

Sygn. akt: KIO 3146/24

WYROK

Warszawa, dnia 20 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Rembud Trzebinia spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebini, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasta Jaworzno, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GAMA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie, J. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO-PROJEKT J. O. z siedzibą w Sosnowcu i ECC PAX spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie,

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutów 1 i 2 petitum odwołania.
2. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu 3 petitum odwołania.
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 3146/24

Uzasadnienie

Gmina Miasta Jaworzno, Urząd Miejski w Jaworznie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Budowa ul. Nowoszczakowskiej wraz z przebudową skrzyżowania z ul. Grunwaldzką DK79 w Jaworznie w ramach zadania „Budowa Obwodnicy Północnej Miasta””, nr postępowania: ZPU.271.1.5.2024.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 118018-2024 z dnia 26 lutego 2024 r., numer Dz.U. S: 40/2024.

W postępowaniu tym Rembud Trzebinia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebini (dalej: „Odwołujący”) 29 sierpnia 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1) i pkt 2) pzp polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez wybranie oferty jako najkorzystniejszej która została złożona bez należytego umocowania;
- 2) art. 58 ust. 1 i ust. 2 pzp w zw. z art. 128 ust. 1 pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 95 kc, art. 96 kc i 99 kc poprzez błędne sprawdzenie przez Zamawiającego dokumentów stanowiących części składowe oferty w postaci pełnomocnictwa i zasad reprezentacji podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), co spowodowało uznanie, że oferta nie zawiera braków formalnych, podczas gdy oferta została podpisana przez osobę nieupoważnioną do dokonywania tej czynności, bez dysponowania prawem do reprezentacji konsorcjum w chwili złożenia oferty;

3) art. 74 ust. 2 pkt 1 pzp poprzez nie udostępnienie Odwołującemu wszystkich pism

złożonych przez Wykonawcę w toku postępowania, pomimo wskazania w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 31.07.2024 r., że Odwołujący ma rację, iż dokumenty te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy, a zatem Zamawiający winien był je udostępnić w całości, co uniemożliwiło Odwołującemu weryfikację danych o których poinformował Zamawiającego w dniu 10.08.2024 r., a wskazujących na niezgodność z warunkami SWZ oferty Wykonawcy.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości z uwagi na stwierdzenie naruszeń, które miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do udostępnienia dokumentów które złożył Wykonawca wraz z załącznikami w zakresie wyjaśnień i dodatkowych wyjaśnień w pismach z dnia 26.04.2024 r., 27.05.2024 r. oraz z dnia 14.06.2024 r. bez anonimizacji (utajnienia) danych w nich zawartych (zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku KIO z dnia 31.07.2024 r. sygn. akt 2445/24 dane te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i winne być odtajnione).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę.

Uzasadniając podniesione w odwołaniu zarzuty, Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający bada oferty pod kątem dochowania odpowiedniej formy, w tym również pod względem zgodności z przepisami o reprezentacji. Odwołujący przypomniał, że w przypadku składania oferty podpisanej przez pełnomocnika należy złożyć wraz z ofertą stosowne pełnomocnictwo. Udzielenie pełnomocnictwa stanowi przykład czynności upoważniającej, w wyniku której osoba umocowywana uzyskuje kompetencję (umocowanie) do działania w imieniu mocodawcy. Odwołujący wskazał, że podstawową kwestią przy ocenie treści pełnomocnictwa jest istnienie skutecznego umocowania pełnomocnika. Odwołujący wskazał następujące stanowisko doktryny: „Prawne znaczenie dla skuteczności reprezentacji ma istnienie umocowania w momencie składania oświadczenia woli w imieniu reprezentowanego”. Odwołujący podniósł że wynika to wprost z brzmienia VII PKT 2) SWZ. W myśl VII PKT 2) SWZ Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (konsorcja, spółki cywilne). W takim przypadku - wraz z ofertą - należy przedłożyć pełnomocnictwo lub inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

(np. umowa o współdziałaniu). Pełnomocnik może być ustanowiony do reprezentowania wykonawców w postępowaniu albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy. Odwołujący wskazał, że z VII PKT 8.b) SWZ wynika natomiast, że dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego lub podmiotu udostępniającego zasoby, sporządza się i przekazuje w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W przypadku, gdy pełnomocnictwo zostało wystawione w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, dopuszcza się przekazanie cyfrowego odwzorowania tego dokumentu, które opatrzone jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z pełnomocnictwem w postaci papierowej, może dokonać mocodawca (osoba/osoby wystawiające pełnomocnictwo) lub notariusz. Cyfrowe odwzorowanie pełnomocnictwa nie może być uwierzytelnione przez osobę, której udzielane jest pełnomocnictwo.

Przedkładając powyższe na grunt niniejszej sprawy, Odwołujący wskazał, że Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, która została złożona przez Wykonawcę -Konsorcjum przez osobę nieumocowaną do dokonania tej czynności oraz bez dysponowania prawem do reprezentacji Konsorcjum trzech podmiotów GAMA Sp. z o.o. (Lider), ECC PAX Sp. z o.o. (Partner) oraz EKO - PROJEKT J. O. (Partner) w chwili złożenia oferty. Zamawiający na skutek nieprawomocnego wyroku KIO z dnia 31.07.2024 r. wezwał pismem z dnia 7 sierpnia 2024 r. Wykonawcę do przedłożenia dokumentów potwierdzających umocowanie GAMA Sp. z o.o. do składania oświadczeń w imieniu konsorcjum składającego ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W odpowiedzi GAMA Sp. z o.o. przedłożyła pełnomocnictwo z datą 29.03.2024 r., które zostało opatrzone podpisami elektronicznymi w dniu 13.08.2024 r. oraz umowę Konsorcjum z datą 29 marca 2024 r. z podpisami odręcznymi oraz naniesionymi w dniu 13.08.2024 r. podpisami elektronicznymi. Odwołujący wskazuje tym samym, że przedłożone pełnomocnictwo zostało skutecznie udzielone w dniu 13.08.2024 r., bowiem liczy się data złożonych podpisów, a nie ta wpisana na dokumencie. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego w chwili składania przez Konsorcjum oferty, nie istniało udzielone na podstawie tej umowy upoważnienie do działania, ponieważ powstało ono najwcześniej z dniem 13.08.2024 r. Natomiast przedłożona umowa Konsorcjum również, zdaniem Odwołującego, nie mogła stanowić dowodu udzielenia przez Konsorcjum pełnomocnictwa GAMA Sp. z o.o., gdyż zgodnie z § 2 b) Lider jest upoważniony do reprezentowania strony w tym do „podpisywania dokumentów w imieniu i za uprzednią zgodą Konsorcjantów, w tym do złożenia oferty(...)”. Wykonawca nie wykazał, zdaniem Odwołującego, istnienia najpóźniej w dniu złożenia oferty dokumentu, z którego wynika zgoda na złożenie oferty w brzmieniu, w którym

została złożona rzekomo w imieniu Konsorcjum. Przy czym zgoda znajdująca się w dokumencie pełnomocnictwa z dnia 29.03.2024 r. ale opatrzonego datą podpisu elektronicznego 13.08.2024 r. (a więc i chwili skutecznego złożenia oświadczenia woli) nie może stanowić dowodu zgody uprzedniej. Tym samym należy uznać, w ocenie Odwołującego, że taki dokument nie istnieje, bowiem gdyby istniał, to Wykonawca by go przedłożył. Jednocześnie Wykonawca przedkładając tylko te dwa dokumenty na wezwanie Zamawiającego wykazał, że nie istnieją żadne inne które potwierdzają umocowanie. Odwołujący podniósł, że czynność złożenia oferty w świetle przepisów Pzp, stanowi jednostronną czynność prawną. Tym samym, zgodnie z treścią przepisu art. 104 kc „Jednostronna czynność prawna

dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.”. Odwołujący podniósł ponadto, że na gruncie przepisów Pzp, nie znajduje zastosowania tryb określony w przepisie art. 103 § 2 kc, umożliwiający potwierdzenie nieważnej czynności. Zdaniem Odwołującego istotną okolicznością jest to, że wezwanie Urzędu Miejskiego w Jaworznie z dnia 07.08.2024 r., zawierało zobowiązanie do przedstawienia dokumentu umocowania z dnia złożenia oferty, a nie zobowiązanie do potwierdzenia dokonanej czynności w trybie przepisu art. 103 § 2 kc. Ponadto z pisma Wykonawcy z dnia 24 lipca 2024 r., które zostało złożone przez Stronę w toku poprzedniego postępowania odwoławczego toczącego się pod sygn. akt KIO 2445/24 wynika, że złożona oferta przez Wykonawcę miała swoje umocowanie w dwóch pełnomocnictwach z dnia 02.04.2024 r., a nie nowym pełnomocnictwie z daty 29.03.2024 r. (w którym to dniu nie powstało) opatrzonym podpisem elektronicznym z dnia 13.08.2024 r. Niniejsze zostało również potwierdzone przez pełnomocnika Wykonawcy podczas rozprawy w dniu 26.07.2024 r. w toku postępowania toczącego się przed KIO pod sygn. akt 2445/24. Z uwagi na powyższe Wykonawca nie udowodnił należytego umocowania dla podmiotu składającego ofertę w imieniu Konsorcjum, a zatem Zamawiający winien był w konsekwencji na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 ofertę odrzucić.

Co do zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia wszystkich pism zastrzeżonych nieskutecznie tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący poniósł, że po wyroku KIO z sprawie o sygn. akt KIO 2445/24 zwrócił się do Zamawiającego o ich udostępnienie. Odwołujący wskazał, że zwrócił się do Zamawiającego za pośrednictwem platformy na której prowadzone jest postępowanie 10 sierpnia 2024 r. Zamawiający udzielił Odwołującemu odpowiedzi pismem z 19 sierpnia 2024 r. Odwołujący poniósł, że zgodnie SWZ Pkt III. Opis przedmiotu zamówienia PPKt. 10 „Zamawiający przyjmuje ryczałtową formę wynagrodzenia dla wykonawcy za realizację przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym, za podstawę określenia wartości wykonania zadania należy przyjąć dokumentację projektową oraz wytyczne zamawiającego określone w SWZ. Integralną częścią dokumentacji projektowej

jest Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót W piśmie z dnia 21 maja 2024 r. skierowanym do Konsorcjum Zamawiający zwraca się o dodatkowe wyjaśnienia, poprzez szczegółowe wskazanie m.in. sposobu skalkulowania materiału do budowy nasypów zgodnego z Specyfikacją Techniczną.

Odwołujący podniósł, że w piśmie z dnia 27.05.2024 r. zostały złożone wyjaśnienia przez firmę Gama – utajnione dla Wykonawców. Następnie w piśmie z dnia 7 czerwca 2024 r. skierowanym do Konsorcjum, Zamawiający zwraca się o dodatkowe wyjaśnienia dotyczące kruszywa betonowego, jako materiału wskazanego do wykonania nasypów. Zgodnie ze specyfikacją techniczną kruszywo betonowe nie jest wymienione w materiałach możliwych do wykorzystania i tym samym odpowiedź konsorcjum jeżeli faktycznie zawierała informację o wykorzystaniu tego materiału, nie powinna zostać zaakceptowana, ponieważ nie spełnia warunków STWiOR i tym samym jest niezgodna z SWZ. Tym samym, zdaniem Odwołującego, oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona ze względu na niezgodność przyjętego do oferty materiału w stosunku do specyfikacji. Zdaniem Odwołującego, że wymienionego kruszywa betonowego nie można zaliczyć do materiałów budowlanych, ponieważ w rzeczywistości jest to gruz betonowy z rozbiórki tj. tzw. przekrusz, który nie spełnia wymagań dotyczących budowy nasypów do dróg a termin kruszywo w tym przypadku jest nadużywany. Niezależnie od braku możliwości dopuszczenia wynikającego ze specyfikacji, Zamawiający na etapie postępowania przetargowego udzielając odpowiedzi do pytań Wykonawców nie dopuścił możliwości stosowania materiałów z rozbiórki. Analizując pisma z pytaniami Zamawiającego w stronę Konsorcjum, w wyjaśnieniach właśnie taki materiał mógł zostać zastosowany. Ponadto zwracam uwagę, że jeżeli taki materiał został wymieniony, informacja o nim nie powinna zostać zatajona, ponieważ nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa oraz nie posiada szczegółowej receptury jak to może być z innymi materiałami. W związku z powyższym konieczna jest o szczegółowa analiza odpowiedzi udzielonych przez Konsorcjum pod kątem prawidłowości zastosowanych materiałów zgodnie ze specyfikacją, której Zamawiający nie wykonał oraz uniemożliwił jej wykonanie Odwołującemu, nie udostępniając zawnioskowanej dokumentacji.

W złożonej pismem z 12 września 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający przedstawił argumentację.

W złożonym pismem z 16 września 2024 r. stanowisku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia GAMA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie, J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EKO-PROJEKT J. O. z siedzibą w Sosnowcu i ECC PAX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie, przedstawili swoje stanowisko wraz z argumentacją i wnieśli o odrzucenie zarzutu nr 3 odwołania oraz o oddalenie pozostałego zakresu odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO” lub „Izba”), rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia GAMA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie, J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EKO-PROJEKT J. O. z siedzibą w Sosnowcu i ECC PAX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie, (dalej: „Przystępujący”).

Izba odrzuciła odwołanie w części odnoszącej się do zarzutu nr 3 petitum odwołania, o czym szerzej będzie mowa w dalszej części uzasadnienia przedmiotowego orzeczenia.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Istotną okolicznością dla rozpoznania przedmiotowej sprawy odwoławczej jest wydanie przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku z dnia 31 lipca 2024 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2445/24. Przedmiotowe odwołanie w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 1 i 2 petitum odwołania, dotyczy bowiem czynności Zamawiającego wykonanych po ww. wyroku, na skutek zapadłego rozstrzygnięcia.

Izba, w wyniku częściowego uwzględnienia odwołania w sprawie KIO 2445/24

nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego umocowanie GAMA Sp. z o.o. w Jaworznie do składania oświadczeń w imieniu konsorcjum składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Na skutek powyższego, Zamawiający pismem z 7 sierpnia 2024 r. poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. Ponadto, Zamawiający wezwał Przystępującego do „uzupełnienia dokumentu potwierdzającego umocowanie GAMA sp. z o.o. w Jaworznie do składania oświadczeń w imieniu konsorcjum składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, udzielonej pismem z 13 sierpnia 2024 r., Przystępujący złożył pełnomocnictwo oraz umowę konsorcjum z 29 marca 2024 r. W piśmie tym Przystępujący wskazał, że odpowiadając na to wezwanie Zamawiającego wziął też pod uwagę wyrok o sygn. KIO 2445/24 w tym jego uzasadnienie.

Do pisma załączono umowę konsorcjum z 29 marca 2024 r. która została sporządzona w formie pisemnej, tj. została opatrzona na ostatniej stronie odręcznymi podpisami przedstawicieli poszczególnych podmiotów wchodzących w skład utworzonego konsorcjum ponadto umowa ta została opatrzona kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi złożonymi przez każdego z przedstawicieli podmiotów wchodzących w skład konsorcjum 13 sierpnia 2024 r. Ponadto do pisma tego załączono dokument pełnomocnictwa opatrzone podpisami elektronicznymi przedstawicieli każdego z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum z datą 13 sierpnia 2024 r.

W zakresie zarzutu nr 3, za istotne dla jego rozstrzygnięcia okoliczności faktyczne Izba uznała skierowaną przez Odwołującego po wyroku z 31 lipca 2024 r. sygn. akt KIO 2445/24 korespondencję, tj.:

- pismo z 8 sierpnia 2024 r. o treści „Proszę o udostępnienie korespondencji skierowanej przez Gminę Miasta Jaworzna do firm, które brały udział w w/w przetargu i złożyły ofertę w terminie, dotyczącej wyjaśnienia rażąco niskiej ceny”;
- korespondencję na platformie, za pośrednictwem której prowadzone jest postępowanie, tj. wiadomość z 10 sierpnia 2024 r. o treści: „W związku z wyrokiem KIO, w tym zobowiązaniem Zamawiającego do powtórzenia badania i oceny ofert Wykonawca wskazuje następujące. Zamawiający w toku postępowania przetargowego udzielił odpowiedzi na pytania Wykonawców z dnia 27 marca 2024. W dokumencie znajduje się pytanie nr 12 dotyczące branży drogowej o dopuszczenie częściowego użycia materiałów pochodzących z rozbiórek, na które Zamawiający w odpowiedzi nie

wyraził zgody. W piśmie z dnia 21 maja 2024 r. skierowanym do firmy GAMA, Zamawiający zwraca się o dodatkowe wyjaśnienia poprzez szczegółowe wskazanie m.in. sposobu skalkulowania materiału do budowy nasypów zgodnego z Specyfikacją Techniczną. W piśmie z dnia 27.05.2024 zostały złożone wyjaśnienia przez firmę Gama - utajnione dla Wykonawców. Następnie w piśmie z dnia 07 czerwca 2024 r. skierowanym do firmy GAMA, Zamawiający zwraca się o dodatkowe wyjaśnienia dotyczące kruszywa betonowego, jako materiału wskazanego do wykonania nasypów. Nie mniej jednak materiał ten nie został dopuszczony przez Gminę na etapie przetargu (odpowiedź na pytanie nr 12) . W piśmie z dnia 7 czerwca 2024 zostały złożone wyjaśnienia przez firmę Gama - utajnione. Z uwagi na powyższe Wykonawca wskazuje, że prawdopodobnie Wykonawca którego oferta została wybrana jako najbardziej korzystna a następnie wskutek wyroku KIO uchylona jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego a nadto zawiera rażąco niską cenę. Z uwagi na powyższe winna być obecnie odrzucona.”;

- odpowiedź Zamawiającego z 19 sierpnia 2024 r.

Na podstawie treści pkt 20 protokołu postępowania sporządzonego na druku ZP-PN, Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał nowych czynności/powtórzył następujące czynności:

- 1) 8 sierpnia 2024 r. unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego jako

najkorzystniejszej;

2) wezwanie Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp;

3) 14 sierpnia 2024 r ponownie zbadano ofertę Przystępującego w zakresie

uzupełnionych na powyższe wezwanie dokumentów i stwierdzono, że dokumenty te spełniają wymagania wskazane w wyroku 2445/24;

4) 19 sierpnia 2024 r. ponownie wybrano ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą.

Pismo z 19 sierpnia 2024 r. stanowi potwierdzenie ponownego wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Ad zarzutów wskazanych w pkt 1 i 2 petitum odwołania.

W zakresie oceny prawidłowości pełnomocnictwa złożonego w odpowiedzi na wezwanie skierowane do wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, skład orzekający stoi na stanowisku, że uzupełnione tak pełnomocnictwo powinno przede wszystkim być

prawidłowe zarówno co do treści jak i formy. Ponadto, powinno również potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania. W ocenie Izby nie ma znaczenia, że uzupełnione na wezwanie pełnomocnictwo jest opatrzone podpisem na dzień jego uzupełnienia a nie na dzień czynności której dotyczy, o ile z jego treści wynika, że potwierdza istnienie umocowania na dzień dokonania spornej czynności. Gdyby przyjąć pogląd odmienny, tj. oczekiwać, że za każdym razem pełnomocnictwo uzupełniane w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp będzie datowane na dzień podjęcia czynności, której dotyczy, przeczyłoby to idei uzupełniania tego dokumentu.

Zatem aby rozstrzygnąć przedmiotowy zarzut, niezbędne było dokonanie oceny uzupełnionych w odpowiedzi na wezwanie pełnomocnictwa i umowy konsorcjum w celu ustalenia, czy z ich treści wynika, że pełnomocnik, w tym przypadku lider konsorcjum, był należycie umocowany do złożenia oferty w chwili dokonania tej czynności.

Po pierwsze, odnosząc się do zarzutu, że wezwanie do Przystępującego zostało skierowane przez Zamawiającego na podstawie nieprawomocnego wyroku Izby, skład orzekający zwraca uwagę na treść art. 577 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Przepis ten stanowi dla zamawiającego, będącego gospodarzem postępowania o zamówienie, ograniczenie w postaci zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze i jako taki powinien być ściśle interpretowany. Ponadto, po ogłoszeniu przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zakaz przestaje obowiązywać. Stąd też Izba nie dopatrywała się nieprawidłowości w czynnościach podjętych przez Zamawiającego po otrzymaniu wyroku w sprawie o sygn. KIO 2445/24 tylko z tego powodu, że zostały one podjęte na podstawie nieprawomocnego orzeczenia.

Po drugie, Odwołujący zarzucił że w jego ocenie złożone na wezwanie pełnomocnictwo zostało skutecznie udzielone 13 sierpnia 2024 r., ponieważ liczy się data złożenia na nim podpisu. Uzupełniona wraz z tym pełnomocnictwem umowa konsorcjum, zdaniem Odwołującego, również nie może stanowić dowodu udzielenia pełnomocnictwa z uwagi na treść §2 lit. b), który stanowi o konieczności udzielenia uprzedniej zgody Konsorcjanta, w tym do złożenia oferty. W ocenie Odwołującego, z uwagi na okoliczność, że Przystępujący nie wykazał istnienia takiej zgody na dzień złożenia oferty, należy uznać że taki dokument nie istnieje. Ponadto za taką zgodę zdaniem Odwołującego nie może zostać uznane pełnomocnictwo z 29 marca 2024 r. podpisane elektronicznie 13 sierpnia 2024 r.

Dokonując analizy uzupełnionych na wezwanie dokumentów potwierdzających umocowanie lidera konsorcjum Izba miała na uwadze zarówno ich treść jak i okoliczności tego konkretnego stanu faktycznego, towarzyszące ich złożeniu. Skład orzekający w tej sprawie

podziela stanowisko wyrażone przez Izbę w wyroku z dnia 31 marca 2022 r. KIO 703/22 zgodnie z którym: „Izba podziela stanowisko, że do oceny pełnomocnictw składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje zastosowanie KC, określający zasady wykładni oświadczeń woli. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ponadto zwrócić należy uwagę na wpływające z orzecznictwa Sądu Najwyższego dyrektywy co do powinności dokonywania życzliwej interpretacji oświadczeń woli, wspomagającej uznanie czynność prawną za ważną (por. wyrok Sądu Najwyższego z 14 grudnia 2016 r., sygn. akt. Nieuwzględnienie tych wytycznych w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego może prowadzić do wniosków i ocen godzących w określoną w art. 7 ust. 1 PrZamPubl zasadę proporcjonalności, do czego w ocenie Izby doszło w tej sprawie. Ocena umocowania pełnomocnika powinna być dokonana z uwzględnieniem okoliczności, w jakich pełnomocnictwo zostało udzielone. W związku z tym ocena taka nie może abstrahować od celu czynności.”.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył umowę konsorcjum zawartą w formie pisemnej 29 marca 2024 r. i opatrzoną podpisami elektronicznymi z 13 sierpnia 2024 r. Z treści tego dokumentu wynika, że umowa została zawarta 29 marca 2024 r. w Jaworznie i stanowi, że w skład konsorcjum wchodzi trzy podmioty. Zgodnie z §1 ust. 1 Konsorcjum

zostało utworzone w celu realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie o udzielenie zamówienia objęte rozpoznawaniem odwołaniem. Jak wynika z ust. 2 w ramach Konsorcjum Strony są równorzędnymi partnerami, zaś w stosunku do Zamawiającego rolę Lidera pełnić będzie GAMA sp. z o. o. Jak natomiast wynika z treści § 2 lit. a) Lider upoważniony jest reprezentowania interesów stron w postępowaniu przetargowym, w tym w szczególności do reprezentowania Konsorcjum przed Zamawiającym we wszystkich sprawach dotyczących postępowania przetargowego oraz jak wynika z lit. b) podpisywania dokumentów w imieniu i za uprzednią zgodą Konsorcjanta, w tym do złożenia oferty i podpisania umowy na realizację przedmiotu zamówienia. Dodatkowo z § 4 ust. 1 umowy wynika, że każdy członek konsorcjum jest zobowiązany podczas ubiegania się o realizację zamówienia do m.in. przygotowania wymaganej dokumentacji w zakresie swojej części oferty.

Przechodząc do analizy treści pełnomocnictwa zwrócić należy, uwagę, że zostało ono podpisane 13 sierpnia 2024 r. Natomiast z jego treści wynika m.in., że po pierwsze, nawiązuje wprost do umowy z 29 marca 2024 r. („Mając na uwadze zawartą w dniu 29 marca 2024 r. umowę o współpracy w ramach konsorcjum (...)). Po drugie, odwołuje się wprost do treści §2 tego umowy zarówno do treści zawartej w lit a) oraz w lit. b) i zawiera stwierdzenie „(...) w celu potwierdzenia udzielonego w Umowie Liderowi pełnomocnictwa do reprezentowania Konsorcjum w w/w postępowaniu, Partnerzy Konsorcjum:

1. EKO – PROJEKT (...)
2. ECC PAX Sp. z o.o. (...)

Udzielają niniejszego pełnomocnictwa Liderowi Konsorcjum – GAMA Sp. z o.o. (...) i potwierdzają umocowanie Lidera konsorcjum udzielone już w Umowie. Lider Konsorcjum upoważniony był i jest do: (...) b) opracowania, podpisania, parafowania i złożenia w imieniu Konsorcjum oferty wraz z załącznikami na rzecz Zamawiającego (...) Jednocześnie Partnerzy konsorcjum potwierdzają, że Lider jest i był należycie umocowany do wszystkich w/w czynności od dnia zawarcia umowy tj. od dnia 29 marca 2024 r.”.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby zarzuty odwołania są bezzasadne, bowiem z okoliczności sprawy, w tym z uzupełnionych na wezwanie dokumentów w postaci pełnomocnictwa i umowy konsorcjum wynika zdaniem Izby, że potwierdzają istnienie umocowania dla Lidera Konsorcjum do dokonania czynności złożenia oferty w postępowaniu na dzień jej dokonania. W zakresie poczynionego w umowie zastrzeżenia, co do wyrażenia uprzedniej zgody przez Konsorcjanta, zwrócić należy uwagę, że strony nie wskazały w umowie sposobu wyrażenia tej zgody, ani nie wskazały określonej formy. Tym samym zdaniem Izby zgoda mogła być udzielona w sposób dowolny. Biorąc natomiast pod uwagę, że członkowie Konsorcjum złożyli swoje podpisy pod uzupełnionymi dokumentami, w tym pod pełnomocnictwem w treści którego potwierdzili umocowanie dla Lidera do złożenia oferty w postępowaniu, kwestia wyrażenia zgody o której mowa w umowie konsorcjum nie jest w ocenie Izby wątpliwa.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego co do niemożności zastosowania instytucji wskazanych w art. 103 § 2 kc, skład orzekający wskazuje, że nie mamy na gruncie tej sprawy odwoławczej do czynienia z instytucją wskazaną w ww. przepisie. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i w odpowiedzi na to wezwanie otrzymał uzupełnione dokumenty i przedmiotem rozpoznania w tej sprawie jest ocena przez Izbę prawidłowości oceny tych dokumentów przez Zamawiającego w granicy zarzutów sformułowanych przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie zostało w tym zakresie oddalone.

Ad zarzutu wskazanego w pkt 3 petitum odwołania.

Odwołujący podczas posiedzenia z udziałem stron doprecyzował, że zarzut wskazany w pkt 3 petitum odwołania jest zarzutem ewentualnym i podlega rozpoznaniu dopiero w razie nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1 i 2 petitum odwołania.

Ten zakres odwołania podlega jednak w ocenie Izby odrzuceniu z następujących powodów. W zaistniałym w tej sprawie stanie rzeczy uznać należy, że podnosząc narzut nr 3 Odwołujący wpisuje się w przesłanki odrzucenia odwołania wskazane w art. 528 pkt 3), 4) i 5) ustawy Pzp, zgodnie z którymi Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało

wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, a także wówczas, gdy odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego, a ponadto odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W ocenie Izby w tej sprawie zaszyły powyższe przesłanki odrzucenia rozpoznawanego zakresu odwołania. W sprawie o sygn. akt KIO 2445/24 Odwołujący w treści odwołania sformułował zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 3 uznk przez wadliwe uznanie, że wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W orzeczeniu tym Izba oceniła, że zarzut jest zasadny jednakże nie mógł on spowodować uwzględnienia odwołania w tym zakresie z powodu brzmienia art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i niepotwierdzenia się zarzutów dotyczących zaferowania przez Odwołującego ceny rażąco niskiej (oddalone zarzuty nr 1-5, 7 z petitum odwołania). W konsekwencji Izba rozstrzygając odwołanie przesądziła o oddaleniu odwołania w tym zakresie. Powyższe skutkowało tym, że Zamawiający nie został zobowiązany, aby wykonując wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2445/24 dokonać czynności odtajnienia spornych dokumentów, gdyż ww. wyrok nie nakładał na Zamawiającego nakazu takiego zachowania. Tym samym nie można zarzucić Zamawiającemu, aby podjęte przez niego

czynności (a także czynności, których Zamawiający zaniechał) nie zostały wykonane zgodnie z wyrokiem Izby. Stanowisko Izby wyrażone w uzasadnieniu w sprawie KIO 2445/24 należy rozumieć w ten sposób, że Izba wyraziła negatywną ocenę czynności Zamawiającego co do uznania skuteczności objęcia spornych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa ale jednocześnie nie nakazała Zamawiającemu podjęcia czynności ich odtajnienia i udostępnienia w postępowaniu z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Jeśli więc Odwołujący z takim rozstrzygnięciem się nie zgadzał, powinien był wnieść skargę na ww. wyrok KIO, czego zaniechał.

Po drugie, Izba już orzekała co do odtajnienia spornych dokumentów i zaniechała nakazania ich udostępnienia nie dopatrując się wpływu na wynik postępowania z uwagi na konstrukcję zarzutów odwołania w sprawie KIO 2445/24 stąd też mimo, że Odwołujący w tym postępowaniu odwoławczym przywołał inną podstawę prawną, tak naprawdę dąży do ponownego rozpoznania przez Izbę kwestii już rozstrzygniętej, co wypełnia przesłankę wskazaną w pkt 4). Dodatkowo wobec powołania się przez Odwołującego na korespondencję z 10 sierpnia 2024 r. i okoliczności tam wskazane, Izba zwraca uwagę, że w treści tej wiadomości Odwołujący powołuje się na pisma z 21 maja 2024 r. i 7 czerwca 2024 r. których teść, jak wyjaśnił podczas rozprawy, była mu znana już na etapie wnoszenia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2445/24, stąd też powoływanie się na te okoliczności na tym etapie

postępowania uznać należy w ocenie Izby za wypełniające podstawę odrzucenia odwołania wskazaną w pkt 3).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 2 pkt 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: