Sygn. akt KIO 1340/25

WYROK

Warszawa, dnia 29 kwietnia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2025 roku przez wykonawcę EWIRED SPÓŁKA Z OGRANICZON ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Sułkowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komend Wojewódzką Policji w Katowicach

przy udziale uczestników po stronie Zamawiającego:

A.INSTAL ELECTRIC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Krakowie

B.ELVISION SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Krakowie, ELMIKO SPÓŁ OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Mikołowie

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych jako nr 3 i 4 w *petitum* odwołania

2.Oddala odwołanie

3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę EWIRED SPÓŁKA Z OGRANICZON ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Sułkowicach i:

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

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

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 1340/25

UZASADNIENIE:

Zamawiający - Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „KMP Częstochowa – modernizacja rozdzielni głównej", nr referencyjny: ZP-2380-698/2024/2025.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 stycznia 2025 r. pod numerem: 2025/BZP 00010000.

W postępowaniu tym wykonawca EWIRED SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzi Sułkowicach (dalej: „Odwołujący") w dniu 7 kwietnia 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, tj.:

I.DOTYCZY ELVISION SP. Z O.O. ORAZ ELMIKO SP. Z O.O.

1.zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Elvision sp. z o.o. i Elmiko sp. z o.o. (dalej: „Elvision"), pomimo że nie odbyli oni wizji lokalnej w sposób wymagany przez postanowienia SWZ oraz przepisy prawa, co powinno skutkować bezwzględnym odrzuceniem oferty;

2.zaniechaniu odrzucenia oferty Elvision, pomimo że oferta złożona przez tychże wykonawców została złożona w sposób mający na celu obejście przepisów prawa w związku z przewidzianą przez Zamawiającego w SWZ czynnością wizji lokalnej;

3.dokonaniu oceny oferty Elvision, mimo że została ona podpisana przez osobę, która nie wykazała umocowania do działania w imieniu konsorcjum za pomocą pełnomocnictwa posiadającego właściwą formę prawną;

4.zaniechaniu wezwania Elvision do przedłożenia prawidłowego co do formy prawnej pełnomocnictwa, które potwierdzałoby uprawnienie Pani Joanny Wlezień do podpisania i złożenia oferty – mimo istnienia podstaw faktycznych i prawnych do żądania takiego dokumentu;

5.nieuprawnionym poprawieniu przez Zamawiającego oferty Elvision w trybie tzw. „innej omyłki" (art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), poprzez uzupełnienie brakujących danych dotyczących podsumowania działów z narzutami, w tym wprowadzenie kilkunastu pozycji cenowych – co daleko wykracza poza ramy dopuszczalnej ingerencji w treść oferty;

6.zaniechaniu odrzucenia oferty Elvision jako niezgodnej z warunkami zamówienia z uwagi na brak obligatoryjnego podsumowania działów z narzutami, którego to Zamawiający oczekiwał zgodne z SWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 131 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 18) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Elvision pomimo tego, iż została ona złożona bez odbycia wizji lokalnej w przewidzianej prawem formie;
2.art. 131 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 ustawy 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej: "Kc") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Elvision, pomimo tego, iż jest ona nieważna ze względu na to, że ma ona na celu obejście prawa;
3.art. 63 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 § 1 Kc poprzez dokonanie oceny oferty wykonawcy Elvision pomimo, że pełnomocnictwo do złożenia oferty nie zostało udzielone w formie przewidzianej dla złożenia oferty, a tym samym Zamawiający nie miał wiedzy czy osoba, która podpisała i złożyła ofertę była do tego umocowana;
4.art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Elvision do przedłożenia pełnomocnictwa we właściwej formie, które uprawniałoby Panią Joannę Wlezień do podpisania i złożenia oferty;
5.art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez poprawienie przez Zamawiającego jako tzw. innej omyłki oferty Elvision w ten sposób, że w podsumowaniu działów z narzutami, które nie zostały uzupełnione przez wykonawcę Elvision, Zamawiający wpisał kilkanaście pozycji wraz z podaniem konkretnych cen za poszczególne działy;
6.art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Elvision, pomimo że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż nie zawiera podsumowania działów z narzutami.

II.DOTYCZY INSTAL ELECTRIC SP. Z O.O.

1.zaniechaniu odrzucenia oferty Instal Electric sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: "Instal Electric") pomimo tego, iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż wykaz materiałów w ofercie został sporządzony z pominięciem materiałów w postaci agregatu prądotwórczego, rozdzielnicy Sn i rozdzielnicy nN;
2.zaniechanie odrzucenia oferty Instal Electric pomimo tego, że wykonawca ten de facto zadeklarował wolę powierzenia podwykonawcy, na którego zasobach polega, Haber Energia sp. z o.o. (dalej: ,,Haber Energia") realizację całego zamówienia co jest niezgodne z ustawą Pzp i prowadziłoby do jej obejścia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Instal Electric pomimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż wykaz materiałów w ofercie został sporządzony z pominięciem materiałów w postaci agregatu prądotwórczego, rozdzielnicy Sn i rozdzielnicy nN;
2.art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Instal Electric pomimo że jest ona niezgodna z przepisami ustawy, tj. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem wykonawca ten zadeklarował wolę powierzenia podwykonawcy, na którego zasobach polega, Haber Energia realizacji przedmiotu zamówienia w takim zakresie, że w istocie wyczerpuje całość przedmiotu zamówienia, podczas gdy powierzenie realizacji całości zamówienia podwykonawcy jest na mocy przywołanego art. 462 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne, a nadto zgodnie z art. 17 ust 2 ustawy PZP zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, zaś dopuszczenie do realizacji zamówienia w całości przez podwykonawcę jest sprzeczne z ww. zasadą lub co najmniej prowadzi do jej obejścia - co na mocy art. 58 § 1 Kc, stosowanym na mocy odesłania z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, prowadzi również do nieważności oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2.dokonania ponownej oceny ofert;
3.odrzucenia oferty Elvision oraz oferty Instal Electric;
4.dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

I.Zaniechanie odrzucenia oferty Elvision pomimo braku przeprowadzenia wizji lokalnej w wymaganej formie

Odwołujący zwrócił uwagę, że wizja lokalna odbywała się w dniu 14 stycznia 2025 r., natomiast do zawiązania konsorcjum doszło dopiero 5 lutego 2025 r. Oznacza to, że w dacie odbycia wizji lokalnej podmioty te działały jeszcze jako odrębni wykonawcy i nie występowały wspólnie w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że konsorcjum konstytuuje się dopiero z chwilą zawiązania porozumienia o wspólnym ubieganiu się o zamówienie. Skoro więc Elmiko sp. z o.o. nie było jeszcze w strukturze konsorcjum w dniu wizji lokalnej, nie można uznać, że obowiązek jej odbycia został spełniony również przez ten podmiot. Innymi słowy nie można przyjąć, że Elvision sp. z o.o., uczestnicząc w wizji lokalnej, działała w imieniu całego konsorcjum – ponieważ ono wówczas po prostu nie istniało. Nie było między tymi podmiotami porozumienia o wspólnym ubieganiu się o zamówienie, nie zostały określone zasady reprezentacji ani zakresy odpowiedzialności, a tym samym Elvision nie mogła skutecznie występować w imieniu Elmiko sp. z o.o. ani „zarezerwować" spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla przyszłego, jeszcze nieistniejącego konsorcjum.

II.Brak odrzucenia oferty Elvision jako nieważnej – oferta miała na celu obejście wymogu wizji lokalnej

Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez Elvision powinna zostać odrzucona również z tego względu, że została skonstruowana w sposób prowadzący do obejścia istotnego wymagania Zamawiającego jakim był udział w wizji lokalnej. Wymóg udziału w wizji lokalnej miał na celu zapewnienie, że wykonawcy będą podejmować decyzję o złożeniu oferty w oparciu o bezpośrednie zapoznanie się z terenem realizacji zamówienia, co miało przełożyć się na jakość i rzetelność ofert. Było to więc wymaganie indywidualne oraz terminowe – możliwe do spełnienia tylko w wyznaczonym dniu i przez konkretnego wykonawcę, względnie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tymczasem konstrukcja oferty Elvision umożliwiła wykonawcy, który nie spełnił tego wymogu (Elmiko sp. z o.o.), „włączenie się" do postępowania w drodze zawiązania konsorcjum już po upływie terminu wizji lokalnej. W efekcie oferta została złożona przez dwóch wykonawców – z których tylko jeden znał warunki terenowe prowadzenia robót, a drugi nie miał do nich dostępu w wymaganym przez SWZ trybie i terminie.

W praktyce mechanizm obejścia polegał na tym, że wykonawca, który nie mógłby złożyć samodzielnie oferty – ponieważ nie odbył wizji – „podłączył się" do wykonawcy, który ten obowiązek spełnił i wspólnie z nim złożył ofertę.

Zdaniem Odwołującego gdyby konsorcjum istniało już w dniu wizji lokalnej – warunek mógłby zostać uznany za spełniony nawet, gdyby w wizji lokalnej wziął udział tylko jeden z członków konsorcjum. Jednak w tej sprawie mamy do czynienia z obejściem tego wymogu przez późniejsze zawiązanie konsorcjum – czyli z próbą legalizacji oferty nieprawidłowej poprzez formalny zabieg organizacyjny.

III. Nieuprawnione poprawienie oferty Elvision przez Zamawiającego poprzez uzupełnienie brakujących podsumowań działów z narzutami

Odwołujący wskazał, że Zamawiający poprawił w ofercie Elvision inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia w ten sposób, że dodał kilkanaście nowych pozycji. W ofercie Elvsion nie zawarto podsumowania działów z narzutami. Z tego powodu Zamawiający powołując się na art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał za Elvision podsumowania działów z narzutami wskazując poszczególne działy (łącznie 11) oraz ich koszt. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że ww. poprawa innych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Odwołującego nie sposób uznać, że dodanie przez Zamawiającego podsumowania działów z zarzutami, a więc pozycji w ogóle nie występującej w ofercie Elvision, można zakwalifikować jako zmianę niewprowadzającą istotnych zmian do treści oferty, tj. za zmianę o charakterze nieistotnym.

Odwołujący podniósł, że poprawienie omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od łącznego spełnienia dwóch przesłanek:

1) po pierwsze, zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści;

2) po drugie, poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem Elvision ww. wymogu nie spełnił, gdyż w przedłożonej przez niego ofercie nie było podsumowania działów z narzutami. Wyżej wskazany brak nie mógł zostać przez Zamawiającego naprawiony, gdyż nie mamy w tym przypadku do czynienia z niezgodnością o charakterze omyłki.

IV. Zaniechanie odrzucenia oferty Elvision jako niezgodnej z warunkami zamówienia – brak podsumowania działów z narzutami

Zdaniem Odwołującego brak podsumowania działów z narzutami w kosztorysie Elvision skutkuje oczywistą niezgodnością oferty z warunkami zamówienia i powinien był skutkować jej odrzuceniem zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

V. Zaniechanie odrzucenia oferty Instal Electric – wykaz materiałów nie zawierał kluczowych pozycji (agregat, rozdzielnica SN i nN)

Odwołujący wskazał, że wykonawca Instal Electric nie dopełnił obowiązku sporządzenia kosztorysu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego bowiem złożony kosztorys ofertowy nie zawierał pełnego wykazu materiałów, w szczególności zostały pominięte kluczowe pozycję: agregat prądotwórczy, rozdzialnica SN i nN.

VI. Zaniechanie odrzucenia oferty Instal Electric – oferta narusza przepisy ustawy Pzp przez nieprawidłowe zadeklarowanie podwykonawcy, na którego zasobach polega wykonawca

Odwołujący wskazał, że analiza oferty wykonawcy Instal Electric prowadzi do wniosków, iż wykonawca ten w złożonym oświadczeniu o zobowiązaniu podmiotu oddającego do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby na potrzeby realizacji zamówienia (Załącznik nr 5 do SWZ) zadeklarował wolę powierzenia podwykonawcy - Haber Energia realizacji przedmiotu zamówienia w takim zakresie, że w istocie wyczerpuje całość przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 23 kwietnia 2025 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że nie wprowadził w specyfikacji obowiązku odbycia wizji lojalnej przez każdego z członków konsorcjum oddzielnie. Z uwagi na brak takiego wymogu w stosunku do konsorcjum należy mieć na względzie przepis art. 58 ust. 5 ustawy Pzp, który należy odnieść również do wymogu odbycia wizji. Nadto, Zamawiający

zwrócił uwagę na odpowiedź na pytanie nr 94.

Odnosząc się do poprawienia innej omyłki w ofercie wykonawców ELVISION, ELMIKO Zamawiający wskazał, że brak podsumowania stanowi co prawda niezgodność z wymogami sposobu opracowania kosztorysu uproszczonego, a więc niezgodność z SWZ, jednakże z uwagi na umieszczenie przez wykonawcę w poszczególnych działach wszystkich wymaganych elementów, a także znajomość wysokości narzutów z treści oferty, Zamawiający mógł samodzielnie oraz nie zmieniając treści oferty, dokonać takiego podsumowania i wprowadzić wartości łączne (podsumowanie) poszczególnych działów.

Odnosząc się do oferty wykonawcy Instal Electric Zamawiający wskazał, że pozycję kosztorysową w wersji uproszczonej można sporządzić na dwa sposoby:

1. Wyliczając cenę jednostkową dla danej pozycji kosztorysu, która jest sumą poszczególnych podcen – składników RMS danej pozycji kosztorysowej. W przypadku sporządzania kosztorysu w takiej formie, dane RMS z tej pozycji zostaną automatycznie wygenerowane w zestawieniu RMS.
2. Wprowadzając pełną cenę jednostkową dla danej pozycji, powiększoną o wszystkie materiały, całość pracy sprzętu i robocizny (czyli RMS) niezbędne do efektu rzeczowego zgodnego z opisem pozycji. W takim przypadku składniki RMS w pozycji kosztorysu nie występują i nie są widoczne w zestawieniu RMS. Sam RMS wykonawca sporządza w takim przypadku samodzielnie.

Wykonawca Instal Electric dla agregatu prądotwórczego, rozdzielnicy Sn i rozdzielnicy nN zastosował drugi sposób wyceny – w kosztorysie uwzględnił wskazane pozycje (pozycja 74, 63, 64), wobec tego ofertę należało uznać za kompletną. Brak wprowadzenia tych urządzeń do zestawienia RMS nie może zostać uznany za ich pominięcie w ofercie, bowiem zostały one wycenione w kosztorysie uproszczonym.

Odnosząc się do ostatniego zarzutu Zamawiający zauważył, że z treści odwołania nie wynika żadne uzasadnienie dlaczego, w ocenie Odwołującego, z oświadczenia należy stwierdzić zamiar przekazania przez wykonawcę realizacji całości zamówienia podwykonawcy.

Izba pominęła argumentację Odwołującego oraz Zamawiającego w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 3 i 4 w *petitum* odwołania uznając ją za zbędną z uwagi na umorzenie postępowania w tym zakresie.

Wykonawca INSTAL ELECTRIC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Kra (dalej: „Instal") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ELVISION SPÓŁKA Z OGRANICZON ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Krakowie, ELMIKO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNO siedzibą w Mikołowie (dalej: „Konsorcjum") zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawców Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 23 kwietnia 2025 r. Uczestnicy postępowania odnieśli się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wnieśli o ich oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych, 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 ustawy Pzp.

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

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez Konsorcjum wraz z pismem procesowym, tj.: umowę konsorcjum z dnia 10 stycznia 2025 r. *na fakt:* zawiązania konsorcjum przed dniem odbycia wizji lokalnej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest modernizacja rozdzielni głównej w Komendzie Miejskiej Policji w Częstochowie.

Zgodnie z sekcją VIII pkt. 1 ppkt 1.1.2. specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) *Do formularza ofertowego Wykonawca dołącza również:*

a) Kosztorys/y ofertowy/e sporządzony/e metodą kalkulacji uproszczonej wraz z wykazem sprzętu, materiałów i

robocizny;

f) Oświadczenie o odbyciu wizji lokalnej.

W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia do Zamawiającego wpłynęło następujące pytanie:

*„**Pytanie 94**:*

Czy w zakresie warunku dotyczącego uczestnictwa w obowiązkowej wizji lokalnej Zamawiający dopuszcza wspólne spełnienie warunku przez członków konsorcjum? Czy w zakresie warunku udziału w wizji Zamawiający dopuszcza spełnienie warunku przez jednego z członków konsorcjum?

***Odpowiedź**:*

Zamawiający dopuszcza, sugerowane rozwiązanie."

Poza sporem było to, że tylko jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. ELVISION SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Krakowie, odbył obowiązkową wizję lokalną.

Poza sporem w sprawie pozostawał fakt, że wbrew wymaganiom Zamawiającego, określonym w sekcji XVII pkt 3 SWZ, kosztorys ofertowy złożony przez Konsorcjum nie zawierał podsumowania działów z narzutami. Jak również to, że Zamawiający w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawił ww. niezgodność poprzez podsumowanie działów z narzutami wskazując poszczególne działy oraz ich koszt. Konsorcjum wyraziło zgodę na poprawienie omyłki.

Bezsporne między stronami było również to, że wykonawca Instal nie ujął w wykazie materiałów, sprzętu i robocizny następujących pozycji: agregatu prądotwórczego, rozdzielnicy Sn oraz rozdzielnicy nN. Ww. pozycje zostały ujęte w kosztorysie ofertowym.

Wykonawca Instal do oferty załączył oświadczenie o zobowiązaniu podmiotu oddającego do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby na potrzeby realizacji zamówienia o następującej treści:

działając w imieniu i na rzecz Haber Energia Sp. z o.o. ul. Wyszyńskiego 2b

22-100 Chełm

(nazwa/firma i dokładny adres Podmiotu)

***zobowiązujemy się oddać do dyspozycji Wykonawcy** ubiegającemu się o uzyskanie zamówienia publicznego w zakresie:*

„KMP Częstochowa – modernizacja rozdzielni głównej" Sygn. sprawy: ZP-2380-698/2024/2025 (wskazać tytuł i numer zamówienia publicznego)

***następujące zasoby,** na okres realizacji zamówienia:*

zdolności techniczne lub zawodowe

określając jednocześnie:

- zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby:

roboty budowlane których dotyczą udostępnione zdolności

- sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia:

Umowa o podwykonawstwo; przez cały okres trwania zadania

Stan faktyczny w niniejszej sprawie nie był sporny, sporna była jedynie jego ocena prawna.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp *1. Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby*.

Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych jako nr 3 i 4 w *petitum* odwołanie z uwagi na ich cofnięcie przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp *Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty*.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

pkt 3 *jest niezgodna z przepisami ustawy;*

pkt 4 *jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;*

pkt 5 *jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*

pkt 18 *została złożona bez odbycia wizji lokalnej (…).*

Art. 462 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.*

Dotyczy oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELVISION SPÓŁKA Z OGRANICZON ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Krakowie, ELMIKO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNO siedzibą w Mikołowie

Zarzut nr 1 i 2 - *art. 131 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp; art. 131 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 ustawy 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny*

Z przedłożonej umowy konsorcjum wynika, że została ona zawarta przed odbyciem wizji lokalnej, mianowicie 10 stycznia br. Wobec braku dowodu przeciwnego, Izba nie znalazła podstaw, ażeby odmówić wiarygodności ww. dowodowi.

Nie można tracić z pola widzenia, że Zamawiający w dokumentach zamówienia nie wymagał aby wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia odbyli wizję lokalną. Wprost przeciwnie - z odpowiedzi na pyt. nr 94 można wywnioskować, że Zamawiający dopuścił spełnienie warunku w zakresie odbycia wizji lokalnej przez jednego z członków konsorcjum.

Z przepisów, ani też ze specyfikacji warunków zamówienia, nie wynika obowiązek, wbrew twierdzeniom Odwołującego, poinformowania Zamawiającego - podczas wizji lokalnej- o chęci złożenia oferty wraz z innym wykonawcą. Twierdzenia Odwołującego, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, na etapie wizji lokalnej, muszą przedłożyć umowę również nie zasługiwały na aprobatę.

Słusznie zauważył Odwołujący w odwołaniu „*gdyby konsorcjum istniało już w dniu wizji lokalnej – warunek mógłby zostać uznany za spełniony nawet, gdyby w wizji lokalnej wziął udział tylko jeden z członków konsorcjum*". Z przedłożonej przez Uczestnika umowy wynika, że konsorcjum istniało w dniu wizji lokalnej. Mając na uwadze powyższe rozważania, należało oddalić zarzuty nr 1 i 2, jako bezzasadne.

Zarzut nr 5 - *art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp*

W ramach wstępu wskazać należy, że czynność poprawienia omyłki ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania.

W okolicznościach przedmiotowej sprawie Odwołujący sam sobie przeczy twierdząc z jednej strony, że podsumowanie przez Zamawiającego działów z narzutami nie można zakwalifikować jako zmianę niewprowadzająca istotnych zmian do treści oferty z drugiej, że podsumowanie działów z narzutami nie ma żadnego znaczenia. Izba nie miała wątpliwości, że podsumowanie poszczególnych działów z narzutami, czyli wykonanie nieskomplikowanego działania matematycznego, polegającego wyłącznie na dodaniu iluś pozycji, nie jest czymś nadzwyczajnym i nie powoduje istotnych zmian treści oferty. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się wyłącznie do tego, że Zamawiający wymagał (co było bezsporne) aby takie podsumowanie znalazło się w kosztorysie. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego - skoro Zamawiający wymagał i tak należało zrobić – to w praktyce art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie można byłoby zastosować.

Zarzut nr 6 - *art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp*

Jak już wskazano wyżej Zamawiający zasadnie dokonał poprawy omyłki w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym za nieuzasadniony należało uznać zarzut dotyczący niezgodności oferty Konsorcjum z warunkami zamówienia.

O niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia można mówić jeżeli treść tej oferty merytorycznie nie odpowiada wymaganiom zamawiającego. Takich niezgodności Odwołujący nie podnosił.

Dotyczy oferty wykonawcy INSTAL ELECTRIC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedz Krakowie

Zarzut nr 1 - *art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp*

Jak już wskazano wyżej, o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia można mówić jeżeli treść tej oferty merytorycznie nie odpowiada wymaganiom zamawiającego. Takich niezgodności Odwołujący nie podnosił.

Wykonawca Instal umieścił i wycenił w kosztorysie ofertowym, stanowiącym treść oferty, agregat prądotwórczy oraz wskazane w odwołaniu rozdzielnice.

Zarzut nr 2 - *art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp*

Odwołujący nie przedstawił żadnej racjonalnej i przekonującej argumentacji, przemawiającej za przyjęciem, jakoby wykonawca zamierzał powierzyć podmiotowi udostępniającemu zasoby realizację całości przedmiotu zamówienia.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, zamiar powierzenia realizacji całości zamówienia nie wynika z treści zobowiązania podmiotu udostepniającego zasoby.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. § 5 pkt 1 lit. a 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.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……