

## WYROK

Warszawa, dnia 4 kwietnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 marca 2024 r. przez odwołującego: Elektroeco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ładnej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Czarna z siedzibą w Czarnej

### orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nr 3 i nakazuje zamawiającemu:

1.1 wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp Wykonawcy Elektron z siedzibą w Pilźnie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu robót oraz dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie,

1.2 wezwanie na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp Wykonawcy Elektron z siedzibą w Pilźnie do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów

w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża w 2/3 zamawiającego i w 1/3 odwołującego:

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 oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i 357 zł 50 gr (trzysta pięćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszt dojazdu pełnomocnika odwołującego na rozprawę,

3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9 305 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta pięć złotych zero groszy) tytułem proporcjonalnego podziału kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący .....

## Uzasadnienie

Gmina Czarna z siedzibą w Czarnej (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym pn.:

„Modernizacja oświetlenia ulicznego

na terenie Gminy Czarna” (Numer referencyjny: IUE.271.13.2023), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 29 grudnia 2023 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00580244.

19 marca 2024 r. wykonawca Elektroeco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Ładnej (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U.2020.2415 z 2020.12.30) oraz § 6 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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.2020.2452 z 2020.12.31) przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Wykonawcy Hurtownia Elektryczna Elektron sp. z o.o. z siedzibą w

Pilźnie (dalej: Wykonawca Elektron) do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania zdolności technicznej

i zawodowej w Rozdziale V ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ, mimo że Wykonawca Elektron nie złożył podmiotowego środka dowodowego w prawidłowej formie i treści,

a z przedstawione przez tego wykonawcę dokumenty (Wykaz usług oraz referencje) nie potwierdzają wymaganych przez Zamawiającego warunków dotyczących zdolności technicznej i zawodowej;

a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór oferty Wykonawcy Elektron w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia lub co najmniej nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonej w SWZ,

2.art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Elektron w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wyraził skutecznej, jasnej i konkretnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą;

3.art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy Elektron

o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny

lub kosztu, lub ich istotnych części składowych celem weryfikacji czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia, a także niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, co obligowało Zamawiającego do wyjaśnienia tych wątpliwości z urzędu.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Wykonawcy Elektron, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy Elektron do złożenia wyjaśnień, czy jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zarzut numer 1

Wykonawca Elektron nie wykazał, że spełnia warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie SWZ (Rozdział V ust. 2 pkt 4 lit. a) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jedną robotę budowlaną, której przedmiotem było wykonanie oświetlenia ulicznego o wartości brutto nie mniejszej niż 100 000,00 zł.

Na żądanie Zamawiającego w ramach uzupełnienia oferty Wykonawca Elektron złożył m.in. wykaz wykonanych robót budowlanych potwierdzający spełnianie warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Wykaz zgodnie z SWZ miał obejmować roboty budowlane wykonane nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty - Załącznik nr 6 do SWZ.

Elektron złożył tabelę, gdzie w kolumnie „miejsce i rodzaj wykonywanych robót budowlanych” wskazał jedynie: „Wykonanie oświetlenia drogowego wzdłuż drogi dojazdowej do zakładów mechanicznych”. Zgodnie z § 9 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii

z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U.2020.2415

z 2020.12.30) wykaz powinien zawierać informację o konkretnym miejscu wykonywania robót, co z złożonego wykazu nie wynika.

Dodatkowo Elektron złożył referencje na własnym papierze firmowym (oznaczonym logotypem firmy Wykonawcy, a nie firmy, której przedstawiciel miał złożyć pieczęć pod referencjami). Powyższe oznacza, że nie jest to dokument pochodzący od osoby udzielającej referencji,

a od samego wykonawcy, a zatem nie spełnia wymogów określonych w SWZ. Zamawiający wymagał bowiem, aby wykonawca przedstawił dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane.

Co więcej, opis zakresu prac w wykazie robót stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ jest inny niż w dokumencie zatytułowanym „Referencje”. W Referencjach nie ma żadnej informacji

na temat wartości robót, ich czasookresu oraz miejsca ich wykonania, a zatem nie potwierdzono, że zadanie wykonano w konkretnym przedziale czasowym i za konkretne wynagrodzenie, co było niezbędne do zweryfikowania warunku opisanego w rozdziale V ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ. Na podstawie obu dokumentów nie sposób ustalić, czy dotyczą one jednej i tej samej inwestycji realizowanej przez wykonawcę.

Wykaz robót stanowiący uzupełnienie oferty powinien zostać opatrzony podpisem elektronicznym zgodnie z zapisami SWZ, zaś dokument „Referencje” powinien być potwierdzony za zgodność z oryginałem również przez opatrzenie go podpisem osoby uprawnionej do reprezentacji Elektron.

Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z 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.2020.2452 z 2020.12.31) podmiotowe środki dowodowe muszą być sporządzone w postaci elektronicznej, w jednym z określonych w odmiennych przepisach formatów. Jeśli dokument powstał jako dokument elektroniczny, wykonawca przekazuje oryginał tego dokumentu. Zgodnie z § 6 ust. 2 Rozporządzenia

w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, 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, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Sposób podpisania dowodów należytego wykonania robót budowlanych przez wykonawcę Elektron nie odpowiada przepisom Pzp oraz aktów wykonawczych do niej, tj. w szczególności przywołanego wyżej Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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.

Zamawiający powinien wezwać wykonawcę Elektron do uzupełnienia wykazu usług w trybie art. 128 ust. 1 Pzp lub co najmniej do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, czego zaniechał i tym samym naruszył przepisy ustawy.

#### Zarzut numer 2

Ważność pierwotnych ofert składanych przez wykonawców upływała z dniem 21 lutego 2024 roku. Pismem z 19 lutego 2024 roku Zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie ważności oferty o kolejne 30 dni, tj. do dnia 22 marca 2024 roku. Część wykonawców złożyła oświadczenie o wyrażeniu zgody, dokumenty te zostały udostępnione przez Zamawiającego w trybie udzielenia informacji publicznej.

W przypadku Wykonawcy Elektron nie doszło do skutecznego złożenia oświadczenia woli

o wyrażeniu zgody na przedłużenie związania ofertą, albowiem dokument z 19 lutego 2024 roku został sporządzony w sposób wadliwy. Zgoda na przedłużenie ważności oferty powinna zawierać wyraźnie określenie terminu, o jaki następuje przedłużenie. Co istotne, poza pismem Elektron, wszyscy inni wykonawcy dokładnie wskazali, na jaki okres przedłużają ważność swoich ofert, wskazując konkretny termin w treści pisma. Dokument przesłany przez Elektron jako jedyny nie zawiera żadnej daty ani terminu przedłużenia obowiązywania oferty.

Przedłużenie terminu związania ofertą wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (zob. art. 220 ust. 4 i art. 307 ust. 3 Pzp). Pisemne oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą powinno być jednoznaczne. Nie można zatem domniemywać, że wykonawca wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dni (zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą nie może być dorozumiana).

#### Zarzut numer 3

Zamawiający działając na podstawie art. 222 ust. 4 Pzp poinformował, że zamierza przeznaczyć na finansowanie zadania kwotę 684.000,00 zł brutto. Cena całkowita oferty brutto Wykonawcy Elektron wyniosła 304.646,40 zł brutto.

Doszło zatem do wypełnienia przesłanek z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. Cena zaoferowana przez Elektron (304.646,40 zł brutto) jest znacznie niższa niż 30 % ustalonej wartości zamówienia (684.000,00 zł brutto). Jednocześnie została również spełniona druga przesłanka odnosząca się do wartości średniej arytmetycznej wszystkich ofert. Otóż łączna wartość ofert 24 wykonawców wynosi 11.764.470,08 zł brutto (nie ujęto firmy Elpro Usługi elektryczne Dawid Olszewski pod pozycją 20 w informacji z otwarcia ofert z uwagi na brak możliwości odczytania oferty). Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi natomiast 490.186,28 zł. 30 % z tej kwoty to 147.055,88 zł. A zatem cena w ofercie Elektron jest niższa o ponad 30 % od wskazanej średniej arytmetycznej pozostałych ofert, co powinno zaktualizować obowiązek Zamawiającego do żądania wyjaśnień zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Zamawiający wbrew obowiązkowi nie zweryfikował tej okoliczności i nie zwrócił

się do wykonawcy Elektron o udzielenie wyjaśnień lub wykazanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

29 marca 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający podniósł, że w jego ocenie nie naruszył żadnej z zasad oraz przepisów Pzp.

Zamawiający w Pkt. V ust. 2 pkt. 4 SWZ, w zakresie wykazania zdolności technicznej

i zawodowej nie wymagał w oświadczeniu ścisłego wskazania miejsca wykonania robót,

a jedynie jego konkretyzację. Co, między innymi, przez zwycięskiego oferenta zostało spełnione. Zgodnie z § 9 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów

lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, wykaz powinien zawierać informację o konkretnym miejscu wykonania robót.

Zatem, ostateczny wybór żądanych od wykonawców informacji należy do Zamawiającego,

a Zamawiający może żądać takich informacji w zakresie, w jakim jest zainteresowany, a nie wszystkich przywołanych w Rozporządzeniu. Skoro SWZ nie zawierała dodatkowych wymagań dotyczących miejsca przeprowadzenia robót, a zarzut Odwołującego się dotyczący nie podania adresu wykonanych robót, to zarzut jest oczywiście chybiony. Dodać przy tym należy, że zgodnie z SWZ - Pkt. VII ust. 4 pkt. 1/ - zamawiający wymagał złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji oraz wskazania miejsca ich wykonania. Należy także zauważyć, że w załączniku nr 6 do SWZ „wykaz robót budowlanych” znajduje się rubryka „miejsce i rodzaj wykonanych robót budowlanych”, w których wykonawca podał: „wykonanie oświetlenia drogowego wzdłuż drogi dojazdowej do Zakładów Mechanicznych”. Informacja taka, w świetle postanowień SWZ jest wystarczająca.

Jeżeli chodzi o kwestionowane referencje, to wbrew zarzutom Odwołania dokument ten pochodził od spółki ZMI Wójcik Spółka Jawna z siedzibą w Dobrkowie - albowiem został podpisany przez jednego ze współników tej spółki - mgr inż. M.W.. Natomiast okoliczność,

że dokument ten został prawdopodobnie sporządzony na papierze firmowym spółki Elektron sp. z o.o. nie powodowała nieważności jego treści. Zdaniem Zamawiającego decydujące znaczenie ma w tym przypadku treść dokumentu oraz osoba, która go podpisała, albowiem zdaniem Zamawiającego należy przyjąć, że to uprawniona osoba podpisując się złożyła oświadczenie o treści przez siebie podpisanej. Referencje, wbrew zarzutom odwołania pozwalają ustalić, że wybrany wykonawca wykonał prace wskazane w treści oświadczenia. Zatem dokument ten należało uznać za wiarygodny dowód posiadania przez tego wykonawcę wymaganego doświadczenia.

Zamawiający zwrócił się o przedłużenie związania ofertą o 30 dni (maksymalny czas przewidziany w SWZ), tj. do dnia 22 marca 2024 r. a Wykonawca Elektron wyraził

w odpowiedzi na to zgodę bez jakichkolwiek zastrzeżeń, to tego rodzaju okoliczność jest wystarczająca i nie budziła wątpliwości Zamawiającego. Nie sposób przyjąć, że Wykonawca Elektron składając oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie związania ofertą miał na myśli inny okres niż wskazany w zapytaniu Zamawiającego.

Zamawiający nie powziął wątpliwości co do ceny oferty Wykonawcy Elektron. Mając

na uwadze oferty cenowe innych biorących udział w przetargu przedsiębiorców Zamawiający uznał, że cena oferty nie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,

ani nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Ceny jednej oferty złożonej była niższa od ceny oferty wybranej: Oferta nr 7 firmy AC-DC

Sp. z o.o. 39-220 PILZNO, LIPINY 219A na kwotę 268.779,60 zł.

Ceny kolejnych czterech ofert były bardzo bliskie ceny oferty najtańszej: oferta nr 6 firmy Instal-Mat Sp. z o.o. Sp.k. 39-200 Dębica, Wielopolska 203c na kwotę 330.869,02 zł.; oferta nr 10 firmy Elektroeco Sp. z o.o. 33-156 Skrzyszów, Ładna 116a – na kwotę 339 987,60 zł, oferta

nr 22 firmy Voltea Poland Sp. z. o. o Sp. k 86-065 Lisi Ogon, 19 A – na kwotę 338 068,80 zł. oraz oferta nr 25 firmy ELMAR Firma Usługowo-Handlowa M.W., Lichwin 159,

33-172 Siedliska na kwotę 336 528,00 zł.

Wezwanie Wykonawcy Elektron do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny przesłanej oferty w przypadku, kiedy była to cena średnia w stosunku do ofert innych biorących udział

w postępowaniu przetargowym oferentów to, w przekonaniu Zamawiającego, czynność oczywiście bezzasadna.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności**

**treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron**

**zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

29 marca 2024 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Elektron. W uzasadnieniu terminowości zgłoszonego przystąpienia wykonawca ten wskazał m. in.:

„W kwestii terminu na zgłoszenie przystąpienia Zgłaszający przystąpienie wyjaśnia, co następuje.

- 1) Do tej pory Zamawiający nie wezwał wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, do przystąpienia do postępowania odwoławczego.
- 2) Wprawdzie w dniu 20 marca 2024 r. Zamawiający wystosował do wykonawców pismo, w którym przesłał odwołanie, niemniej pismo to nie może zostać potraktowane jako wezwanie wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.
- 3) Zamawiający poza przesłaniem odwołania wskazał wyłącznie, że „informuje o możliwości przystąpienia do postępowania odwoławczego”.
- 4) Nie można tego jednak uznać za wezwanie wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego (...).

W tych okolicznościach termin na zgłoszenie przystąpienia nie rozpoczął jeszcze biegu, a w konsekwencji należy uznać, że Zgłaszający przystąpienie zachował termin”.

Izba ustaliła, że 20 marca 2024 r. Zamawiający w następujący sposób poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o złożonym odwołaniu i przysługującym

im z tego tytułu uprawnieniom:

„Na podstawie art. 524 i 525 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z p. zm.), przesyłam w załączeniu kopię odwołania od dokonania wyboru oferty

w postępowaniu o udzielenie zamówienia na zadanie pn. Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Czarna oraz informuję o możliwości przystąpienia do postępowania odwoławczego”.

Zgodnie z art. 524 Pzp zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu

o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu

lub dokumentów zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub są udostępniane dokumenty zamówienia, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Przepis ten został wprost podany w informacji z 20 marca 2024 r., podobnie zresztą

jak art. 525 Pzp regulujący zasady zgłaszania przystąpienia do postępowania odwoławczego. W tej sytuacji twierdzenie Wykonawcy Elektron, że nie został on w sposób właściwy wezwany do zgłoszenia przystąpienia było niezasadne. O ile Zamawiający faktycznie nie posłużył się wprost ustawowym zwrotem o wezwaniu do przystąpienia do postępowania odwoławczego,

to przekazana informacja wraz z podaniem podstawy prawnej stanowiła jednoznaczną podstawę do uznania, że bieg terminu do przystąpienia należało liczyć od informacji

z 20 marca 2024 r. Termin do zgłoszenia przystąpienia upływał zatem 25 marca 2024 r.

(23 marca to sobota). Zgłoszenie przystąpienia 29 marca 2024 r. zostało więc przez Izbę uznane za spóźnione, co skutkowało nie dopuszczeniem przez Izbę Wykonawcy Elektron

do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że częściowo zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem:
2. SWZ wraz z załącznikami,
3. oferty Wykonawcy Elektron,
4. informacji z otwarcia ofert,
5. korespondencji Zamawiającego z Wykonawcą Elektron,
6. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z jej sprostowaniem,
7. złożonego przez Zamawiającego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron wydruku korespondencji (z platformy zakupowej) z Przystępującym dotyczącej wydłużenia terminu związania ofertą.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 1

30 stycznia 2024 r. Zamawiający skierował do Wykonawcy Elektron następujące wezwanie:

„Zamawiający (...) wzywa Wykonawcę — Hurtownia Elektryczna ELEKTRON Sp. z o.o. (...) do złożenia w terminie 5 dni poniższych dokumentów:

1) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat,

a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa,

są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty - Załącznik

nr 6 do SWZ (...).”

W odpowiedzi Wykonawca Elektron złożył Wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym w tabelarycznej formie zawarł następujące informacje:

2. Miejsce i rodzaj wykonanych robót budowlanych: „Wykonanie oświetlenia drogowego wzdłuż drogi dojazdowej do zakładów mechanicznych”,

3. Nazwa i adres odbiorcy dla którego wykonano roboty budowlane: „ZMI WOJCIK ZAKŁADY MECHANICZNE”,

4. Wartość brutto wykonanych robót budowlanych w zł: "222 000",

5. Data wykonania robót budowlanych - daty od do: 06.2023 r. - 08.2023 r.

Wykaz miał postać skanu (plik .pdf) dokumentu papierowego, podpisanego odręcznie przez nieustaloną osobę (podpis nieczytelny) wraz z pieczęcią firmową Wykonawcy Elektron. Dokument nie został podpisany elektronicznie.

Do wykazu załączone zostały również referencje (skan dokumentu papierowego – plik .pdf)

o treści: „PRZEDSIĘBIORSTWO ELEKTRON SP. Z O.O. PILZNO (..) WYKONAŁO ZASILANIE, MONTAŻ OŚWIETLENIA ULICZNEGO WRAZ Z DOSTAWĄ SŁUPÓW POMIARAMI I URUCHOMIENIEM.

WSZYSTKIE PRACE ZOSTAŁY WYKONANE TERMINOWO, ZGODNIE Z PRZEPISAMI.

FIRMA POSIADA WŁASNY SPRZĘT ORAZ WŁASNE UPRAWNIENIA.

ZLECENIE WYKONANE NA BARDZO DOBRYM POZIOMIE”.

Dokument w wersji pierwotnej, tj. papierowej podpisany został przez pana M. W., wspólnika ZMI Wójcik Spółka Jawna.

Referencje również nie zostały podpisane elektronicznie – stanowiły one jeden plik wraz z m. in. wykazem robót.

Zgodnie z § 6 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, 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, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Biorąc pod uwagę dyspozycję przytoczonego przepisu rozporządzenia nie ulega wątpliwości, że podmiotowe środki dowodowe jako dokumenty, które nie zostały we właściwy sposób podpisane elektronicznie nie mogły być przez Zamawiającego wzięte pod uwagę.

W konsekwencji na ich podstawie Zamawiający nie mógł ocenić, czy Wykonawcę Elektron wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z tego też względu Izba uznała

za konieczne unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu

i uwzględniła zarzut nr 1 odwołania nakazując Zamawiającemu wezwanie Wykonawcy Elektron do uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału.

Izba wskazuje jednak, że nie potwierdziły się merytoryczne zarzuty Odwołującego, co do treści złożonych przez Wykonawcę Elektron dokumentów. O ile informacje zawarte w wykazie robót przedstawione zostały w sposób wyjątkowo oszczędny, o tyle mają one jednoznaczny charakter. Odwołujący nie wykazał, by sam fakt realizacji przez Wykonawcę Elektron zadania na rzecz podmiotu ZMI Wójcik Spółka Jawna budził wątpliwości. Nie wykazał też, że robota nie została wykonana w miejscu o którym mowa w wykazie złożonym przez Wykonawcę Elektron. Podmiot ZMI Wójcik Spółka Jawna daje się w pełni zidentyfikować, nie ma również problemu z ustaleniem miejsca prowadzenia działalności przez

ten podmiot. Tym samym określenie miejsca realizacji zadania jako „wzdłuż drogi dojazdowej do zakładów mechanicznych” być może wskazuje, że Wykonawca Elektron nie wykazał się nadmiernym przywiązaniem do aspektów formalnych postępowania, ale udzielił mimo to jasnej odpowiedzi. Odwołujący nie wykazał przy tym, by do wspomnianych zakładów mechanicznych ZMI Wójcik Spółka Jawna nie istniała wyodrębniona droga dojazdowa. Stąd o ile Odwołujący zasadnie podniósł, że złożone przez Wykonawcę Elektron podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz robót nie zostały w prawidłowy sposób podpisane, to w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał by sam treść tych dokumentów była nieprawdziwa.

W ocenie Izby treść referencji podpisanych przez wspólnika ZMI Wójcik Spółka Jawna potwierdza należyłą realizację zadania wskazanego w wykazie robót Elektron. Oceny tej nie zmienia fakt, że na referencjach znajdują się znaki graficzne wskazujące na możliwość sporządzenia referencji na papierze firmowym tego wykonawcy. Żaden przepis nie nakazuje by referencje zostały sporządzone własnoręcznie przez osobę, która je podpisuje. Istotna jest treść referencji oraz kwestia ich podpisania przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu podmiotu, który referencjami potwierdza należyłą realizację określonego zadania.

#### Zarzut nr 2

19 lutego 2024 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawców biorących udział w postępowaniu z prośbą o wydłużenie terminu związania ofertą. Treść pisma była następująca:

„Na podstawie art. 307 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z p. zm.), zwracam się z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie ważności oferty o kolejne 30 dni dla zadania Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Czarna (tj. do dnia 2203-2024 r.). Nadmieniam, że ww. postępowanie będziemy się starali rozstrzygnąć w możliwie najszybszym czasie”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca Elektron przesłał skan pisma z 19 lutego 2024 r. o treści: „Wyrażam zgodę na przedłużenie ważności naszej oferty na zadanie: Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Czarna”.

Z dowodu złożonego przez Zamawiającego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron wynika, że osoba występująca w imieniu Wykonawcy Elektron (pan P. P.) 19 lutego 2024 r.

za pośrednictwem platformy zakupowej przekazał Zamawiającemu informację o treści Wyrażam zgodę na przedłużenie ważności oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zarzut nr 2 podlega oddaleniu. Oświadczenie woli musi być interpretowane z uwzględnieniem kontekstu i okoliczności w jakich zostało

ono złożone. W tym przypadku kwestionowane przez Odwołującego oświadczenie Wykonawcy Elektron stanowiło odpowiedź na pytanie (prośbę) Zamawiającego o wyrażenie zgody o wydłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dni. Udzielenie odpowiedzi twierdzącej było w ocenie Izby jednoznacznie wyrażoną wolą Wykonawcy o wydłużeniu tego okresu o kolejne 30 dni, a nie – jak twierdził Odwołujący – na bliżej nieokreślony termin.

W konsekwencji Izba uznała zarzut za niezasadny.

#### Zarzut nr 3

Między stronami nie było sporu co do faktu, że w stosunku do oferty Wykonawcy Elektron wypełnione zostały przesłanki z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zamawiający w tej kwestii twierdził jedynie, że wobec faktu, że w postępowaniu złożonych zostało kilka ofert z podobnym poziomem cen, to wezwanie było niecelowe.

Zgodnie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek

od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1

i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba

że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Przytoczony przepis został sformułowany w sposób kategoryczny – wypełnienie jego przesłanek obliguje Zamawiającego do skierowania do wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia ceny. Możliwość uchylenia się od tego obowiązku dopuszczalna jest jedynie w sytuacji,

gdy rozbieżność ceny oferty wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zamawiający nie wykazał jednak, by taka okoliczność w postępowaniu zaistniała, wprost też nie wyraził nawet takiego stwierdzenia. W tej sytuacji Izba uznała, że naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp miało charakter oczywisty i nie budziło wątpliwości. Fakt, że w postępowaniu wpłynęło kilka ofert z podobnym i cenami nie jest podstawą do niezastosowania przytoczonego przepisu.

Z tego względu Izba uwzględniła zarzut nr 3.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący .....