Sygn. akt: KIO 4410/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Odrzywolska

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 12 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu25 listopada 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie F.H. ROBERTO R.K., Przedsiębiorstwo Usługowe "ZBYSZEK" Z.C. z siedzibą lidera w Krzepicach

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: PGE Dystrybucja S.A.

z siedzibą w Lublinie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie EKOBOX S.A., FOTOZE S.A. z siedzibą lidera w Wiśniówce zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie F.H. ROBERTO R.K., Przedsiębiorstwo Usługowe "ZBYSZEK" Z.C. z siedzibą lidera w Krzepicach, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie F.H. ROBERTO R.K., Przedsiębiorstwo Usługowe "ZBYSZEK" Z.C. z siedzibą lidera

w Krzepicach tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie F.H. ROBERTO R.K., Przedsiębiorstwo Usługowe "ZBYSZEK" Z.C.

z siedzibą lidera w Krzepicach na rzecz zamawiającego PGE Dystrybucja S.A.

z siedzibą w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 4410/24

U z a s a d n i e n i e

PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie (dalej: „zamawiający") prowadzi,

na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) - dalej: „ustawa Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Modernizacja i wyposażenie stacji SN/nN w układy pomiarowe bilansowo-kontrolne zdalnego odczytu, wraz z uruchomieniem transmisji danych pomiarowych na terenie działania PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź; nr postępowania: POST/DYS/OLD/GZ/01626/2024 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie"), o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp. Zamówienie zostało podzielone na części, z których przedmiotem odwołania jest część 5 zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 czerwca 2024 r., numer publikacji ogłoszenia 331779-2024, numer wydania Dz.U. S. 108/2024.

W dniu 15 listopada 2024 r. zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wyborze, jako najkorzystniejszej w części 5 postępowania, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie EKOBOX S.A., FOTOZE S.A. z siedzibą lidera w Wiśniówce (dalej „Konsorcjum" lu „przystępujący").

W dniu 25 listopada 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się

o zamówienie F.H. ROBERTO R.K., Przedsiębiorstwo Usługowe "ZBYSZEK" Z.C. z siedzibą lidera w Krzepicach (dal „odwołujący") zostało wniesione odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego w części 5 postępowania, polegające na: (1) nieuzasadnionym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum; (2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum mimo, że oferta: została złożona przez osobę, której Konsorcjum nie udzieliło pełnomocnictwa, a pomimo wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp skierowanego do tego wykonawcy

pełnomocnictwo nie zostało przedstawione; oświadczenie złożone w trybie art. 117 ust 4 ustawy Pzp wskazuje na podział obowiązków pomiędzy konsorcjantów z pominięciem realizacji przedmiotu umowy - jeden
z nich (Lider) ma koordynować prace, natomiast drugi (Partner) ma przygotowywać dokumentację techniczną. Tak złożone oświadczenie stanowi podmiotowy wniosek dowody,
a z jego treści nie wynika, który z podmiotów ma realizować usługi zamawiane przez zamawiającego; oferta została złożona z rażąco niską ceną.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp z uwagi na nieodrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo tego, że wykonawca w przewidzianym terminie nie złożył prawidłowego pełnomocnictwa do podpisania i złożenia oferty, a zatem w postępowaniu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia byli niewłaściwie reprezentowani;
2. art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na nieodrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo tego, że oferta ta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, udzielone panu K.S. pełnomocnictwo nie potwierdza bowiem prawa
   do reprezentowania Konsorcjum, a z samej treści umowy konsorcjum dołączonej
   do postępowania wynika, że podmioty je tworzące dokonały podziału zadań w sposób sprzeczny z wymogami zamawiającego, tj. FOTOZE S.A., która nie ma doświadczenia
   w zakresie wykonywania usług wymaganych przez zamawiającego miałaby zapewnić kadry i wykonać prace, podczas gdy to na doświadczeniu EKOBOX S.A. podmioty
   te opierają się w ofercie złożonej zamawiającemu;
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na nieodrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo tego, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, zaoferowany zakres usług wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie odpowiadał warunkom zamówienia. Ponadto z treści umowy konsorcjum wynika, że FOTOZE S.A., która nie ma doświadczenia w zakresie wykonywania usług wymaganych przez zamawiającego miałaby zapewnić kadry i wykonać prace, podczas gdy w treści oferty zapisano, że to na doświadczeniu EKOBOX S.A. podmioty te opierają możliwość realizacji usług będących przedmiotem postępowania; co więcej to EKOBOX S.A. złożyła oświadczenie o dysponowaniu pracownikami do realizacji usług;
4. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum, podlegającej odrzuceniu z powodu zaoferowania w tej ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co w szczególności wynika z wyjaśnień złożonych przez te podmioty wobec wezwania tego wykonawcy przez zamawiającego
   do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w tym z uwagi na: (a) przyjęcie wyjaśnień rażąco niskiej ceny od Konsorcjum w sytuacji, kiedy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny obejmują wyłącznie koszty jednego z podmiotów wspólnie ubiegających się
   o udzielenie zamówienia - EKOBOX S.A., w ogóle nie odnosząc się do kosztów FOTOZE S.A., nawet w minimalne części; (b) przyjęcie jako prawidłowych dokumentów kalkulacji materiałów jednostkowych pochodzących od firmy Rutex Sp. z o.o., podczas gdy skierowane są one wyłącznie do podmiotu EKOBOX S.A. i pochodzą z daty, kiedy strony z całą pewnością nie były związane umową konsorcjum, nie wiadomo w jakim celu i do realizacji jakich prac miałyby zostać użyte, szczególnie w sytuacji, kiedy w ofercie podmioty wspólnie ubiegające się o złożenie zamówienia nie wykazały żadnego
   z dostawców, z którego będą korzystać na poziomie wyższym niż 10% - zatem oferty te należy taktować jako przypadkowe;
5. art. 16 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności, przejawiające się w nierzetelnej ocenie oferty odwołującego, a tym samym naruszenie zasad konkurencji.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
(2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum w części 5 postępowania.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie EKOBOX S.A., FOTOZE S.A.
z siedzibą lidera w Wiśniówce.

Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe z 9 grudnia 2024 r., wnosząc

o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania i odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła,

co następuje

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

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie w części 5. Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum, która zdaniem odwołującego podlega odrzuceniu. Gdyby zamawiający wykonał czynności, zgodnie z oczekiwaniem odwołującego, to miałby on szansę zostać wybrany w niniejszym postępowaniu. Wskutek wskazanych w odwołaniu zaniechań zamawiającego, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, zawarcia umowy, jak też osiągnięcia zysku z tytułu jego realizacji. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania, przesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z zapisem w Rozdziale IV SWZ jestusługa Modernizacji i wyposażenia stacji SN/nN w układy pomiarowe bilansowo - kontrolne zdalnego odczytu, wraz z uruchomieniem transmisji danych pomiarowych na terenie działania PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź w podziale na 7 części. Przedmiotem zamówienia
w Części 5, która jest objęta przedmiotem odwołania jest: Modernizacja stacji SN/nN wraz
z montażem RE Bełchatów.

W Rozdziale XII SWZ zamawiający opisał zasady, na jakich wykonawcy mogli wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W niniejszym rozdziale wskazał: (12.1.) Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. (12.2.) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 12.2.1. ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich
w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego; 12.2.2. ponoszą solidarną odpowiedzialność
za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
(12.3.) Jeżeli zostanie wybrana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kopii umowy regulującej współpracę tych wykonawców. (12.4.) Co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi posiadać uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. (12.5.) W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych
lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. (12.6.) W przypadku, o którym mowa w pkt 12.4 i 12.5. powyżej, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. (12.7.) W przypadku wspólnego ubiegania się
o Zamówienie przez Wykonawców, JEDZ składany jest przez każdego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o Zamówienie.

Izba ustaliła także, że dla części 5 zamówienia zostało złożonych 7 ofert, w tym przez przystępującego. O zamówienie ubiegali się wspólnie wykonawcy: EKOBOX S.A. i FOTOZE S.A. i zaoferowali oni za realizację zadania kwotę brutto 4 579 750,02 zł. Z kolei odwołujący za wykonanie tej części zamówienia zaoferował cenę brutto 5 023 689,00 zł.

Zgodnie z zapisami Rozdziału XII SWZ przystępujący, który miał obowiązek ustanowić pełnomocnika do reprezentowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedłożył następujące pełnomocnictwa: (1) pełnomocnictwo wystawione przez FOTOZE S.A. (Partnera Konsorcjum) dla EKOBOX S.A. (Lider Konsorcjum) do podpisania oferty przetargowej, zaciągania zobowiązań w imieniu FOTOZE S.A., w szczególności
do reprezentowania, uzupełniania oferty na wezwanie zamawiającego, występowania przed zamawiającym, a także w

przypadku wygrania przetargu - zawarcia umowy;
(2) pełnomocnictwo dla Pana K.S. udzielone przez FOTOZE S.A. w zakresie jak wyżej; (3) pełnomocnictwo dla Pana K.S. udzielone przez EKOBOX S.A.
w zakresie jak wyżej. Pełnomocnictwa z ofertą zostały złożone w formie skanu wersji papierowej, podpisanej odręcznie w dniu 17 czerwca 2024 r. Do oferty załączona została także umowa konsorcjum nr 4/07/2024 zawarta w dniu 1 lipca 2024 r. oraz załącznik nr 1 precyzujący podział zakresu prac w ramach przedmiotowego kontraktu i załącznik nr 2 (pełnomocnictwo szczegółowe).

W dniu 16 lipca 2024 r. zamawiający wezwał Konsorcjum, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia pełnomocnictw udzielonych przez Ekobox S.A. oraz przez Fotoze S.A. dla Pana K.S.. W wyznaczonym przez zamawiającego terminie wykonawca przesłał cyfrowe odwzorowanie pełnomocnictw, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym mocodawców.

Zamawiający skierował także do przystępującego wezwanie 2 sierpnia 2024 r.,
w którym zobowiązał go do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, z uwzględnieniem miesięcznego kosztu wynagrodzenia na 1 etat (wynagrodzenie brutto/ koszt pracodawcy), zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, załączając tabelę (załącznik nr 1 do wezwania), którą miał obowiązek wypełnić wykonawca. Konsorcjum złożyło wyjaśnienia w piśmie
z 7 sierpnia 2024 r.

Izba ustaliła ponadto, że w dniu 15 listopada 2024 r. zamawiający opublikował
na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wyborze, jako najkorzystniejszej w części 5 postępowania, oferty złożonej przez Konsorcjum.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie konieczne jest przypomnienie treści przepisów, które znajdą zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

W art. 117 opisane zostały wymogi dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z ust. 1 zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. W ust. 2 wskazano, że warunek dotyczący uprawnień
do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Z kolei w ust. 3 przewidziano, że w odniesieniu
do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których
te zdolności są wymagane. Zgodnie z ust. 4 w przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio
do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia,
o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: (1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub (2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi z kolei, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości

wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W ust. 2 tego przepisu przewidziano, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: (1) 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;
(2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień,
o których mowa w ust. 1. Ust. 5 tego przepisu wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Z kolei w ust. 6 przewidziano, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Ponadto, ustawodawca w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przewidział, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nakaz odrzucenia oferty wykonawcy ma także miejsce w przypadku wypełnienia się przesłanki opisanej w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp tj. w przypadku, gdy została złożona przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa
w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zamawiający odrzuca także ofertę wykonawcy, jeśli ta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Odrzuceniu podlega również oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo tego, że została złożona przez wykonawcę, który w przewidzianym terminie nie złożył prawidłowego pełnomocnictwa do podpisania i złożenia oferty, a zatem
w postępowaniu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia byli niewłaściwie reprezentowani, oraz z uwagi na to, że oferta złożona przez Konsorcjum jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie znajduje oparcia w aktach sprawy stanowisko odwołującego, że K.S. jest osobą, która nie posiada właściwego umocowania do złożenia oferty w ramach postępowania prowadzonego przez zamawiającego, w imieniu Konsorcjum. Jak ustalił skład orzekający, zamawiający 16 lipca 2024 r. wezwał przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w tym umowy konsorcjum oraz pełnomocnictw. W odpowiedzi na powyższe zostały przedłożone następujące dokumenty: (1) umowa konsorcjum nr 4/07/2024 r. z dnia 1 lipca 2024 r. o zawiązaniu przez wykonawców: EKOBOX S.A. i FOTOZE S.A. Konsorcjum w celu wspólnego wykonania zadania pod nazwą Modernizacja i wyposażenie stacji SN/nN w układy pomiarowe bilansowokontrolne zdalnego odczytu, wraz z uruchomieniem transmisji danych pomiarowych na terenie działania PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź" (zapis § 1 ust. 1) - dalej „Umowa".
Z treści tej Umowy wynika, iż Liderem Konsorcjum jest EKOBOX S.A. a Uczestnikiem FOTOZE S.A.; (2) pełnomocnictwo szczególne z dnia 1 lipca 2024 r. na mocy którego Uczestnik FOTOZE S.A. udzielił EKOBOX S.A. pełnomocnictwa do reprezentowania FOTOZE S.A. przed zamawiającym w opisanym wyżej postępowaniu, w tym w szczególności
do złożenia w imieniu Konsorcjum wspólnej oferty oraz pełnomocnictwo do reprezentowania FOTOZE S.A. przez EKOBOX S.A. w opisanym na wstępie postępowaniu. Oba pełnomocnictwa zawierały upoważnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw przez pełnomocnika; (3) pełnomocnictwo z dnia 17 czerwca 2024 r. udzielone Panu K.S. przez EKOBOX S.A. oraz (4) pełnomocnictwo z dnia 17 czerwca 2024 r. udzielone Panu K.S. przez FOTOZE S.A. Treść wskazanych wyżej dokumentów nie budzi żadnych wątpliwości i wynika z nich, że Pan K.S. ma prawo do zaciągania zobowiązań w imieniu mocodawców, którymi są obaj członkowie Konsorcjum tj. EKOBOX S.A. i FOTOZE S.A. w postępowaniach przetargowych i nie jest one w żaden sposób ograniczone ani co do zaciągania zobowiązań, formy składanych ofert czy też udziału w konsorcjach.

Wskazać należy, że przepisy ustawy Pzp nie wprowadzają definicji pełnomocnictwa, tym samym odnieść się należy w tym zakresie do przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia
1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r., poz. 1061) - dalej „KC". Z art. 96 KC wynika, że istotą pełnomocnictwa jest możliwość działania w cudzym imieniu, co oznacza możliwość złożenia przez prawidłowo umocowanego pełnomocnika oświadczenia woli ze skutkiem prawnym dla mocodawcy, zgodnie z art. 95 § 2 KC. Treść pełnomocnictwa określa z kolei przepis art. 98 KC, wyróżniający pełnomocnictwa ogólne (do czynności zwykłego zarządu), rodzajowe (określające rodzaj czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu) oraz szczególne (udzielane dla dokonania poszczególnych czynności).

Z kolei przepis art. 58 ustawy Pzp dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o zamówienie publiczne. Cytowany przepis wskazuje, że w takim wypadku mogą oni ustanowić pełnomocnikiem jednego z nich lub inną osobę (fizyczną lub prawną). Ustanowienie pełnomocnika może być dokonane w umowie regulującej współpracę wykonawców lub w odrębnym dokumencie pełnomocnictwa. Przepisy ustawy Pzp w tym zakresie nie wprowadzają żadnych dodatkowych regulacji czy ograniczeń.

Przepisy Pzp i KC nie wymagają również, dla ważności pełnomocnictw udzielanych przez członków konsorcjum, wskazania w ich treści, że wykonawcy ci wspólnie ubiegają się
o udzielenie zamówienia publicznego, ani też udzielenia pełnomocnictwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w jednym dokumencie. Ważne jest, aby z treści udzielonego pełnomocnictwa wynikało: kto, kogo i do jakich czynności umocowuje. Treść pełnomocnictwa musi rozstrzygać, czy ustanowiony pełnomocnik uprawniony jest do reprezentowania w postępowaniu (jakiego postępowania pełnomocnictwo dotyczy), czy także do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy.

W świetle powyższego należy uznać, że pełnomocnictwo udzielone Panu K.S. jest prawidłowe i skuteczne, gdyż upoważnia do działania w imieniu obu członków Konsorcjum i, w świetle jego treści, nie budzi wątpliwości, że upoważnienie obejmuje złożenie oferty w ich imieniu.

Izba nie podzieliła też zastrzeżeń odwołującego, który wskazywał, że z samej treści Umowy konsorcjum dołączonej do postępowania wynika, że podmioty je tworzące dokonały podziału zadań w sposób sprzeczny z wymogami zamawiającego, tj. FOTOZE S.A., która nie ma doświadczenia w zakresie wykonywania usług wymaganych przez zamawiającego miałaby zapewnić kadry i wykonać prace, podczas gdy to na doświadczeniu EKOBOX S.A. podmioty te opierają się w ofercie złożonej zamawiającemu.

Nie sposób jest dopatrzeć się wskazywanych sprzeczności w treści Umowy, które
to miałyby skutkować tym, że nie sposób jest w rezultacie ustalić jaki jest zakres odpowiedzialności, jak też podział zadań w ramach Konsorcjum. Analizując wszystkie zapisy Umowy, jak też biorąc pod uwagę treść wszystkich dokumentów, które zostały złożone przez przystępującego w toku postępowania, wynika bezspornie który podmiot i jakie czynności będzie realizował. Wskazać należy, że w niniejszym postępowaniu Konsorcjum przedłożyło, działając wspólnie i wyrażając wolę wspólnej realizacji zamówienia publicznego szereg dokumentów: Umowę konsorcjum, wykaz zrealizowanych usług, wykaz osób, które
to dokumenty, czytane łącznie, pozwalają odczytać jaka była wola członków Konsorcjum
we wskazanym zakresie.

W szczególności, w odniesieniu do podziału prac między członkami Konsorcjum, pomiędzy wskazywanymi wyżej dokumentami nie ma sprzeczności, ale uznać należy, że te wzajemnie się uzupełniają. W szczególności nie sposób stwierdzić, że istnieje rozbieżność pomiędzy wskazywanym przez odwołującego zapisem w § 6 ust. 2 Umowy, który określa wprawdzie w sposób ogólny, że to „Uczestnik" zapewni zaplecze techniczne i kadry niezbędne do wykonania prac. Jednakże już Załącznik nr 1 do Umowy (który został przesłany wraz
z Umową i załączony do Umowy) precyzuje, że to EKOBOX S.A., jako Lider zobowiązuje się do wykonania następujących prac: organizacja, wykonanie i koordynacja prac w tym wykonanie dokumentacji powykonawczej, wykonanie części prac przy wykorzystaniu własnego oraz będącego w dyspozycji sprzętu. Z kolei FOTOZE S.A. będzie wykonywał prace przydzielone przez EKOBOX S.A. Ostatecznie wątpliwości w tym zakresie rozwiewa treść innych dokumentów przedłożonych w postępowaniu w postaci Wykazu osób (załącznik nr 6 do SWZ), który wskazuje, że to EKOBOX S.A. dedykuje niezbędne osoby do realizacji zadań objętych przyszłą umową. Nie sposób więc uznać, że zamawiający powinien, po lekturze treści Umowy, jak też pozostałych złożonych w postępowaniu dokumentów nabrać wątpliwości
co do tego jaką rolę spełniają poszczególni uczestnicy w ramach Konsorcjum.

Nie potwierdziły się także sformułowane przez odwołującego zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art.

224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum, która zdaniem odwołującego podlegać powinna odrzuceniu z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej. Przy czym odwołujący formułując ten zarzut i odnosząc się do treści złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny wskazał na dwie, następujące okoliczności.

W pierwszej kolejności zarzucił zamawiającemu, że ten przyjął złożone wyjaśnienia od podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKOBOX S.A. I FOTOZE S.A. w sytuacji, kiedy wyjaśnienia rażąco niskie ceny obejmują wyłącznie koszty jednego
z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. EKOBOX S.A., w ogóle nie odnosząc się do kosztów FOTOZE S.A., nawet w minimalnej części. Ponadto zarzucił przyjęcie, jako prawidłowych, dokumentów kalkulacji materiałów jednostkowych pochodzących od firmy Rutex Sp. z o.o., podczas gdy skierowane są one wyłącznie
do podmiotu EKOBOX S.A. i pochodzą z daty, kiedy strony z całą pewnością nie było związane umową konsorcjum, nie wiadomo w jakim celu i do realizacji jakich prac miałyby zostać użyte, szczególnie w sytuacji, kiedy w ofercie podmioty wspólnie ubiegające się o złożenie zamówienia nie wykazały żadnego z dostawców, z którego będą korzystać na poziomie wyższym niż 10 %. W konsekwencji oferty te należy taktować jako przypadkowe.

W tym miejscu skład orzekający pragnie przypomnieć, na co wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą oparte jest
na tych samych podstawach, co inne postępowania o charakterze kontradyktoryjnym i
- zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego - ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Regulacje w tej materii zostały zawarte m.in. w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z kolei niesprostanie przez odwołującego ciężarowi dowodu skutkuje oddaleniem odwołania. Izba nie ma bowiem odpowiednich instrumentów, aby w toku rozprawy odwoławczej wszelkie wątpliwości rozstrzygnąć, jej rola jak wspomniano wyżej ogranicza się bowiem wyłącznie do oceny dowodów przedłożonych przez strony.

W przypadku, gdy zarzuty odwołania dotyczą kwestii rażąco niskiej ceny, obowiązkiem odwołującego jest wykazanie, że oferta przystępującego taką rażąco niską cenę zawiera. Wprawdzie w myśl art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeśli ten jest uczestnikiem postępowania. Jednakże owa szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu nie zwalania odwołującego
z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta nie może być rozumiana w ten sposób, iż odwołujący może na przykład poprzestać wyłącznie na przedstawieniu tezy, że skoro zaistniały podstawy do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 czy 2 ustawy Pzp, to znaczy, że cena ta musi być rażąco niska, przerzucając ciężar dowodu na wykonawcę, który złożył ofertę lub na zamawiającego (podobnie w wyroku KIO z dnia 2 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1225/22; wyroku KIO z dnia 12 marca 2024 r., sygn. akt KIO 633/24).

W niniejszej sprawie odwołujący, który odnosi się do złożonych przez Konsorcjum,
w odpowiedzi na wezwanie, wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie przedstawia nawet żadnych argumentów, nie mówiąc już o kalkulacjach czy wyliczeniach, które miałyby wskazywać jaki jest minimalny koszt realizacji zamówienia oraz z jakich to przyczyn zaoferowana przez przystępującego cena jest ceną nierealistyczną, nierynkową, za którą nie sposób jest zamówienie to wykonać.

Odwołujący kwestionuje wprawdzie samą treść wyjaśnień, ale nie czyni tego
w odniesieniu do zaoferowanej przez Konsorcjum ceny. Wskazuje wyłącznie na okoliczność, że złożone w postępowaniu wyjaśnienia wskazują na koszty tylko jednego z członków Konsorcjum tj. EKOBOX S.A., z kolei koszty FOTOZE S.A. nie zostały w żadnym miejscu wskazane. Dodatkowo zwraca uwagę, że oferta sprzedaży materiałów pochodząca od Rutex Sp. z o.o. została skierowana wyłącznie do EKOBOX S.A. tj. do Lidera.

Powyższe, w ocenie Izby, pozostaje bez znaczenia dla oceny zarzutów w zakresie podnoszonym przez odwołującego tj. w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Odwołujący ani szczegółowo nie uzasadnił, ani też nie podjął nawet próby wykazania, że oferta Konsorcjum zawiera cenę rażąco niską.

Odnosząc się z kolei do uzasadnienia faktycznego, w ramach którego odwołujący podnosi powyższe okoliczności, Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że nie budzi żadnych wątpliwości, że wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny zostały złożone przez Konsorcjum (świadczy o tym zarówno informacja w nagłówku, jak również podpisy, złożone przez obu członków Konsorcjum). Należy także zaznaczyć, że pojęcie „konsorcjum” nie funkcjonuje w obrocie prawnym, nie jest ani spółką prawa handlowego ani też spółką cywilną, nie ma własnej osobowości prawnej i nie podlega rejestracji. Jest ono wyłącznie rodzajem porozumienia zawartego między podmiotami, którego założeniem jest osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego w postaci uzyskania zamówienia publicznego i realizacji umowy. Skoro tak,

to bez znaczenia jest czy oferta pochodząca od podmiotu trzeciego została skierowana wyłącznie do jednego z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie czy też
do Konsorcjum. Bez znaczenia jest też okoliczność, że kosztorysy i oferty wskazują na koszty EKOBOX S.A., który jest liderem konsorcjum zwłaszcza, że z treści Umowy wynika, że
to głównie ten podmiot będzie realizował zamówienie, zaś rola drugiego z członków Konsorcjum jest marginalna. Dodatkowo, jak wcześniej zauważono, odwołujący nie wskazał z jakich powodów należałoby uznać, że cena skalkulowana przez Konsorcjum i przedstawiona w wyjaśnieniach miałaby zostać uznana za rażąco niską.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało
na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ
na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający
w sposób prawidłowy dokonał wyboru oferty przystępującego w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:……..……