

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INSTAL-MAT sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Dębicy, MIXEL Firma Elektryczna T.K. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Tarnowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Usługowy Zakład Elektryczny J.Z., B.K. WKD Zakład Elektro-Techniczny, F.P.H.U. ELEKTRO WIMA s.c. M.C., W.J., I Zakład Instalacji Elektrycznych Pomiarów i Dokumentacji

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Tarnowie w zakresie zadania nr 7 postępowania o udzielenie zamówienia: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INSTAL-MAT sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Dębicy, MIXEL Firma Elektryczna T.K. oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INSTAL-MAT sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Dębicy, MIXEL Firma Elektryczna T.K.,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Tarnowie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INSTAL-MAT sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Dębicy, MIXEL Firma Elektryczna T.K. tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od zamawiającego TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Tarnowie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INSTAL-MAT sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Dębicy, MIXEL Firma Elektryczna T.K. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 1855/24

**UZASADNIENIE**

TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Tarnowie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Realizacja prac związanych z przyłączeniem odbiorców gr. IV i V na terenie działalności TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Tarnowie” (znak postępowania: PZP/TD-OTR/05492/2023). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 października 2024 r. pod numerem 2023/S 206-647406.

W dniu 27 maja 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu w zakresie zadania nr 7 złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia INSTAL-MAT sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Dębicy, MIXEL Firma Elektryczna T.K. (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego:

- odrzucenia oferty Odwołującego;
- zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia stosownych dokumentów oraz o udzielenie wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów;
- oraz od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Usługowy Zakład Elektryczny J.Z. (Lider Konsorcjum), B.K. WKD Zakład Elektro-Techniczny, F.P.H.U. ELEKTRO WIMA s.c. M.C., W.J., I.J. Zakład Instalacji Elektrycznych Pomiarów i Dokumentacji (dalej: „Przystępujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 524 ustawy Pzp poprzez nieuczynienie zadość obowiązкови wezwania Odwołującego do przystąpienia do

poprzedniego postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 970/24) i pomimo tego złożenia oświadczenia o uznaniu zarzutów odwołania, co doprowadziło następnie do bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego i nadało działaniom Zamawiającego pozory legalności, a to wobec przepisów art. 522 ustawy Pzp oraz art. 528 ust. 5 ustawy Pzp, w sytuacji gdy jest to działanie oczywiście sprzeczne z prawem oraz narusza zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców wyrażone w art. 16 ustawy Pzp,

art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) oraz 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, a także art. 58 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 107 kodeksu cywilnego, a także § 13 ust. 3 i 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. poprzez błędne uznanie, że „Wykonawca dołączył do oferty wadliwe pełnomocnictwo”. pomimo że pełnomocnictwo nie było wadliwe, a nawet gdyby je za takie uznać to umocowanie do działania w imieniu Odwołującego wynikało z umowy konsorcjum i przedstawianie dodatkowo pełnomocnictwa, który umocowywałoby do tego samego nie ma prawnego i faktycznego uzasadnienia i wobec tego błędne odrzucenie oferty Odwołującego i w rezultacie dokonanie wyboru oferty Przystępującego, która jest mniej korzystna dla Zamawiającego, art. 522 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 524 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 i art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, a także art. 16 i 17 ustawy Pzp, a to wobec wcześniejszego uznania odwołania Przystępującego, a to pomimo, że w poprzedniej procedurze odwoławczej Zamawiający nie wezwał Odwołującego do przystąpienia do poprzedniego postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 970/24) i następnie zastosowanie „automatyzmu” i uznania pełnomocnictwa złożonego przez Odwołującego za wadliwe bez stosownego zbadania oferty, a więc bez wezwania do złożenia prawidłowego dokumentu lub wezwania do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o:

nieodrzucając odwołania na podstawie art. 528 ust. 5 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż Zamawiający nie wezwał Odwołującego do przystąpienia w poprzednim postępowaniu odwoławczym, a więc przesłanki do zastosowania tego przepisu nie zostały spełnione;

unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

unieważnienie czynności badania i oceny ofert;

unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej Przystępującego;

nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, i wówczas ewentualnego wezwania Odwołującego do złożenia stosownych dokumentów lub wyjaśnień, powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

nakazanie Zamawiającemu zwrotu Odwołującemu poniesionych kosztów postępowania, według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania. Złożył w postępowaniu ofertę ocenioną najwyżej i z najniższą ceną, która została pierwotnie wybrana przez Zamawiającego w dniu 15 marca 2024 r. Oferta Odwołującego przedstawia więc najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów, stąd zachodzą przesłanki do uznania jej za najkorzystniejszą. Odrzucenie złożonej przez niego oferty uniemożliwia dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej oraz zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zakres zarzutów podniesionych przez Odwołującego, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody polegającej na utracie przychodów związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 17 maja 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 27 maja 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego:

Przytaczając stan faktyczny sprawy, Odwołujący wskazywał, że dnia 27 marca 2024 r. Zamawiający przesłał kopię odwołania Przystępującego do Lidera konsorcjum Odwołującego, ale nie wezwał do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przesłano jedynie kopię odwołania wraz z informacją o jego złożeniu z dnia 27 marca 2024 r. W takiej sytuacji zdaniem Odwołującego, skoro Odwołujący nie ze swojej winy nie uczestniczył w postępowaniu odwoławczym, w którym Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, nie może działać mechanizm opisany w art. 528 ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił dalej, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego ze względu na wadliwość pełnomocnictwa. Odwołujący uzasadniając zarzuty w tym zakresie zastrzegł, iż w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy

PZP, gdyż: „Wykonawca dołączył do oferty wadliwe pełnomocnictwo”. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie wskazał, na czym ma polegać wadliwość tego pełnomocnictwa, nie wezwał również wcześniej do wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości dotyczących tego dokumentu ani nie wezwał do przedstawienia niewadliwego dokumentu. Wobec tego w dalszych rozważaniach Odwołujący odnosił się do rzekomych swoim zdaniem wad tego dokumentu wskazanych w odwołaniu Przystępującego, bowiem oświadczył, że nie wiedział, czy Zamawiający uznał, że dokument ten posiada jedną z zarzucanych wad czy wszystkie. W ocenie Odwołującego nie ma podstaw, aby art. 58 ust. 2 ustawy Pzp rozumieć jako nakaz ustanawiania jednego pełnomocnika. Skoro ustawa tego nie precyzuje, to strona może wskazać większą ich liczbę. Prawidłowa wykładnia tego pełnomocnictwa wcale zresztą nie doprowadza do wniosku, że pełnomocnictwo zostało udzielone kilku podmiotom/osobom. Otóż wyraźnie wolą udzielającego pełnomocnictwo jest udzielenie go Liderowi konsorcjum, a więc INSTAL-MAT Spółka z o.o. Sp. k. (która to nazwa została nawet pogrubiona), w którego imieniu może działać K.M.. Redakcja tego pełnomocnictwa jest faktycznie niefortunna, ale nie sposób z takiej przyczyny odrzucać oferty. Odwołujący odniósł się też do poprzedniego odwołania Przystępującego co do zakresu pełnomocnictwa. Odwołujący podniósł też, że fakt możliwości reprezentowania konsorcjum wynika z samej umowy konsorcjum i w istocie nie jest koniecznym dodatkowo przedstawianie pełnomocnictwa, co wynika z §4 ust. 3 pkt 3.1. lit. c) umowy. Zdaniem Odwołującego, nie ma zatem nawet potrzeby powoływać się na dokument pełnomocnictwa, wystarczy wskazać, że z umowy wynika umocowanie, a więc czynność odrzucenia oferty i z tej przyczyny jest nieprawidłowa. Odwołujący wskazał, że żądanie pełnomocnictwa jest uzasadnione, jeśli z innego dokumentu nie wynika, że dana osoba działa w imieniu wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołujący założył też, jeśli uznać, że podpis z ramienia Instal-Mat Sp. z o.o. Sp. k. jest konieczny na pełnomocnictwie, to faktycznie pełnomocnictwo jest podpisane przez K.M.a z datą późniejszą niż dzień złożenia oferty. Wynika to z faktu, że do oferty omyłkowo załączono dokument z błędem. Odwołujący podnosił też, że dnia 10 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał Lidera Konsorcjum do przedłożenia pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Jak przedstawiał Odwołujący, Zamawiający sprecyzował w wezwaniu, że: „W złożonej ofercie Wykonawca przedstawił pełnomocnictwo oraz umowę konsorcjum opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, gdzie pełnomocnictwo zawarte jest z datą i godziną wcześniejszą niż umowa konsorcjum, z pełnomocnictwa powinno wynikać iż pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili złożenia oferty”. Lider konsorcjum złożył, wobec tego pełnomocnictwo z dnia 23 listopada 2023 r., do którego to dokumentu Zamawiający nie zgłosił żadnych zastrzeżeń, w tym w szczególności nie skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, a więc nie zażądał wyjaśnień. W ocenie Odwołującego dopiero na skutek odwołania Zamawiający powziął wątpliwości co do tego czy Lider konsorcjum reprezentujący wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jest prawidłowo umocowany, a więc wcale nie jest tak, że musiał odrzucić ofertę, ale powinien tę okoliczność zbadać. Zatem zastosować art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że te rozważania byłyby bez znaczenia, gdyby dodatkowo Zamawiający działał zgodnie z prawem, a więc wezwał niniejszych Odwołującego do przystąpienia do poprzedniego postępowania odwoławczego. Odwołujący też wskazał, że w wezwaniu z dnia 10 stycznia 2024 r. Zamawiający uważał, że pełnomocnictwo jest nieprawidłowe, bo „(...) zawarte jest z datą i godziną wcześniejszą niż umowa konsorcjum, z pełnomocnictwa powinno wynikać iż pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili złożenia oferty”. Odwołujący zaznaczył, że takie pełnomocnictwo zostało przedstawione zgodnie z żądaniem Zamawiającego i to pomimo, iż wezwanie to było w tym zakresie niezasadne (przy czym przyznał, że to „pierwsze” pełnomocnictwo zawierało inne błędy, a więc przypadkowe wskazanie osoby trzeciej). Odwołujący podkreślił przy tym, że z pełnomocnictwa z dnia 23 listopada 2023 r. bezwzględnie wynika, że nie jest zawarte przed umową konsorcjum (co swoją drogą nie stanowiłoby o wadliwości pełnomocnictwa), a także, że pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili złożenia oferty. Jeśli Zamawiający po czasie dostrzegł inne braki (abstrahując od tego czy słuszne), to ma obowiązek wezwać do przedstawienia dokumentu pozbawionego takich wad i dopiero, jeśli wykonawca nie uczyni zadość temu wezwaniu lub przedstawi dokument obarczony identyczną wadą, to powinien taką ofertę odrzucić.

#### Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 12 czerwca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5) ustawy Pzp, a w przypadku braku odrzucenia, Zamawiający wskazał, że zarzuty odwołania są niezasadne.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że odwołanie winno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 5) ustawy

Pzp. W dniu 27.03.2024 r. Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego o odwołaniu złożonym w dniu 25.03.2024 r. przez Przystępującego po stronie Zamawiającego wraz ze wskazaniem podstawy prawnej, tj. art. 524 ustawy Pzp, która obejmuje wezwanie wykonawcy do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wraz z pismem z dnia 27.03.2024 r. Zamawiający przekazał jednocześnie Odwołującemu odwołanie złożone w dniu 25.03.2024 r. przez Przystępującego po stronie Zamawiającego. Jeszcze tego samego dnia, tj. 27.03.2024 r. Odwołujący potwierdził otrzymanie wyżej wymienionej informacji wraz z odwołaniem. Pomimo tego, Odwołujący z sobie tylko znanych przyczyn nie skorzystał wówczas z prawa do przystąpienia do postępowania odwoławczego, które toczyło się przed KIO pod sygn. akt KIO 970/24. Zamawiający uznał wówczas zasadność odwołania, a KIO umorzyła postępowanie. Czynności zaskarżone obecnie przez Odwołującego zostały wykonane przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem Przystępującego po stronie Zamawiającego sformułowanym w odwołaniu z dnia 25.03.2024 r. Tym samym odwołanie winno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 5) ustawy Pzp.

W przypadku braku odrzucenia odwołania z przyczyn wskazanych powyżej, Zamawiający wskazał, że sformułowane w odwołaniu dalsze zarzuty są niezasadne. Zamawiający wskazał, że Odwołujący w postępowaniu złożył dwa pełnomocnictwa – z dnia 13.11.2023 r. oraz z dnia 23.11.2023 r. Pierwsze z nich zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez K.M. oraz własnoręcznym podpisem przez T.K. (brak kwalifikowanego podpisu elektronicznego w tym zakresie oraz brak należytego poświadczenia zgodności skanu pełnomocnictwa z dokumentem w postaci papierowej dokonanej we właściwej formie przez mocodawcę albo ew. przez notariusza). W pełnomocnictwie tym umocowanymi do reprezentacji zostali wskazani INSTAL-MAT sp. z o.o. sp.k. oraz Grzegorz Dul. Przy tym przedłożone pełnomocnictwo nie dotyczyło złożonej oferty, jak też umowy konsorcjum, gdyż data pełnomocnictwa była wcześniejsza niż data zawarcia umowy konsorcjum. Przy tym jednocześnie z samej umowy konsorcjum, w szczególności z postanowienia § 4 ust. 3 ppkt 3.1. lit. c) umowy konsorcjum nie wynika upoważnienie Lidera Konsorcjum Odwołującego do reprezentowania konsorcjum. W umowie konsorcjum wskazano co prawda, że: Partnerzy Konsorcjum udzieliłi Liderowi Konsorcjum nieodwołalnego, w czasie trwania Umowy Konsorcjum, pełnomocnictwa do reprezentowania interesów Stron Konsorcjum przed Zamawiającym, a w szczególności do zawarcia w imieniu Konsorcjum Umowy z Zamawiającym. Pełnomocnictwo to upoważnia Lidera Konsorcjum do udzielania dalszych pełnomocnictw związanych z niniejszym przetargiem i realizacją Umowy. Pełnomocnictwo, o którym mowa w ust. 4, zawierające uprawnienia Lidera Konsorcjum, którego kopia jest załączona do niniejszej Umowy (Załącznik nr 1), stanowi jej integralną część. Przy czym wraz z umową konsorcjum przedmiotowy Załącznik nr 1 (pełnomocnictwo) nie został przedłożony. Z tych przyczyn Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia prawidłowego pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum. Odwołujący nie kwestionował przedmiotowej czynności Zamawiającego, w szczególności poprzez wniesienie odwołania do KIO. W wyniku tego wezwania Odwołujący przedłożył pełnomocnictwo z dnia 23.11.2023 r. Przedmiotowe pełnomocnictwo opatrzone zostało kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez K.M. w dniu 11.01.2024 r. (a więc po dacie złożenia oferty) oraz własnoręcznym podpisem przez T.K. (brak kwalifikowanego podpisu elektronicznego w tym zakresie oraz brak należytego poświadczenia zgodności skanu pełnomocnictwa z dokumentem w postaci papierowej dokonanej we właściwej formie przez mocodawcę albo ew. przez notariusza). W pełnomocnictwie tym umocowanymi do reprezentacji zostali wskazani INSTAL-MAT sp. z o.o. sp.k. oraz K.M.. Z uwagi na fakt, że pełnomocnik Odwołującego nie posiadał udzielonego we właściwej formie pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum firm w dacie złożenia oferty, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego.

#### Stanowisko Przystępującego

W uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia z dnia 1 czerwca 2024 r. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie 528 pkt 5) ustawy Pzp, a na wypadek nieodrzucenia odwołania - o jego oddalenie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba oddaliła na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego wnioski o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5) ustawy Pzp, który w swoich stanowiskach pisemnych formułowali zarówno Zamawiający jak i Przystępujący. Nie powielając treści uzasadnień tychże wniosków, należy jedynie skonkludować, iż sam Zamawiający na posiedzeniu wprost oświadczył, iż nie sformułował literalnego wezwania obecnego Odwołującego do przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 970/24. Izba natomiast stoi na stanowisku, iż ustawa Pzp wyraźnie nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, jednak w świetle art. 524 ustawy Pzp niewystarczające jest przekazanie jedynie kopii odwołania, należy również wezwać

wykonawcę do postępowania odwoławczego i czynności tej w żaden sposób nie można domniemywać z samej okoliczności przekazania kopii odwołania (tak też KIO w wyroku z dnia 28 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1258/21). Tym samym pomimo nieprzystąpienia przez obecnego Odwołującego do uprzedniego postępowania odwoławczego w charakterze przystępującego, nie traci on możliwości ochrony swoich interesów w zakresie objętym odwołaniem, bowiem Zamawiający nie dopełnił obowiązku wezwania wykonawcy do przystąpienia do postępowania odwoławczego, który obok obowiązku przesłania kopii odwołania nakłada na niego art. 524 ustawy Pzp.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosił Przystępujący. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, załączone do odwołania oraz do odpowiedzi na odwołanie, a także przedłożone przez Odwołującego na posiedzeniu.

Izba oddaliła natomiast wniosek Przystępującego o dowód z opinii biegłego z zakresu badania pisma i dokumentów dla oceny autentyczności pełnomocnictwa opatrzonego datą 23 listopada 2024 r. złożonego przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 stycznia 2024 r. na okoliczność potwierdzenia posłużenia się przez Odwołującego spreparowaną częścią pełnomocnictwa opatrzonego datą 13 listopada 2023 r., co dodatkowo miało potwierdzić, iż nie zostało udzielone pełnomocnictwo przez Odwołującego. W ocenie Izby ustalenie stanu faktycznego sprawy nie wymaga bowiem wiadomości specjalnych. Rozstrzygnięcie sprawy obejmuje przede wszystkim ocenę prawną zaistniałych okoliczności, która dokonywana jest przez skład orzekający. Zauważyć też trzeba, że sam Przystępujący wnosił o ten dowód jedynie jako dodatkowe potwierdzenie swoich twierdzeń, a nie taka jest rola tego rodzaju dowodu, ze względu na swój ekstraordynaryjny charakter. W konsekwencji powyższego Izba oddaliła też wniosek Przystępującego o zobowiązanie Odwołującego do przedstawienia oryginałów pełnomocnictw opatrzonych datami 13 listopada 2023 r. oraz 23 listopada 2023 r. (egzemplarz przedstawiony na wezwanie Zamawiającego).

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Ze względu na zasadniczy brak sporu pomiędzy stronami i uczestnikiem co do stanu faktycznego sprawy oraz jego obszerność, Izba uznała za słuszne przywołanie w tym miejscu najistotniejszych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności faktycznych:

Oferta Odwołującego została podpisana przez osobę umocowaną do reprezentowania INSTAL-MAT Spółka z o.o. sp. k. Do oferty Odwołujący załączył umowę konsorcjum z dnia 23 listopada 2023 r. zawartą pomiędzy INSTAL-MAT Spółka z o.o. sp. k. a Mixel Firma Elektryczna, opatrzoną kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi osób umocowanych do reprezentowania tych wykonawców, z której wynika między innymi następujące:

„§1

*Przedmiotem działalności Konsorcjum jest złożenie Zamawiającemu tj. TAURON Dystrybucja S.A. oddział w Tarnowie z siedzibą w 33-100 Tarnów ul. Lwowska 72-96b, wspólnej oferty, a w dalszej kolejności w przypadku udzielenia zamówienia Konsorcjum i zawarcia z Zamawiającym umowy w sprawie udzielenia zamówienia wspólnej realizacji zadania pn. „Realizacja prac związanych z przyłączeniem odbiorców gr. IV i V na terenie działalności TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Tarnowie” Zadanie nr 7 Obszar J.T. Dębica - Nr referencyjny PZP/TD-OTR/05492/2023*

§4

*3. Funkcję Lidera Konsorcjum pełnić będzie INSTAL-MAT Spółka z o.o. Spółka komandytowa.*

*1. Szczególne uprawnienia Lidera Konsorcjum obejmują:*

- a) prowadzenie w imieniu Konsorcjum rozmów, negocjacji i korespondencji z Zamawiającym i innymi zainteresowanymi instytucjami w zakresie dotyczącym zadania,*
- b) reprezentowanie interesów Konsorcjum i jego Stron przed Zamawiającym oraz innymi instytucjami i dokonywanie w imieniu Konsorcjum wobec Zamawiającego wszystkich innych istotnych czynności.*
- c) Każdorazowego wystawiania faktur z tytułu realizacji Umowy*

*3. Ponadto obowiązki Lidera Konsorcjum obejmują:*

*3.1 na etapie oferowania i przetargu:*

- a) odebranie materiałów przetargowych,*
- b) zwracanie się do Zamawiającego o wyjaśnienie wszelkich wątpliwości związanych z zapytaniem ofertowym i dokumentacją przetargową przedmiotem przetargu, sposobem przygotowania i złożenia oferty;*

c) skompletowanie i złożenie Zamawiającemu oferty przetargowej w na podstawie przekazanych i uzgodnionych przez Strony Konsorcjum materiałów oraz wycen;

d) udzielanie Zamawiającemu wszelkich wyjaśnień dotyczących złożonej oferty.

3.2 na etapie realizacji Kontraktu zawartego z Zamawiającym:

a) podpisanie w imieniu Konsorcjum Kontraktu z Zamawiającym, na realizację Inwestycji, o której mowa w § 1 i § 2 Umowy.

Partnerzy Konsorcjum udzielili Liderowi Konsorcjum nieodwołalnego, w czasie trwania Umowy Konsorcjum, pełnomocnictwa do reprezentowania interesów Stron Konsorcjum przed Zamawiającym, a w szczególności do zawarcia w imieniu Konsorcjum Umowy z Zamawiającym. Pełnomocnictwo to upoważnia Lidera Konsorcjum do udzielania dalszych pełnomocnictw związanych z niniejszym przetargiem i realizacją Umowy. Pełnomocnictwo, o którym mowa w ust. 4, zawierające uprawnienia Lidera Konsorcjum, którego kopia jest załączona do niniejszej Umowy (Załącznik nr 1), stanowi jej integralną część. Lider Konsorcjum oświadcza, że przyjmuje pełnomocnictwo udzielone zgodnie z ust. 4 i zobowiązuje się działać zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy Konsorcjum”.

Do oferty Odwołujący załączył nadto pełnomocnictwo z dnia 13 listopada 2023 r.

Pismem z dnia 10 stycznia 2024 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia: „(...) Pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgodnie z postanowieniami pkt. 3.8.3 SWZ, wymagane w pkt. 4.2.1.6. SWZ. W złożonej ofercie Wykonawca przedstawił Pełnomocnictwo oraz umowę konsorcjum opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, gdzie Pełnomocnictwo zawarte jest z datą i godziną wcześniejszą niż umowa konsorcjum, z pełnomocnictwa winno wynikać, iż pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili złożenia oferty”.

Na powyższe wezwanie Odwołujący załączył pełnomocnictwo z dnia 23 listopada 2023 r., które zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby umocowanej do reprezentowania INSTAL-MAT Spółka z o.o. sp. k. oraz własnoręcznym podpisem osoby umocowanej do reprezentowania Mixel Firma Elektryczna.

W dniu 15 marca 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W dniu 25 marca 2024 r. odwołanie w niniejszym postępowaniu wobec dokonanego wyboru oferty Odwołującego wniósł Przystępujący.

Przy piśmie z dnia 27 marca 2024 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego kopię odwołania z dnia 25 marca 2024 r. W piśmie tym brak było literalnego wezwania do przystąpienia do postępowania odwoławczego (co zostało przyznane na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego przez Zamawiającego).

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 970/24 Odwołujący nie przystąpił, natomiast Zamawiający uwzględnił odwołanie Przystępującego w całości, w związku z czym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 970/24 w dniu 8 kwietnia 2024 r.

W dniu 17 maja 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, a ponadto o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał: „Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy PZP, zgodnie z którym: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli 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” oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy PZP, zgodnie z którym: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów”. Wykonawca dołączył do oferty wadliwe pełnomocnictwo”.

Mając powyższe ustalenia faktyczne na względzie, słusznym zdaniem Izby będzie poczynienie następujących uwag wprowadzających do dalszych wywodów. Po pierwsze Izba dostrzegła, iż podane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 17 maja 2024 r. sprowadzało się wyłącznie do stwierdzenia, iż: „Wykonawca dołączył do oferty wadliwe pełnomocnictwo”. Nie sposób tym samym było wywieść, co konkretnie przemawiało w ocenie Zamawiającego za tym, aby uznać pełnomocnictwo za wadliwe. Do tożsamyh wniosków w ocenie Izby doszedł również Odwołujący, sygnalizując w treści odwołania tę okoliczność. Zatem Odwołujący, jak wydaje się, z ostrożności odnosił się do wad tego dokumentu wskazanych w odwołaniu Przystępującego z dnia 25 marca 2024 r., a nie do podstaw odrzucenia oferty ujętych przez Zamawiającego przy dokonaniu tej czynności. Następnie jednak, w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający rozwinął swoje stanowisko odnośnie podstaw odrzucenia oferty, które w istocie sprowadzało się do tego, iż przedłożone przez Odwołującego pełnomocnictwo z dnia 23 listopada 2023 r.: „opatrzone zostało kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez K.M. w dniu 11.01.2024 r. (a więc po dacie złożenia oferty) oraz własnoręcznym podpisem przez T.K. (brak kwalifikowanego podpisu elektronicznego w tym zakresie oraz brak należytego poświadczenia zgodności skanu pełnomocnictwa z dokumentem w postaci papierowej dokonanego we właściwej formie

przez mocodawcę albo ew. przez notariusza). W pełnomocnictwie tym umocowanymi do reprezentacji zostali wskazani INSTAL-MAT sp. z o.o. sp.k. oraz K.M.. Z uwagi na fakt, że pełnomocnik Odwołującego nie posiadał udzielonego we właściwej formie pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum firm w dacie złożenia oferty, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego”. Po części więc zdaniem Izby Odwołujący trafnie „przewidział” intencje Zamawiającego co do powodów odrzucenia oferty. Co należy jednak wyraźnie podkreślić, Odwołujący nie postawił oddzielnego zarzutu w postaci zaniechania podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia swojej oferty, a zarazem podjął polemikę z Zamawiającym co do słuszności podjętej czynności odrzucenia oferty. Mając te niecodzienne okoliczności faktyczne na uwadze, Izba za właściwe przyjęła ocenę umocowania pełnomocnika do reprezentowania Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyłącznie w zakresie zbieżnym przedmiotowo pomiędzy treścią odwołania a odpowiedzi na odwołanie, tj. co do tego, czy pełnomocnictwo dla pełnomocnika wynika już z samej umowy konsorcjum oraz co do tego, czy dokument „pełnomocnictwo z dnia 23.11.2023 r. do umowy konsorcjum” złożony był w prawidłowej formie. Za niezasadną Izba uznała więc analizę ewentualnych wadliwości umocowania pełnomocnika do reprezentowania Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które ujęte były ponadto w treści odwołania Przystępującego, a do której odnosił się także Odwołujący, gdyż stanowiłoby to de facto polemikę Odwołującego nie z Zamawiającym, a z innym wykonawcą wobec czynności, którą podjął Zamawiający.

Jak już zostało wyżej stwierdzone przez Izbę przy uzasadnieniu oddalenia wniosków o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5) ustawy Pzp, w zaistniałym stanie faktycznym doszło do niewypełnienia przez Zamawiającego obowiązku wprost wynikającego z art. 524 ustawy Pzp, a więc wezwania Odwołującego do przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 970/24. Zgodnie bowiem z art. 524 ustawy Pzp, Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub są udostępniane dokumenty zamówienia, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Stąd też w ocenie Izby ustawodawca wyraźnie zakreślił, iż w przypadku wniesienia odwołania przez wykonawcę, poza przesłaniem kopii odwołania innym wykonawcom, zamawiający musi również wezwać do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zamawiający oświadczył, iż takiego wezwania do Odwołującego nie skierował, poprzestając tylko na przesłaniu kopii odwołania, czym naruszył przepis ustawy Pzp. W konsekwencji tego, iż w ocenie Izby oferta Odwołującego została niesłusznie odrzucona, co znajduje swój wyraz w uwzględnieniu przez Izbę zarzutu nr 2, zarzucane przez Odwołującego w ramach zarzutu nr 1 naruszenie ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania, a to uzasadnia uwzględnienie tego zarzutu w myśl art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Dalej należy wskazać, że zgodnie z art. 58 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.
2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jak zatem wynika z art. 58 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani są ustanowić pełnomocnika, tj. osobę fizyczną lub prawną wyznaczoną do reprezentowania wszystkich wykonawców w postępowaniu albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo powinno więc wskazywać zakres czynności, do których pełnomocnik jest upoważniony. Przepis ten nie precyzuje wymogów formalnych pełnomocnictwa, ani niezbędnych elementów, które powinny być zawarte w treści tego pełnomocnictwa. Niemniej Izba popiera stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 5 października 2010 r. (sygn. akt: KIO 2017/10):, iż pełnomocnictwo to powinno być co najmniej pełnomocnictwem rodzajowym obejmującym umocowanie do dokonywania i przyjmowania określonych czynności prawnych i faktycznych, a co za tym idzie, składania wszelkich oświadczeń woli w imieniu i na rzecz konsorcjum. Przy czym Izba wskazuje, między innymi za wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 29 sierpnia 2008 r. (sygn. akt: IX Ca 542/08), że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za dopuszczony i odpowiedni nie może być uznany wyłącznie dokument oznaczony nazwą „pełnomocnictwo”. Może to być każdy dokument, który będzie zawierał oświadczenie podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie o zawarciu konsorcjum i zakresie upoważnienia dla lidera. W ocenie Izby umocowanie pełnomocnika do reprezentowania Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia wynikało właśnie z umowy konsorcjum i nie jest potrzebne w takim przypadku przedstawienie pełnomocnictwa na osobnym dokumencie. Załączona do oferty Odwołującego umowa konsorcjum zdaniem Izby stanowi dokument prawidłowy, umocowujący jednego z członków konsorcjum do reprezentowania konsorcjum w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Niezależnie więc od formy dokumentu, w którym zawarte zostało pełnomocnictwo, jego treść winna obejmować umocowanie do reprezentowania mocodawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy w tej sprawie. Na taki stan bezsprzecznie wskazują zapisy umowy konsorcjum. Po pierwsze, w § 1

umowy konsorcjum wyraźnie określono cel zawarcia tejże umowy, jakim było złożenie oferty w tym konkretnym postępowaniu w zakresie Zadania nr 7 i ewentualne zawarcie umowy w sprawie zamówienia. W §4 umowy konsorcjum wyraźnie wskazano, który podmiot będzie pełnił rolę lidera konsorcjum, a więc pełnomocnika do reprezentowania wszystkich wykonawców w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W §4 umowy konsorcjum określono nadto zakres umocowania, w tym w szczególności §4 ust. 3 lit. c) wskazano, że obowiązku lidera konsorcjum obejmują: „skompletowanie i złożenie Zamawiającemu oferty przetargowej (...)”. W ocenie Izby zatem intencją stron umowy konsorcjum było niewątpliwie udzielenie upoważnienia do reprezentowania konsorcjum. Tym samym na brak załączenia sygnalizowanego w treści umowy konsorcjum oddzielnego dokumentu „pełnomocnictwo” bądź też przedstawienie takiego dokumentu objętego potencjalnymi wadami, nie można patrzeć w oderwaniu od literalnego brzmienia samej umowy konsorcjum, która wyraźnie ustanawia pełnomocnika do reprezentowania wszystkich wykonawców w postępowaniu. Powyższe doprowadziło więc w ocenie Izby do uznania, iż zarzut nr 2 zasługiwał na uwzględnienie.

Niezależnie od powyższego, Izba przyznaje rację stanowisku wyrażonemu przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie co do tego, iż dokumenty pełnomocnictw z dnia 13 listopada 2023 r. oraz z dnia 23 listopada 2023 r. nie zostały przedłożone przez Odwołującego w formie zgodnej z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452). Jak wskazano w §7 ust. 2 ww. rozporządzenia, w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty lub pełnomocnictwo, zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów, o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Zgodnie zaś z §7 ust. 3 pkt 3) ww. rozporządzenia, poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku pełnomocnictwa – mocodawca. Natomiast wedle §7 ust. 4 ww. rozporządzenia, poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, może dokonać również notariusz. Rzecz jasna przedmiotem sporu nie były stwierdzone przez Zamawiającego braki w zakresie pełnomocnictwa z dnia 13 listopada 2024 r. Niemniej jednak poświadczenie zgodności cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa z dnia 23 listopada 2023 r. złożonego na wezwanie Zamawiającego przez Odwołującego nie zostało dokonane przez mocodawcę (czyli osobę umocowaną do reprezentowania Mixel Firma Elektryczna, która podpisała pełnomocnictwo własnoręcznie) ani przez notariusza. Mając na uwadze przywołane przepisy ww. rozporządzenia, poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa dokonuje więc osoba, która pełnomocnictwa udzieliła, czyli mocodawca, ewentualnie może tego dokonać też notariusz. Nie jest więc dopuszczalne potwierdzenie cyfrowego odwzorowania przez jakąkolwiek inną osobę, w tym w szczególności przez osobę, której pełnomocnictwa udzielono. Ta okoliczność nie ma jednak wpływu na rozstrzygnięcie, bowiem w ocenie Izby pełnomocnik do reprezentowania Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia został ustanowiony w umowie konsorcjum.

Następnie należy zauważyć, że zgodnie z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp:

1. 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.

W ocenie Izby, Zamawiający w wystosowanym na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwaniu z dnia 10 stycznia 2024 r. do uzupełnienia pełnomocnictwa, jako nieprawidłowości pełnomocnictwa podał wyłącznie, że: „(...) *Pełnomocnictwo zawarte jest z datą i godziną wcześniejszą niż umowa konsorcjum, z pełnomocnictwa winno wynikać, iż pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili złożenia oferty*”. Zamawiający nie wskazał przy tym, że nie poświadczono zgodności cyfrowego odwzorowania pierwotnie złożonego pełnomocnictwa z dnia 13 listopada 2023 r. przez właściwą osobę. Nie sposób zatem przyjąć, iż wezwanie Zamawiającego obejmowało faktyczne podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, notabene zaprezentowane dopiero na etapie postępowania odwoławczego, co zostało już wyżej akcentowane. W ocenie Izby nie było więc przeszkód, aby Zamawiający, mając na względzie dalsze (bądź

nowe) wątpliwości co do poprawności formy złożonego na wezwanie „pełnomocnictwa z dnia 23.11.2023 r. do umowy konsorcjum”, przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego ponowił wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp lub też ewentualnie wezwał do wyjaśnień Odwołującego w myśl art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Wezwanie do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów, określonych w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, może być bowiem dokonywane jednokrotnie w stosunku do tej samej nieprawidłowości dotyczącej określonego oświadczenia lub dokumentu, pod warunkiem, że zostało prawidłowo sformułowane. Wezwanie takie powinno więc wyraźnie precyzować nieprawidłowości określonego oświadczenia lub dokumentu i sposób ich usunięcia poprzez wskazanie, czy powinno mieć miejsce złożenie, poprawienie lub uzupełnienie określonych oświadczeń lub dokumentów, a także określać termin i formę, w jakiej nieprawidłowości powinny być usunięte. W przypadku niezachowania tych warunków, w szczególności w przypadku nieprecyzyjnego lub niekompletnego wezwania, możliwe (a nawet konieczne) jest ponowienie tej czynności przez zamawiającego (tak w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz wyd. 5, red. M. Jaworska, 2023). Abstrahując zarazem od słuszności oceny przez Zamawiającego przedłożonej już razem z ofertą umowy konsorcjum pod kątem skutecznego ustanowienia pełnomocnika (do czego Izba odniosła się już wcześniej), gdyby Zamawiający mając dalsze wątpliwości co do umocowania pełnomocnika do reprezentowania Odwołującego w postępowaniu, ponowił swoje wezwanie do Odwołującego precyzując, jakie nieprawidłowości obejmował przedłożony dokument (które to ostatecznie stały za decyzją w sprawie odrzucenia oferty), Odwołujący miałby obiektywne szanse na usunięcie takich nieprawidłowości, co potencjalnie mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Stąd też w kontekście powyższych ustaleń (i mając na uwadze uwagi poczynione w zakresie zarzutu nr 1 co do uchybienia obowiązkowi wezwania Odwołującego do poprzednio prowadzonego postępowania odwoławczego), zarzut nr 3 zasługuje na uwzględnienie.

Tym samym w ocenie składu orzekającego, odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....