jej złożenia wymagana jest szczególna forma, to nie jest możliwe potwierdzenie dokonania tej czynności za sprawą pełnomocnictwa sporządzonego w późniejszej dacie. W myśl ww. przepisów Wykonawca na dzień składania ofert winien umocować pełnomocnika w prawem przewidziany sposób, bowiem niedochowanie wymogów w tym zakresie skutkuje nieważnością czynności". (wyrok KIO z 24 września 2019 roku, sygn. 1761/19).

Z powyższych względów należy uznać, że oferta złożona przez Konsorcjum Logo w Postępowaniu jest nieważna.

2. Zarzuty dotyczące podmiotowych środków dowodowych Budpromzachid - konieczność zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby (zarzut 2.2 odwołania)

Nawet gdyby uznać, że oferta Konsorcjum Logo złożona w Postępowaniu jest ważna, to i tak decyzja o zakwalifikowaniu tego wykonawcy do aukcji elektronicznej jest nieprawidłowa.

W tym kontekście należy wskazać, że Konsorcjum Logo w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu polegało na zasobach dwóch podmiotów trzecich: Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Górniczego „ROW-JAS” Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju („Row-Jas”) oraz Prywatnego Przedsiębiorstwa „Budpromzachid” z siedzibą w Czerwonogradzie, Ukraina („Budpromzachid”).

Wobec powyższego, Konsorcjum Logo było zobowiązane wraz z ofertą złożyć dla tych podmiotów następujące podmiotowe środki dowodowe:

- 1) oświadczenie o braku podstaw wykluczenia oraz spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu (załącznik nr 2 do formularza ofertowego) - zob. rozdział 9.1 pkt 2)

SWZ,

- 2) zobowiązanie do udostępnienia zasobów (załącznik nr 3 do formularza ofertowego) - zob. rozdział 9.1. pkt 3) SWZ,
- 3) oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z Postępowania (załącznik nr 8 do formularza ofertowego) - zob. rozdział 9.1. pkt 8) SWZ.

Konsorcjum Logo wprawdzie przedłożyło dla Budpromzachid wszystkie oświadczenia, o których mowa powyżej, ale zrobiło to w nieprawidłowej formie. Konkretnie, zarówno oświadczenia w języku ukraińskim, jak i tłumaczenie przysięgłe na język polski zostały sporządzone w formie pisemnej. Ich cyfrowego odwzorowania dokonał zaś niemający do tego upoważnienia prokurent Recycling Logo - p. J. K.

W świetle powyższego Zamawiający w dniu 20 maja 2022 roku wezwał Konsorcjum Logo do uzupełnienia oświadczenia Budpromzachid stanowiącego załącznik nr 2 do formularza ofertowego (zob. pkt 2) wezwania) oraz oświadczenia Budpromzachid stanowiącego załącznik nr 8 do formularza ofertowego (zob. pkt 3) wezwania). Z niewiadomych względów Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Logo do uzupełnienia zobowiązania Budpromzachid do udostępnienia zasobów (tj. załącznika nr 3 do formularza ofertowego). W treści wezwania zostało wskazane wprost, że podpis elektroniczny pod uzupełnianymi oświadczeniami powinien zostać złożony przez osobę umocowaną do reprezentacji podmiotu, którego dotyczy oświadczenie (tu: Budpromzachid) lub notariusza.

W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia Konsorcjum Logo przedłożyło cyfrowe odwzorowanie uprzednio już złożonego tłumaczenia przysięgłego załączników nr 2, 3 i 8

do formularza ofertowego, tym razem podpisane elektronicznie nie przez p. J. K.,

a przez p. R B. (p. Y. B.).

Tak uzupełnione oświadczenia (a właściwie ich tłumaczenia) należy jednak uznać za nieprawidłowe. Przede wszystkim bowiem podpis p. Y. B. pod złożonymi oświadczeniami (tłumaczeniami) nie ma charakteru kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Podpisu tego siłą rzeczy nie można uznać także za podpis zaufany ani za podpis osobisty, bowiem te wydawane są wyłącznie w polskim porządku prawnym, przez upoważnione ku temu organy (odpowiednio na podstawie ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz ustawy z dnia 6 sierpnia 2010 r. o dowodach osobistych). Zgodnie zaś z treścią wezwania kierowanego do Konsorcjum Logo, a także przede wszystkim zgodnie z § 6 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych, w postępowaniach dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych, cyfrowe odwzorowanie podmiotowych środków dowodowych winno zostać opatrzone podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym przez osobą umocowaną do reprezentowania podmiotu, którego dany podmiotowy środek dowodowy dotyczy.

Co za tym idzie, należy uznać, że mimo otrzymania wezwania do uzupełnienia oświadczeń o spełnianiu warunków udziału oraz braku podstaw wykluczenia przez Budpromzachid (załączniki nr 2 i 8 do formularza ofertowego), nie zostały one przedłożone w prawidłowej formie (tj. nie zostały podpisane przez osobę umocowaną do reprezentowania Budpromzachid którymkolwiek z rodzajów podpisów wymienionych w § 6 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych). W konsekwencji, Budpromzachid mimo przeprowadzonej procedury uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nie potwierdził braku podstaw do wykluczenia z Postępowania, a zatem zastosowanie winna znaleźć dyspozycja art. 122 Pzp, tj. Konsorcjum Logo winno zostać wezwane do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami albo, alternatywnie, wykazać, że samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

Zarzuty dotyczące podmiotowych środków dowodowych Budpromzachid - konieczność wezwania do uzupełnienia

Powyższy problem dotyczy nie tylko oświadczeń stanowiących załączniki nr 2 i nr 8 do formularza ofertowego, ale także dokumentów dotyczących Budpromzachid złożonych w Postępowaniu. Konkretnie, wadliwością co do formy dotknięte są także zobowiązanie Budpromzachid do udostępnienia zasobów (złożone wraz z ofertą; Zamawiający z niewiadomych przyczyn nie wezwał Konsorcjum Logo do jego uzupełnienia), a także wszystkie dokumenty złożone przez Konsorcjum Logo w celu wykazania, że Budpromzachid jest wpisany do rejestru zawodowego lub handlowego prowadzonego w kraju, w którym ma siedzibę (podmiotowy środek dowodowy żądany wezwaniem z dnia 20 maja 2022 roku). Jednocześnie, wskazane podmiotowe środki dowodowe są wadliwe nie tylko pod względem formy, ale ich treści.

I tak, w odniesieniu do dokumentów złożonych przez Konsorcjum Logo w celu wykazania, że Budpromzachid jest wpisany do rejestru zawodowego lub handlowego prowadzonego w kraju, w którym ma siedzibę (tj. w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 8.1.1 SWZ) należy zwrócić uwagę na wyciąg z Jednolitego Państwowego Rejestru Osób Prawnych, Osób Fizycznych-Przedsiębiorców oraz Organizacji Obywatelskich. Zgodnie z treścią wskazanego dokumentu, został on sporządzony w dniu 7 lipca 2021 roku. Tymczasem, Zamawiający wymagał złożenia dokumentu wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem, tj. wskazany wyciąg mógłby być złożony najpóźniej 7 stycznia 2022 roku. Oznacza to, że Konsorcjum Logo powinno zostać wezwane do uzupełnienia wskazanego podmiotowego środka dowodowego dla Budpromzachid.

Z kolei w odniesieniu do zobowiązania Budpromzachid do udostępnienia zasobów

należy zwrócić uwagę, że zarówno zobowiązanie załączone przez Konsorcjum Logo do oferty, jak i to złożone z własnej inicjatywy w dniu 25 maja 2022 roku są identyczne w swojej treści. Każdorazowo jest to przy tym treść niespełniająca wymagań art. 118 ust. 3 i 4 Pzp, a także rozdziału 9.1 pkt 3) ppkt 1) SWZ.

Zgodnie ze wskazanymi zapisami, zobowiązanie podmiotu trzeciego winno określać

bowiem:

1. zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby - w zobowiązaniu określono wyłącznie, że udostępnieniu podlega „wiedza

i doświadczenie”, bez jakiegokolwiek określenia konkretnych zasobów mających podlegać udostępnieniu,

2. sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia - w zobowiązaniu wskazano wyłącznie, że Budpromzachid będzie świadczyć „usługi o charakterze doradczym zgodnie ze swoją wiedzą i doświadczeniem”, co oznacza, że nie będzie bezpośrednio realizować zamówienia objętego Postępowaniem,

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 - wprawdzie Budpromzachid oświadczył, że zrealizuje roboty budowlane, jednak stoi to w sprzeczności z oświadczeniem, o którym mowa powyżej.

Co więcej, objęte Postępowaniem roboty budowlane mają charakter specjalistyczny, zaś Budpromzachid ani obecnie nie dysponuje personelem, który mógłby zapewnić ich wykonanie (w Ukrainie toczy się wojna oraz ogłoszona została powszechna mobilizacja do wojska, co powoduje, że faktyczny wyjazd z Ukrainy jest istotnie ograniczony, a w wielu sytuacjach niedopuszczalny. Ponadto pracownicy Budpromzachid nie posiadają stosownych, uznanych w Polsce uprawnień, które są wymagane celem wykonywania pracy na terenie zakładu Zamawiającego), ani nie ma możliwości zatrudnienia go w Polsce (Zamawiający wymaga, aby wykonawca realizujący zamówienie zatrudniał pracowników na podstawie umowy o pracę - w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia. Budpromzachid nie posiada zaś numeru NIP ani REGON, nie jest pracodawcą w rozumieniu prawa polskiego, w związku z czym spełnienie takiego obowiązku jest niemożliwe).

Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, że przedłożone zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez Budpromzachid ma charakter blankietowy i z całą pewnością nie dowodzi tego, że Konsorcjum Logo będzie mogło realnie dysponować użytymi mu zasobami w toku realizacji zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie.

Zarzuty dotyczące braku spełniania warunków udziału w Postępowaniu - konieczność wezwania do uzupełnienia

Wreszcie, należy wskazać, że w dniu 20 maja 2022 roku Zamawiający działając w trybie art. 274 ust. 2 Pzp wezwał Konsorcjum Logo do przedłożenia m.in. wykazu robót budowlanych, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ. Złożony wykaz robót winien potwierdzać, że Konsorcjum Logo spełnia warunki udziału w Postępowaniu, w tym w szczególności warunek określony

w Rozdziale 8.1.2 a) tiret pierwszy SWZ tj. posiadanie doświadczenia w likwidacji szybu polegającej na wyzbrojeniu wyposażenia szybu oraz zasypaniu materiałem zasypowym rury szybowej o wartości minimum 3 000 000,00 zł brutto. Innymi słowy, Zamawiający wymagał, aby doświadczenie spełniało warunek łączny w ramach umowy polegający na wyzbrojeniu wyposażenia szybu (czy demontażu konstrukcji i urządzeń zabudowanych w szybie) oraz zasypaniu szybu materiałem zasypowym.

W oparciu o przedłożony przez Konsorcjum Logo wykaz robót należy dojść do wniosku, że wykonawca ten nie wykazał spełniania przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu. I tak, analizując poszczególne pozycje wykazu robót należy kolejno stwierdzić, że:

roboty budowlane opisane w pozycjach nr 2 oraz nr 3 wykazu robót w ogóle nie dotyczą doświadczenia w likwidacji szybu, lecz służą wykazaniu spełnienia pozostałych warunków udziału w Postępowaniu.

Spśród robót budowlanych opisanych w pozycjach nr 1 oraz 4.1 - 4.5 wykazu robót, mających potwierdzać spełnianie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego likwidacji

szybu:

- w ramach robót budowlanych opisanych w pozycjach nr 1 (zrealizowanej przez Row-Jas) oraz w pozycjach nr 4.1, nr 4.4 oraz nr 4.5 (zrealizowanych przez

Budpromzachid) wykazu robót, w ogóle nie doszło do prac polegających na likwidacji (demontażu) wyposażenia szybu oraz jego zasypyaniu,

- w ramach robót budowlanych opisanych w pozycjach nr 4.2 oraz nr 4.3

(zrealizowanych przez Budpromzachid) wykazu robót, co prawda zostały zrealizowane prace związane z likwidacją szybu, ale łączna wartość tych prac jest niższa niż wymagane przez Zamawiającego 3 000 000,00 zł brutto.

Stosowne dowody w tym zakresie (tj. w szczególności wyciągi z umów na realizację prac przez Budpromzachid wraz z tłumaczeniami na język polski) zostaną przedłożone przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego.

W każdym wypadku należy stwierdzić, że Konsorcjum Logo nie wykazało spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale 8.1.2 a) tiret pierwszy SWZ tj. posiadania doświadczenia w likwidacji szybu polegającej na wyzbrojeniu wyposażenia szybu oraz zasypyaniu materiałem zasypowym rury szybowej o wartości minimum 3 000 000,00 zł brutto, a zatem winno zostać wezwane do uzupełnienia wykazu robót w tym zakresie.

W dniu 7 czerwca 2022 roku do postępowania odwoławczego wnieśli przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. oraz SME Equity Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Rudzie Śląskiej (dalej jako Przystępujący”) wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z 10 czerwca 2022 roku zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w którym uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

Pismem z 17 czerwca 2022 roku Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odwołujący 29 czerwca 2022 roku złożył pismo procesowe wraz z dowodami, tj. kopiami umów wraz z tłumaczeniem dla robót wykazanych przez Przystępującego w Wykazie Wykonanych Robót Budowlanych (zał. Nr 4 do SWZ) dla poz. 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, oświadczeń i stanowisk złożonych pismem i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

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

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, w treści SWZ ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 8.1.2.a) o następującej treści:

8.1.2. Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej

jeżeli wykonawca wykaże się:

a. należyłym wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ramach jednej lub kilku umów polegających na:

- likwidacji szybu polegającej na: wyzbrojeniu wyposażenia szybu oraz zasypaniu materiałem zasypowym rury szybowej wraz z dowodami dotyczącymi realizacji najważniejszych robót określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujący, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone o wartości minimum 3 000 000,00 zł brutto.

Zgodnie z pkt 9.1 SWZ Wykonawca składa wraz z ofertą:

1) (...)

2) oświadczenie podmiotu udostępniającego o braku podstaw do wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby, jeżeli wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów w odniesieniu do tych podmiotów; stanowiące załącznik nr 2 do „Formularza Ofertowego”

3) zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów stanowiące załącznik nr 3 do „Formularza Ofertowego”. Zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów - jeżeli Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu o których mowa w pkt 8.1.2 polega na zdolnościach innych podmiotów, z którego będzie wynikać:

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.

4) Oświadczenie Podwykonawcy o braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu - wzór Załącznik nr 8 do Formularza Ofertowego.

Zgodnie z pkt 10 SWZ, Zamawiający wskazał:

(...)

10.3. W przypadku, gdy Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia

Podwykonawcom Zamawiający żąda złożenia przez Wykonawcę wraz z ofertą Oświadczenia Podwykonawcy o braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu - wzór Załącznik nr 8 do Formularza Ofertowego. Zamawiający żąda także wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć Podwykonawcom, oraz podania nazw Podwykonawców, o ile są znane na etapie składania ofert - wzór Załącznik nr 7 do Formularza Ofertowego. (Jeżeli Wykonawca nie dołączy ww. dokumentów Zamawiający uzna, że Wykonawca na dzień składania oferty nie zamierza powierzyć wykonania części zamówienia Podwykonawcom).

10.4. Jeżeli powierzenie Podwykonawcy wykonania części zamówienia następuje w trakcie

jego realizacji, Wykonawca składa oświadczenie Podwykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu dotyczące Podwykonawcy, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy przed przystąpieniem Podwykonawcy do realizacji zamówienia - wzór Załącznik Nr 8

do Formularza Ofertowego.

10.5. W przypadkach, o którym mowa w ust 10.3 i 10.4 powyżej, jeżeli wobec Podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby Wykonawca, w terminie określonym przez Zamawiającego, zastąpił tego Podwykonawcę innym, pod rygorem niedopuszczenia Podwykonawcy do realizacji części zamówienia

Przystępujący załączył do oferty m.in. cyfrowe odwzorowanie pisemnie udzielonego pełnomocnictwa z 18 maja 2022 r. na mocy którego, Pan M. L. - prezes zarządu SME Equity Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej udzielił liderowi konsorcjum Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. w imieniu której działają: M. P. - prezes zarządu i J. K. - prokurent pełnomocnictwa, m.in. do złożenia w imieniu konsorcjum wspólnej oferty na realizację powyższego zamówienia. Cyfrowe odwzorowanie pełnomocnictwa zostało poświadczona za zgodność z oryginałem przez Pana J. K. i opatrzone podpisem kwalifikowanym.

Przystępujący załączył do oferty cyfrowe odwzorowanie wraz z tłumaczeniem na język polski, pisemnie złożonych oświadczeń, tj.: Oświadczenie podmiotu udostępniającego swoje zasoby o braku podstaw wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 2 do „Formularza Ofertowego”), Zobowiązanie podmiotu trzeciego (Prywatnego Przedsiębiorstwa „Budpromzachid” dalej jako „PP Budpromzachid”) do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów (Załącznik nr 3 do „Formularza Ofertowego”) oraz oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu (Załącznik nr 8 do „Formularza Ofertowego”). Cyfrowe odwzorowanie oświadczeń zostało opatrzone podpisem elektronicznym, złożonym przez Pana J. K.

Zamawiający, na podstawie z art. 128 ust. 1 Pzp wezwał Przystępującego pismem z 20 maja 2022 roku do uzupełnienia oferty o:

1. pełnomocnictwo, z którego będzie wynikać, że Pan J. K. został umocowany do działania w imieniu wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, tj. że na dzień dokonania czynności (podpisania oferty) Pan J. K. był do tego upoważniony. Pełnomocnictwo winno być podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana M. L. (jako mocodawcę) lub notariusza,
2. Oświadczenie podmiotów udostępniających swoje zasoby tj. Prywatne Przedsiębiorstwo Budpromzachid stanowiące załącznik nr 2 do „Formularza Ofertowego”, podpisane przez upoważnionych przedstawicieli wykonawcy Prywatne Przedsiębiorstwo Budpromzachid,
3. Dokument potwierdzający, że wykonawca pod nazwą Prywatne Przedsiębiorstwo Budpromzachid jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, prowadzonych w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem wraz z jego tłumaczeniem na język polski,
4. Oświadczenie podwykonawcy o braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu stanowiące załącznik nr 8 do „Formularza Ofertowego”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący złożył:

- pełnomocnictwo udzielone przez Pana M. L. (podpisane kwalifikowalnym podpisem

elektronicznym w dniu 30.05.2022) działającego w imieniu SME Equity Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej liderowi konsorcjum Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej oraz Panu J. K. m.in. do złożenia i podpisania oferty oraz wszelkich dokumentów i oświadczeń niezbędnych do skutecznego złożenia oferty oraz prowadzenia i zakończenia ww. postępowania. W treści pełnomocnictwa zawarta jest treść: Jednocześnie oświadczam, iż potwierdzam wszelkie czynności dokonane dotychczas przez Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. oraz J. K. w toku wskazanego wyżej postępowania, w tym złożenie oferty wraz z wymaganymi dokumentami w dniu 19.05.2022 r., wskazując, że Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. oraz J. K. są umocowani do działania w imieniu SME Equity Sp. z o.o. w tym zakresie od dnia 18 maja 2022 r.

- cyfrowe odwzorowanie pisemnie złożonych oświadczeń na załącznikach nr 2, 3 i 8 do

Formularza ofertowego, poświadczony za zgodność z oryginałem przez notariusza, wraz z ich Poświadczonym Tłumaczeniem z Języka Ukraińskiego poświadczonym za zgodność z oryginałem przez notariusza, oraz cyfrowe odwzorowanie tłumaczenie ww. oświadczeń, opatrzone podpisem elektronicznym przez Y. B. (R. B.) który nie jest podpisem kwalifikowanym, zaufanym ani osobistym,

- cyfrowe odwzorowanie Wyciągu z Jednolitego Państwowego Rejestru Osób Prawnych,

Osób Fizycznych - Przedsiębiorców oraz Organizacji Obywatelskich sporządzonego 07 lipca 2021 r. o godz. 13:37:17 opatrzoną podpisem elektronicznym przez Y. B. (R. B.) który nie jest podpisem kwalifikowanym, zaufanym ani osobistym wraz z tłumaczeniem na język polski przez tłumacza przysięgłego, opatrzoną podpisem elektronicznym przez Y. B. (R. B.) który nie jest podpisem kwalifikowanym, zaufanym ani osobistym.

W dniu 03 czerwca 2022 r. Zamawiający unieważnił czynność zaproszenia do aukcji elektronicznej.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż zarzuty podniesione w pkt 2.2 oraz 2.4 petitum odwołania zasługują na uwzględnienie, natomiast Izba nie uwzględniła zarzutów podniesionych w pozostałym zakresie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutów uwzględnionych, tj. do zarzutów dotyczących naruszenia art. 122 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 6 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 w związku z § 15 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (zarzut podniesiony w pkt 2.2. petitum odwołania) oraz zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut podniesiony w pkt 2.4. petitum odwołania) wskazując na ich zasadność.

W przedmiotowym postępowaniu, Przystępujący zaoferował realizację przedmiotu zamówienia przy udziale podwykonawcy - podmiotu trzeciego, na zdolności którego

Przystępujący powołał się w odniesieniu do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. podmiotu Prywatne Przedsiębiorstwo Budpromzachid z siedzibą Czarnogradzie (Ukraina).

Zgodnie z zapisami SWZ podmiot udostępniający zasoby zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz o spełnieniu odpowiednio warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby (załącznik nr 2 do Formularza Ofertowego) oraz jako podwykonawca zobowiązany

był do złożenia oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z postępowania (Załącznik nr 8 do Formularza Ofertowego) w formie określonej w SWZ.

Oświadczenia na Załącznikach 2 i 8 tj. oświadczenia składane na podstawie art. 125 ust. 1 Pzp nie stanowią podmiotowych środków dowodowych w rozumieniu art. 7 pkt 17 Pzp.

Zgodnie z art. 63 ust. 2 Pzp oświadczenie o którym mowa w art. 125 ust. 1 składa się pod rygorem nieważności w formie elektronicznej lub postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub osobistym.

Cyfrowe odzwierciedlenie oświadczeń złożonych przez PP Budpromzachid, poświadczony zostało przez Pana Y. B. (R. B.) opatrzone podpisem elektronicznym zgodnym z prawem ukraińskim (co zostało potwierdzone na rozprawie), który nie jest ani

podpisem kwalifikowanym (co wykazał Odwołujący) ani zaufanym ani osobistym (co również zostało potwierdzone na rozprawie). Powyższe oświadczenia nie zostały zatem złożone w wymaganej formie, zastrzeżonej pod rygorem nieważności.

Dodać należy, że załączone cyfrowe odwzorowanie powyższych oświadczeń poświadczonych za zgodność z oryginałem przez notariusza nie ma znaczenia dla zachowania poprawności formy w jakiej te oświadczenia winny być złożone. Zgodnie z par. 6 ust. 4 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) poświadczona zgodności z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, może dokonać również notariusz. Jednakże dotyczy to wyłącznie dokumentów sporządzonych w postaci papierowej, o których mowa w ust. 2, a przedmiotowe oświadczenia, nie należą do dokumentów objętych dyspozycją ust. 2.

Zauważenia wymaga, że formę tych oświadczeń, pod rygorem nieważności, określa bezwzględnie obowiązujący przepis ustawy (art. 63 ust. 2 ustawy Pzp), więc już sam ten fakt powoduje, że nieuprawnione byłoby wywodzenie z przepisów niższego rzędu możliwości złożenia go w innej formie. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. o sygn. akt: KIO 2996/21.

Wobec powyższego, zarzut Odwołującego dotyczący nieprzedłożenia w wymaganej formie oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia oraz spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy uznać za potwierdzony. Przystępujący nie potwierdził braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu a zatem Zamawiający winien zastosować procedurę określoną w art. 122 Pzp.

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

Za zasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut podniesiony w pkt 2.4. petitum odwołania), który Izba rozpoznała łącznie z powyższym zarzutem.

W ocenie Izby, z treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej określonego w pkt 8.1.2.a) tired pierwszy SWZ, wynika jednoznacznie, iż wykonawca winien wykazać się doświadczeniem w likwidacji szybu nabytym w ramach jednej roboty, w ramach której należało wykonać wyzbrojenie wyposażenia szybu oraz zasypaniu materiałem zasypowym rury szybowej.

Dopuszczenie się wykazaniem wieloma umowami nie odnosiło się do zakresu wykonanych robót, (w ramach likwidacji szyby), lecz do wartości tych robót objętej warunkiem udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje, że jeżeli w ocenie Przystępującego, ustanowiony w treści SWZ warunek udziału w postępowaniu wymagający wykazania się doświadczeniem łącznym w wyzbrojeniu i zasypaniu szybu był nadmierny i niczym nie uzasadniony, ponieważ na rynku funkcjonują podmioty wyspecjalizowane w wyzbrojeniu wyposażenia szybu oraz odrębnie w zasypaniu materiałem zasypowym rury szybowej, winien w tym zakresie wystąpić do Zamawiającego

z zapytaniem do treści SWZ lub skorzystać z przysługującego mu prawa do wniesienia środków ochrony prawnej. Na obecnym etapie postępowania nie ma możliwości zmiany treści warunku udziału w postępowania, a obowiązkiem Zamawiającego jest ocena wykonawców, zgodnie literalną treścią warunku udziału w postępowaniu.

Powyższy warunek udziału miał zostać wykazany poprzez poleganie na zasobach podmiotu trzeciego, m.in. PP Budpromzachid z siedzibą Czarnogradzie (Ukraina).

Przystępujący załączył wykaz robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

W ocenie Izby, żadna z robót wskazanych przez Przystępującego nie potwierdziła doświadczenia w likwidacji szybu, który obejmował łącznie wyzbrojenie i zasypanie szybu materiałem zasypowym. Złożone przed Odwołującego dowody w postaci umów dla przywołanych w wykazie robót, również nie potwierdzają, że wykonawca PP Budpromzachid

może się legitymować doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego.

Wobec powyższego zaistniała przesłanka określona w art. 128 ust. 1 Pzp do wezwania Przystępującego do złożenia wykazu robót budowlanych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych. Zgodnie bowiem z art. 128 ust. 1 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Jednakże, nie można pominąć okoliczności, iż spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu polegało na udostępnieniu zasobów podmiotu trzeciego, który nie wykazał jego spełnienia, co skutkuje koniecznością wezwania Przystępującego do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami albo samodzielnego spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego.

W świetle powyższego, rozpoznając powyższy zarzut również w kontekście zarzutu 2.2 petitum odwołania, Izba doszła do przekonania, o konieczności zastosowania procedury określonej w art. 122 Pzp oraz wezwania Przystępującego do złożenia wykazu wykonanych robót budowlanych stosownie do sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu podniesionego w pkt 2.3. petitum odwołania, tj naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 1) i 4) Pzp w zw. z art. 113 Pzp w zw. z art. 118

ust. 3 i 4 Pzp w zw. z § 6 ust. 2 Rozporządzenia ws. dokumentów elektronicznych w zw. z § 15 Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Konsorcjum Logo do uzupełnienia zobowiązania PP Budpromzachid do udostępnienia zasobów, a także do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że PP Budpromzachid jest wpisany do rejestru zawodowego lub handlowego prowadzonego w kraju, w którym ma siedzibę, pomimo że przedłożone dla PP Budpromzachid, Izba podzieliła argumentację Odwołującego odnośnie treści zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Treść złożonego zobowiązania nie spełnia wymogów określonych w SWZ. Brak jest odniesienia do konkretnych zasobów mających podlegać udostępnieniu, ponadto wykonawca PP Budpromzachid wyraźnie wskazał, że będzie świadczył usługi o charakterze doradczym zgodnie ze swoją wiedzą i doświadczeniem, co wyraźnie stoi w sprzeczności z zakresem, który winien realizować w ramach robót budowlanych realizowanych w odniesieniu

do udostępnianych zdolności technicznych i zawodowych. Zobowiązanie nie dowodzi również realności dysponowania przez Przystępującego użyczonymi przez PP Budpromzachid zasobami do realizacji zamówienia. Treść załączonego zobowiązania nie potwierdza,

że Przystępujący ma zagwarantowany rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego, w granicach określonych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Wykonawca udostępniający zasoby zobowiązał się do udostępnienia doświadczenia wyłącznie poprzez usługi o charakterze doradczym, a nie jest to zakres, którego Zamawiający wymagał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba za niezasadną uznała argumentację Przystępującego dotyczącą załączonego Memorandum o wzajemnym porozumieniu i współpracy, z którego ma wynikać sposób, w jaki PP Budpromzachid będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Przywołane Memorandum nie odnosi się do przedmiotowego postępowania, ponadto

nie zostało zawarte między Przystępującym i PP Budpromzachid.

Wskazać należy, iż zgodnie z treścią art. 118 ust. 2 ustawy Pzp 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.

Wymóg ten oznacza, że podmioty udostępniające zasoby muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy, wykonując usługi, roboty budowlane do realizacji których zdolności były wymagane i określone przez Zamawiającego. Udział podmiotu trzeciego polegający np. wyłącznie na prowadzeniu działalności o charakterze doradczym lub nadzorującym, nie gwarantuje, że Wykonawcy zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia. Liczy się zatem tylko rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia w zakresie wymaganego doświadczenia, dla wykazania którego zasoby podmiotu trzeciego zostały udostępniane.

Zważywszy jednak na okoliczność, iż Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do zastąpienia podmiotu PP Budpromzachid innym podmiotem lub podmiotami albo samodzielne wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego (PP Budpromzachid) nie jest zasadne i nie będzie miało wpływu na wynik postępowania. Stosownie bowiem do art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikacji wykonawców.

Również w zakresie niespełnienia wymogu aktualności co do złożonego wyciągu z Jednolitego Państwowego Rejestru, Izba podzieliła argumentację Odwołującego, jednakże z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania, zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt 2.1 petitum odwołania, dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) i 4) Pzp w zw. z art. 63 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 § 1 oraz art. 104 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, w której w momencie podpisywania i złożenia oferty Pan J. K. był umocowany do działania wyłącznie w imieniu Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. a nie w imieniu SME Equity Sp. z o.o.

Z okoliczności sprawy wynika, iż w dacie złożenia oferty, tj. w dniu 19 maja 2022 r. Pan J. K. był pisemnie umocowany do złożenia oferty w imieniu konsorcjanta SME Equity Sp. z o.o. Umocowanie na piśmie do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu zostało udzielone 18 maja 2022 r. Nieprawidłowa była jedynie forma wymagana przez Prawo zamówień publicznych dla poświadczenia za zgodność z oryginałem cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej (poświadczenia podpisem kwalifikowanym dokonał pełnomocnik a nie mocodawca). Zamawiający zobowiązany był zatem do wezwania Przystępującego do uzupełnienia pełnomocnictwa, złożonego we właściwej formie, co uczynił pismem z 20 maja 2022 r. W treści wezwania, Zamawiający wyraźnie podkreślił,

że z uzupełnionego pełnomocnictwa ma wynikać, iż na dzień dokonywania czynności (podpisania oferty) Pan J. K. był uprawniony do złożenia oferty.

Izba wskazuje, że na mocy art. 128 ust. 1 Pzp wykonawca może uzupełnić na wezwanie Zamawiającego pełnomocnictwo po składaniu ofert. Izba podzieliła argumentację Przystępującego, zgodnie z którą w toku badania prawidłowości umocowania pełnomocnika w dacie dokonywania czynności każdorazowo bierze się pod uwagę treść pełnomocnictwa. Z pełnomocnictwa przedłożonego na wezwanie zamawiającego wynika wprost, że w dacie składania ofert J. K. był umocowany do reprezentowania SME Equity Sp. z o.o. Powyższe potwierdza również fakt, iż podpis własnoręczny został przez przedstawiciela SME Equity Sp. z o.o. złożony pod pełnomocnictwem w odpowiedniej dacie.

Pełnomocnictwo przedłożone na wezwanie zamawiającego winno potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania. Możliwe zatem będzie przedłożenie pełnomocnictwa z datą adekwatną do daty dokonania czynności, a także z datą późniejszą, jeżeli z treści pełnomocnictwa wynika, iż pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili jej dokonania np. w chwili złożenia oferty (wyrok z dnia 9 sierpnia 2019 r. o sygn. akt: KIO 1443/19).

Złożone pełnomocnictwo zostało sporządzone zgodnie z treścią wezwania Zamawiającego oraz potwierdzało prawo do złożenia oferty przez Pana K. w dacie jej złożenia. Ponadto, powyższa okoliczność nie może być zrównana z działaniem bez umocowania, bowiem w dacie złożenia oferty Pan K. był pisemnie umocowany przez drugiego konsorcjanta do złożenia oferty w jego imieniu. Wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwa do podpisania oferty nie odnosiło się do jego treści, lecz do poświadczenia za zgodność z oryginałem cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa.

Zarzut jako niezasadny należało oddalić.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Kosztami postępowania Izba obciążyła Odwołującego w części 1/2 oraz wykonawcę wnoszącego sprzeciw w części 1/2. Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10 000 zł 00 gr, koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr oraz koszty poniesione przez Wykonawcę wnoszącego sprzeciw tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr oraz koszty

Izba za zasadne uznała zarzuty podniesione w pkt 2.2. i 2.4 petitum odwołania (dwa z czterech zarzutów podniesionych w odwołaniu), natomiast zarzuty podniesione w pkt 2.1 i 2.3 odwołania zostały oddalone. Wobec powyższego Izba zasądziła od Wykonawcy wnoszącego sprzeciw na rzecz Odwołującego kwotę 6 800 zł 00 gr tytułem 1/2 wartości wpisu od odwołania i 1/2 wartości wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące wartość kosztów postępowania, za które odpowiada Wykonawca wnoszący sprzeciw w świetle jego wyniku oraz od Odwołującego na rzecz Wykonawcy wnoszącego sprzeciw kwotę 1 800 zł 00 gr tytułem 1/2 wartości wynagrodzenia pełnomocnika, za które odpowiada Odwołujący w świetle jego wyniku.

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: