

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie **18 marca 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **7 marca 2025 r.**

przez wykonawcę: **ZPUE S.A z siedzibą w Krakowie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn. *Dostawa zestawów złączowych, złączowo-pomiarowych i pomiarowych w sieci dystrybucyjnej nN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A w zakresie zadania 1, 2, 3 (PZP/TD-CN/07041/2024)*

prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Dystrybucja S.A z siedzibą w Krakowie** [„Zamawiający”]

przy udziale jako współuczestników:

A po stronie Odwołującego – wykonawcy: **SAKS-POL sp.j. z siedzibą w Słupnie**

B po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Incobex sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej, ZUP Emiter z siedzibą w Limanowej** [„Przystępujący”]

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów samoistnych nr 1 i 2 oraz odpowiednio do tego zarzut wynikowy nr 5 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty Przystępujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z pkt 2 lit. c Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), z uwagi na złożenie wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w postaci certyfikatów zgodności nr Z/12/027/24 z 17 czerwca 2024 r. i nr Z/12/021/20 z 31 marca 2020 r., które potwierdzają, że zaoferowane zestawy złączowo-pomiarowe producenta Incobex sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej nie spełniają dla części złączowej parametrów: 1) prąd znamionowy szyn zbiorczych – min. 630 A, 2) napięcie znamionowe udarowe wytrzymywane – co najmniej 6 kV, o których mowa w pkt 3. Wymagania i parametry techniczne załącznika nr 2 do Projektu Umowy pn. „Wymagania techniczne i jakościowe na dostawę zestawów złączowych, złączowo-pomiarowych oraz pomiarowych niskiego napięcia dla TAURON Dystrybucja S.A”.**
2. **Oddala odwołanie w pozostałym zakresie, tj. zarzutów samoistnych nr 3 i 4 oraz odpowiednio do tego zarzut wynikowy nr 5.**
3. **Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie i:**
 - 1) **zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwoty po 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu uzasadnionych kosztów Odwołującego i Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, a dodatkowo w przypadku Odwołującego kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) kosztów opłat skarbowych od dwóch pełnomocnictw i kwotę 460 zł 00 gr (słownie: czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie,**
 - 2) **zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7747 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset czterdzieści siedem złotych zero groszy),**
 - 3) **znosi wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającym koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Na niniejsze 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**.

Uzasadnienie

TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Tauron” lub „Zamawiający”) prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z U. z 2024 r. poz. 1320) (dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz”, „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn.: *Dostawa zestawów złączowych, złączowo-pomiarowych i pomiarowych w sieci dystrybucyjnej nN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A w zakresie zadania 1, 2, 3 (PZP/TD-CN/07041/2024)*.

Ogłoszenie o tym zamówieniu 7 października 2024 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej serii S nr 195 pod poz. 602359.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

25 lutego 2025 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej we wszystkich trzech częściach zamówienia oferty złożonej wspólnie przez: Incobex sp. z o.o. {dalej również: „Incobex”} z siedzibą w Bielsku-Białej, ZUP Emitec {dalej również: „Emitec”} z siedzibą w Limanowej {dalej łącznie zwanych: „Konsorcjum” lub „Przystępującymi”}.

7 marca 2025 r. ZPUE S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej: „ZPUE lub „Odwołujący”} wniósł odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Energy Partners, a także od innych zaniechań Zamawiającego względem tej oferty.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano przy przepisie na Kodeks cywilny}:

- 1.Art. 226 ust. 1 pkt 5 przez zaniechanie odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, mimo zaoferowania urządzeń niespełniających wymagań SWZ w zakresie dwóch kluczowych parametrów: prądu znamionowego i napięcia znamionowego wytrzymywanego.
- 2.Art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c – przez zaniechanie odrzucenia oferty z uwagi na to, że prawidłowe i kompletne przedłożone środki dowodowe (certyfikaty zgodności) nie potwierdzają wymagań SWZ
- 3.Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę.
- 4.Art. 128 w zw. z art. 8 ust. 1 i w zw. z art. 106 Kodeksu cywilnego – przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa konsorcyjnego w zakresie uprawnienia do udzielania dalszych pełnomocnictw dla osoby, która podpisała ofertę.
- 5.Art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ust. 1 – przez wybór oferty Konsorcjum, mimo jej niezgodności z warunkami zamów

W ramach uzasadnienia odwołania powyższe zarzuty (z wyjątkiem zarzutu nr 5) zostały dodatkowo sprecyzowane przez podniesienie okoliczności faktycznych i prawnych, jak to poniżej wskazano, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Konsorcjum.
- 2.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach ponownego badania ofert wezwania Konsorcjum do uzupełnienia pełnomocnictwa [żądanie ewentualne na wypadek nieuwzględnienia któregoś z trzech pierwszych zarzutów].

17 marca 2025 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie a Przystępujący w piśmie procesowym zgodnie wnieśli o oddalenie odwołania, podnosząc zbieżne okoliczności faktyczne i argumentację prawną, jak to poniżej podano w zakresie, który miał znaczenie dla sprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

{ad zarzutów nr 1 i 2}

Istotne postanowienia SWZ i załączników do niej odnośnie określenia wymagań przedmiotowych i wymaganych przedmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z brzmieniem pkt 2.1.2. SWZ:*Szczegółowy opis Przedmiotu Zamówienia, w tym poszczególnych części Przedmiotu Zamówienia, został określony w Projekcie Umowy stanowiącym Załącznik nr 7 do SWZ, w Załączniku nr 1 do Oświadczenia tzw. Formularzu Cenowym oraz w dokumencie stanowiącym załącznik nr 2 do Projektu Umowy {dalej również: „wzór umowy”} pn. „Wymagania techniczne i jakościowe na dostawę zestawów złączowych, złączowo-pomiarowych oraz pomiarowych niskiego napięcia dla TAURON Dystrybucja S.A.” {dalej również: „Wymagania techniczno-jakościowe” lub „WTJ”}.*

Wspomniany załącznik nr 2 stanowi właściwą i kompletną specyfikację techniczną przedmiotu tego zamówienia, gdyż rola formularza cenowego sprowadza się do wyspecyfikowania liczby poszczególnych asortymentów w podziale na poszczególne części zamówienia, a wzór umowy w tych zakresach do nich odsyła, określając dodatkowo inne zobowiązania stron.

Wymagania techniczno-jakościowe zawierają w szczególności następujące postanowienia:

(...)

1. Definicje

Odbiorca – każdy, kto otrzymuje lub pobiera energię elektryczną na podstawie umowy z przedsiębiorstwem energetycznym.

WLZ (wewnętrzna linia zasilająca) – zespół elementów instalacji stanowiący połączenie pomiędzy miejscem dostarczania energii przez TAURON Dystrybucja S.A., a rozdzielnicą nN Odbiorcy. WLZ jest własnością Odbiorcy.

Układ pomiarowo-rozliczeniowy – licznik i inne urządzenia pomiarowe lub pomiarowo-rozliczeniowe, w szczególności licznik energii czynnej, licznik energii biernej oraz przekładniki prądowe i napięciowe, a także układy połączeń między nimi, służące bezpośrednio lub pośrednio do pomiarów energii elektrycznej i rozliczeń za tę energię.

Kabel magistralny – dowolna linia kablowa będąca elementem składowym sieci dystrybucyjnej nN TAURON Dystrybucja S.A.

Zestaw złączowy – obudowa lub zespół obudów wyposażonych w urządzenia rozdzielcze służące do przyłączania kabli magistralnych.

Zestaw pomiarowy – obudowa lub zespół obudów wyposażonych w układy pomiarowo-rozliczeniowe służące do przyłączania WLZ.

Zestaw pomiarowy „P” – zestaw pomiarowy z bezpośrednim pomiarem energii elektrycznej przy poborze prądu nie większym niż 63 A.

Zestaw pomiarowy „Pw” – zestaw pomiarowy z bezpośrednim pomiarem energii elektrycznej przy poborze prądu większym od 63 A i nie większym niż 100 A.

Zestaw pomiarowy „PP” – zestaw pomiarowy z półpośrednim pomiarem energii elektrycznej.

Zestaw złączowo-pomiarowy – obudowa lub zespół obudów wyposażonych w urządzenia rozdzielcze służące do przyłączania kabli magistralnych i układy pomiarowe służące do przyłączania WLZ.

(...)

3. Wymagania i parametry techniczne

Zestawy powinny spełniać następujące parametry techniczne:

- Znamionowe napięcie izolacji 500 V
- Częstotliwość znamionowa 50 Hz
- Znamionowe napięcie pracy 400/230 V
- Temperatura pracy $-25^{\circ}\text{C} \div +40^{\circ}\text{C}$
- Liczba faz 1 lub 3
- Znamionowy prąd ciągły szyn – min. 400 A. Dla zestawów, do których wchodzi więcej niż 3 kable magistralne, prąd znamionowy szyn zbiorczych – min. 630 A;
- Znamionowy prąd ciągły dla zastawu z półpośrednim pomiarem energii – min. 400 A;
- Odporność obudowy części złączowej zestawu na wewnętrzne trójfazowe zwarcie łukowe min. 10 kA z czasem trwania próby min. 0,1 s (wg normy [N3]);
- Izolacja podwójna lub wzmocniona (urządzenie Klasy II wg norm: [N1], [N4], [N18]);
- Stopień ochrony obudowy zestawu nie mniejszy niż IP 44 (wg normy [N5]);
- Stopień ochrony wnętrza zestawu (przedział pomiarowy i złączowy) nie mniejszy niż IP 2X (wg normy [N5]);
- Stopień ochrony obudowy zestawu przed zewnętrznymi uderzeniami mechanicznymi IK 10 (wg normy [N6]).
- Napięcie znamionowe udarowe wytrzymywane, co najmniej:
 - część złączowa 6 kV
 - część pomiarowa 4 kV.
- Układ pracy sieci nN – TN-C i TT (z uwzględnieniem zapisów punktu 16).

Ponadto, zestawy złączowe, złączowo – pomiarowe i pomiarowe powinny:

- być przystosowane do zabudowy w sieci nN pracującej w układzie TN-C i TT (z uwzględnieniem zapisów punktu 16),
- spełniać wymagania norm: [N1], [N2].

4. Obudowy

Obudowa Zestawu powinna spełniać następujące wymagania:

(...)

4.11. Łączenie kilku urządzeń Klasy II należy wykonać zgodnie z wymogami określonymi w normach: [N1], [N4], [N18].

(...)

4.23. Zestawy złączowe oraz zestawy pomiarowe będące elementami składowymi zestawów złączowo-pomiarowych powinny stanowić odrębne obudowy tak jak to przedstawiono na rysunkach w Załączniku nr 1.

(...)

11. Wymagania jakościowe

11.1. Wszystkie zestawy złączowo – pomiarowe (obudowy, aparatura łączeniowa, przewody, itp.) stanowiące przedmiot zamówienia powinny być fabrycznie nowe oraz dostarczane w stanie gotowym do montażu. Oznacza to, że moment dostawy nie może przekroczyć 12 miesięcy od daty produkcji podanej na tabliczce znamionowej.

11.2. Na etapie składania ofert, przy zakupie urządzeń objętych zakresem niniejszych Wytycznych, należy przedłożyć następujące dokumenty jakościowe:

11.2.1. Dla obudów zestawów:

– Certyfikat zgodności wydany, producentowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi, przez jednostkę oceniającą zgodność mającą odpowiedni zakres akredytacji udzielonej przez Krajową Jednostkę Akredytującą, potwierdzający, że oferowane obudowy spełniają wymagania normy [N7].

– Deklarację zgodności producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela potwierdzającą, że obudowy zestawów wykonane są w klasie palności V0 zgodnie z normą [N8].

11.2.2. Dla zestawów łączowo-pomiarowych:

Certyfikat zgodności wydany, producentowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi, przez jednostkę oceniającą zgodność mającą odpowiedni zakres akredytacji udzielonej przez Krajową Jednostkę Akredytującą, potwierdzający, że oferowane obudowy spełniają

wymagania norm:

•[N1] lub [N1.1], a od 01.01.2025 [N1]

•[N2]

(...)

Normy

N1. PN-EN 61439-1:2021-10 Rozdzielnice i sterownice niskonapięciowe. Część 1: Postanowienia ogólne.

N1.1. PN-EN 61439-1:2011. Rozdzielnice i sterownice niskonapięciowe. Część 1: Postanowienia ogólne.

N2. PN-EN 61439-5: 2015-02. Rozdzielnice i sterownice niskonapięciowe. Część 5: Zestawy do dystrybucji mocy w sieciach publicznych.

(...)

13.2. Użyte w niniejszych wymaganiach technicznych pojęcia „należy” lub „powinien” – oznacza obowiązek zastosowania się do treści, której pojęcie to dotyczy.

14. Wykaz załączników

Załącznik nr 1. Rysunki

Nr kol. Tytuł rysunku

1-1 Zestaw łączowy ZK2a, ZK2a-X, Zestaw łączowy ZK2a-B, ZK2a-B-X

1-2 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK2a-1P, ZK2a-1P-X

1-3 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK2a-1Pw, ZK2a-1Pw-X

1-4 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK2a-2P, ZK2a-2P-X

1-5 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK2a-2Pw, ZK2a-2Pw-X

1-6 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK2a-3P, ZK2a-3P-X

1-7 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK2a-4P, ZK2a-4P-X

1-8 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK2a-5P, ZK2a-5P-X

1-9 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK2a-6P, ZK2a-6P-X

1-10 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK2a-1PP, ZK2a-1PP-X

2-1 Zestaw łączowy ZK3a, ZK3a-X, Zestaw łączowy ZK3a-B, ZK3a-B-X

2-2 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK3a-1P, ZK3a-1P-X

2-3 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK3a-1Pw, ZK3a-1Pw-X

2-4 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK3a-2P, ZK3a-2P-X

2-5 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK3a-2Pw, ZK3a-2Pw-X

2-6 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK3a-3P, ZK3a-3P-X

2-7 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK3a-4P, ZK3a-4P-X

2-8 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK3a-1PP, ZK3a-1PP-X

3-1 Zestaw łączowy ZK4a, ZK4a-X, Zestaw łączowy ZK4a-B, ZK4a-B-X

3-2 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK4a-1P, ZK4a-1P-X

4-1 Zestaw łączowy ZK5a, ZK5a-X

5-1 Zestaw łączowy ZK6a, ZK6a-X

6-1 Zestaw łączowy ZK7a, ZK7a-X

7-1 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK2b-1P, ZK2b-1P-X

7-2 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK2b-1Pw, ZK2b-1Pw-X

7-3 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK2b-2P, ZK2b-2P-X

7-4 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK2b-2Pw, ZK2b-2Pw-X

7-5 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK2b-1PP, ZK2b-1PP-X

8-1 Zestaw łączowy ZK1a2b, ZK1a2b-X, Zestaw łączowy ZK1a2b-B, ZK1a2b-B-X

8-2 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK1a2b-1P, ZK1a2b-1P-X

8-3 Zestaw łączowo-pomiarowy ZK1a2b-1Pw, ZK1a2b-1Pw-X

8-4 Zestaw złączowo-pomiarowy ZK1a2b -2P, ZK1a2b -2P-X
 8-5 Zestaw złączowo-pomiarowy ZK1a2b -2Pw, ZK1a2b -2Pw-X
 9-1 Zestaw złączowy ZK1a1b, złączowy ZK1a1b-X, Zestaw złączowy ZK1a1b-B, ZK1a1b-B
 9-2 Zestaw złączowo-pomiarowy ZK1a1b-1P, ZK1a1b-1P-X
 9-3 Zestaw złączowo-pomiarowy ZK1a1b-1Pw, ZK1a1b-1Pw-X
 9-4 Zestaw złączowo-pomiarowy ZK1a1b-2P, ZK1a1b-2P-X
 9-5 Zestaw złączowo-pomiarowy ZK1a1b-2Pw, ZK1a1b-2Pw-X
 9-6 Zestaw złączowo-pomiarowy ZK1a1b-1PP, ZK1a1b-1PP-X
 10-1 Zestaw złączowy ZK1a1h, złączowy ZK1a1h-X, Zestaw złączowy ZK1a1h-B, ZK1a1h-B-X
 11-1 Zestaw złączowo-pomiarowy ZK1e-1P, ZK1e-1P-X
 11-2 Zestaw złączowo-pomiarowy ZK1e-1Pw, ZK1e-1Pw-X
 11-3 Zestaw złączowo-pomiarowy ZK1e-1P-S, ZK1e-1P-Sr
 11-4 Zestaw złączowo-pomiarowy ZK1e-1Pw-S, ZK1e-1Pw-Sr
 12-1 Zestaw złączowo-pomiarowy ZK1h-2P, ZK1h-2P-X
 12-2 Zestaw złączowo-pomiarowy ZK1h-2Pw, ZK1h-2Pw-X
 13-1 Zestaw złączowo-pomiarowy ZK(1b-1P/1b-1P), ZK(1b-1P/1b-1P)-X
 13-2 Zestaw złączowo-pomiarowy ZK(1b-1Pw/1b-1Pw), ZK(1b-1Pw/1b-1Pw)-X
 14-1 Zestaw złączowy ZK(1a/1a), ZK(1a/1a)-X
 15-1 Zestaw złączowy ZK(2a/2a), ZK(2a/2a)-X
 16-1 Zestaw złączowy ZK(3a/3a), ZK(3a/3a)-X
 16-2 Zestaw złączowy ZK(3a-1P/3a), ZK(3a-1P/3a)-X
 17-1 Zestaw pomiarowy 1P, 1P-X
 17-2 Zestaw pomiarowy 1P-G, 1P-X-G
 17-3 Zestaw pomiarowy 1Pw, 1Pw-X
 17-4 Zestaw pomiarowy 1Pw-G, 1Pw-X-G
 18-1 Zestaw pomiarowy 1PP, 1PP-X

Na rysunkach dotyczących zestawów złączowo-pomiarowych w poszczególnych konfiguracjach, różniących się liczbą zestawionych ze sobą zestawów złączowych i zestawów pomiarowych, uwidoczniono, że są one ze sobą nie tylko zestawione ścianami obudów (jakby była to obudowa dwu-, trzy-,..., n-dzielna, składająca się z części złączowej i części pomiarowej, pomimo docelowego posadowienia ich na odrębnych fundamentach. Przede wszystkim na każdym schemacie strukturalnym uwidoczniono połączenia elektryczne pomiędzy tymi częściami, dzięki czemu tworzą właśnie dany zestaw złączowo-pomiarowy, składający się z obudów, aparatury łączeniowej, przewodów itp., który ma być dostarczony w stanie gotowym do montażu w docelowej lokalizacji.

(...)

Zgodnie z brzmieniem postanowienia SWZ określającego wymaganą zawartość składanej przez każdego wykonawcę oferty:

4.2 Opis sposobu przygotowania oferty

4.2.1 Zawartość oferty Oferta musi zawierać:

4.2.1.1 Wypełniony Formularz Oferty w formie elektronicznej na Platformie Zakupowej Grupy TAURON. 4.2.1.2 Wypełnione Oświadczenie (wg Załącznika nr 1 do SWZ);

4.2.1.3 Formularz Cenowy, wg Załącznika nr 1 do Oświadczenia;

(...)

4.2.1.11 Dokumenty wskazane w pkt. 3.7. SWZ.

(...)

Zgodnie z brzmieniem postanowienia SWZ określającego żądane przez Zamawiającego przedmiotowe środki dowodowe:

3.7 Wymagania dla dostaw oraz dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełnienia tych wymagań

3.7.1 Wymaga się, aby oferowany produkt spełniał wymagane przez Zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w szczegółowym opisie Przedmiotu Zamówienia, o którym mowa w pkt 2.1.2. SWZ.

3.7.2 Na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania dla poszczególnych części, Wykonawca przekaże Zamawiającemu:

3.7.2.1 Certyfikaty zgodności oraz deklaracje zgodności wg dokumentu „Wymagania techniczne i jakościowe na dostawę zestawów złączowych, złączowo-pomiarowych i pomiarowych niskiego napięcia dla TAURON Dystrybucja S.A.” wymienione w rozdziale 11 pt. „Wymagania jakościowe”.

(...)

Zamawiający przewiduje uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt 3.7 SWZ.

W ramach wyjaśnień treści SWZ z 20 listopada 2024 r. znalazło się następujące pytanie wykonawcy i odpowiedź Zamawiającego:

Pytanie nr 26

Czy Zamawiający dopuszcza złożenie oferty na ZKnn, dla których Wykonawca przedstawi osobno certyfikaty zgodne z SWZ na pustą obudowę termoutwardzalną oraz wymaganą aparaturę, a na kompletny wyrób Deklarację Zgodności Producenta, potwierdzającą wykonanie produktu zgodnie z wymaganymi normami? Producent/Wykonawca deklaruje wykonanie produktu zgodnie z wymaganymi normami oraz udziela wymaganej gwarancji.

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga wszystkich wymagań jakościowych zawartych w punkcie 11 Załącznika nr 2 do Umowy, w tym Certyfikatu zgodności wydanego, producentowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi, przez jednostkę oceniającą zgodność mającą odpowiedni zakres akredytacji udzielonej przez Krajową Jednostkę Akredytującą, potwierdzającego, że oferowane obudowy spełniają wymagania norm:

- [N1] lub [N1.1], a od 01.01.2025 [N1]
- [N2]

Biorąc pod uwagę, że ostatecznie termin składania i otwarcia ofert przypadł 5 grudnia 2024 r., oczywiste stało się, że nawet gdyby umowę w sprawie tego zamówienia udało się zawrzeć do końca 2024 r., przedmiotem dostawy będą zestawy zgodne z nowszym wydaniem PN-EN 61439-1 (dodatkowo z § 2 ust. 2 wzoru umowy wynika bowiem, że urządzenia mają być dostarczane sukcesywnie w terminie 14 dni roboczych od każdorazowego zamówienia).

Zamawiający zawarł również w innych miejscach SWZ postanowienia wskazujące na znaczenie zgodności przedmiotu oferty z opisem przedmiotu zamówienia, w tym znaczenia dokumentacji technicznej dla potwierdzenia tej zgodności.

Po pierwsze pod każdym z trzech zestawów tabel Formularza Cenowego składającego się z:

1) tabeli z jednej strony służącej określeniu zakresu rzeczowo-ilościowego przedmiotu zamówienia (oznaczenie cyfrowo-literowe typu zestawu i liczba szt.) w danym zadaniu, z drugiej przeznaczonej do sprecyzowania przedmiotu oferty przez wskazanie dla danego typu zestawu nazwy producenta oraz ceny jednostkowej i wartości netto,

2) tabeli wyszczególniającej aparaty wbudowane w zestawach (których rodzaje i parametry zostały określone w pkt 8.11.-8.17. WTJ), przeznaczonej na sprecyzowanie producentów i typów (modeli) oferowanych aparatów

– zamieszczone zostały m.in. następujące uwagi:

3) *W przypadku niespełnienia wymagań technicznych i jakościowych dla zaoferowanego typu aparatu, aparat ten ulega wykluczeniu z postępowania przetargowego. Zapis ma zastosowanie jedynie na etapie weryfikacji dokumentacji technicznej w postępowaniu przetargowym (w SWZ tzw. Formularz Cenowy stanowi załącznik do Oświadczenia, składanego przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia).*

(...)

6) *Wszystkie zaoferowane aparaty mają spełniać wymagania jakościowe określone w punkcie 11 Wymagań technicznych i jakościowych na dostawę zestawów złączowych, złączowo-pomiarowych i pomiarowych niskiego napięcia dla TAURON Dystrybucja S.A.*

(...)

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł sobie w § 3 wzoru umowy następująco określone uprawnienia:

- *Zamawiający zastrzega sobie możliwość sprawdzenia w każdym czasie, w trakcie obowiązywania Umowy, źródła pochodzenia Urządzeń (producenta). w przypadku, gdy dane Urządzenie nie będzie pochodzić od deklarowanego producenta, Zamawiający (po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do usunięcia tego naruszenia w terminie nie dłuższym niż 14 dni od dnia jego wysłania do Wykonawcy) będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy w całości lub w części, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Oświadczenie o odstąpieniu od Umowy z przyczyny wskazanej w zdaniu poprzednim, może zostać złożone przez Zamawiającego aż do dnia upływu terminu realizacji Umowy wskazanego zgodnie z § 2 Umowy. [ust. 6]*
- *Zamawiający zastrzega sobie możliwość oceny w każdym czasie, w okresie obowiązywania Umowy, spełnienia wymagań technicznych i jakościowych zgodnych z Załącznikiem nr 2 do Umowy. Ww. ocena może być wykonana przez Zamawiającego lub na zlecenie Zamawiającego przez niezależną jednostkę badawczą. Negatywny wynik oceny uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od Umowy w całości lub w części, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Oświadczenie o odstąpieniu od Umowy z przyczyny wskazanej w zdaniu poprzednim może zostać złożone przez Zamawiającego aż do dnia upływu terminu realizacji Umowy wskazanego zgodnie z § 2 ust. 1 Umowy. [ust. 7].*

Reasumując, według treści SWZ zestawy złączowo-pomiarowe, składające się z części złączowej (zestawu lub zestawów złączowych) i części pomiarowej (zestawu lub zestawów pomiarowych), stanowią elementy przedmiotu

zamówienia odrębne od zestawów złączowych i zestawów pomiarowych, przy czym każdy zestaw w danej konfiguracji ma spełniać parametry WTJ, co w zakresie określonym w SWZ ma znaleźć potwierdzenie w danej Polskiej Normie, w tym tych, które zostały oznaczone jako N1 i N2.

W ramach Formularza cenowego Konsorcjum we wszystkich trzech zadaniach dla wszystkich zestawów złączowych, złączowo-pomiarowych i pomiarowych wskazało jako producenta zestawu „Incobex / Emitter”. Innymi słowy, w każdej pozycji, w tym dla każdego zestawu złączowo-pomiarowego jako producent został wskazany również Incobex, czyli obaj członkowie Konsorcjum nie podzielili się zakresem rzeczowym przedmiotu zamówienia w taki sposób, że producentem zaoferowanych zestawów złączowo-pomiarowych jest tylko Emitter.

Dla zestawów produkowanych przez Incobex Konsorcjum załączyło do oferty na potwierdzenie zgodności z N1.1 (N.1) i N2 dokumenty opatrzone zbiorczym tytułem „ZŁĄCZA CERTYFIKATY” (co skądinąd samo przez się potwierdza przynajmniej w odniesieniu do produktów tych producentów, że „złącze” jest synonimem „zestawu” w rozumieniu opisu przedmiotu tego zamówienia), cztery „Certyfikaty Zgodności Z” wystawione przez Biuro Badawcze ds. Jakości (BBJ) Stowarzyszenia Elektryków Polskich (SEP) jako jednostkę akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji pod oznaczeniem AC 012:

1)nr Z/12/027/24 z 17 czerwca 2024 r. dla wyrobów o nazwach: rozdzielnice i sterownice do rozdziału energii elektrycznej, złącza kablowo-pomiarowe, szafy kablowo-pomiarowe, układy pomiarowe półpośrednie, typów (modeli): P, ZP, ZN, SP, nTL, SOU, ZKP, SKP, ZK, SKP, KRSN, UP PP, według wykazu wykonań na odwrocie dokumentu pogrupowane jako: Złącza pomiarowe (Typ: P, ZP, ZN, SP, nTL, SOU), Złącza kablowo-pomiarowe ZKP (Typ: ZKP, ZK), Złącza kablowo-pomiarowe SKP (Typ: SKP, KRSN), Układy pomiarowe półpośrednie (Typ: UP PP) – w obudowach SST, ST, SSTN, STN;

2)nr Z/12/021/20 z 31 marca 2020 r. dla wyrobów o nazwach: rozdzielnice elektryczne niskonapięciowe, złącza pomiarowe w obudowach izolacyjnych, typów (modeli): ZK...-P, ZKP..., SKP..., KRSN..., P..., ZP..., ZN..., SP.. UP..., PP..., nTL..., SOU... ZP, według wykazu wykonań na odwrocie dokumentu pogrupowane jako: Złącza pomiarowe (Typ: P, ZP, ZN, SP, nTL, SOU), Złącza kablowo-pomiarowe ZKP (Typ: ZKP, ZK), Złącza kablowo-pomiarowe SKP (Typ: SKP, KRSN), Układy pomiarowe półpośrednie (Typ: UP, PP) – w obudowach SST, ST, SSTN, STN

– o danych technicznych: U_g 230 V / 400 V; U_l 500 V AC; U_{imp} 4 kV; I_n 160 A / 63 A, I_n 400 A / 63 A; I_{cw} 10 kA; I_{pk} 17 kA; IP44; IK 10; Klasa ochronności II;

3)nr Z/12/026/24 z 17 czerwca 2024 r. dla wyrobów o nazwach: rozdzielnice i sterownice do rozdziału energii elektrycznej, złącza kablowe, szafy kablowe, układy samoczynnego załączania rezerwy, typów (modeli): ZK, SK, SZR, według wykazu wykonań na odwrocie dokumentu pogrupowane jako: Złącza kablowe ZK, Szafy kablowe SK, Układy samoczynnego załączania rezerwy SZR – w obudowach SST, ST, SSTN, STN;

4)nr Z/12/024/20 z 21 kwietnia 2025 r. dla wyrobów o nazwach: rozdzielnice i sterownice do rozdziału energii elektrycznej, złącza i kablowe szafy kablowe w obudowach izolacyjnych, typów (modeli): ZK..., SK..., SZR..., według wykazu wykonań na odwrocie dokumentu pogrupowane jako: Złącza kablowe ZK, Szafy kablowe SK, Układy samoczynnego załączania rezerwy SZR – w obudowach SST, ST, SSTN, STN

– o danych technicznych: U_g 230 V / 400 V; U_l 500 V / 690 V; U_{imp} 8 kV; I_n 630 A; I_{cw} 20 kA; I_{pk} 40 kA; IP44; IK 10, Klasa ochronności II.

Niesporne było, że certyfikaty z pkt 1) i 2) powyżej nie potwierdzają dla zestawów kablowo-pomiarowych producenta Incobex dwóch parametrów STJ. Po pierwsze – znamionowego prądu ciągłego szyn (I_n) który dla zestawów z więcej niż trzema wchodzącymi kablami magistralnymi (poz. 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 35, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 101, 116, 117, 118 każdego zadania) ma wynosić minimum 630 A (certyfikaty potwierdzają natomiast 400 A). Po drugie – napięcia znamionowego udarowego wytrzymywanego (U_{imp}), który dla części złączowej ma wynosić co najmniej 6 kV (certyfikaty potwierdzają natomiast 4 kV).

Natomiast Zamawiający i Przystępujący chcieliby doszukiwać się spełniania obu powyższych parametrów dla złączy kablowo-pomiarowych produkcji Incobexu w drugiej parze certyfikatów. Jednakże o ile certyfikaty z pkt 2) i 3) powyżej potwierdzają dla I_n wymagane 630 A a dla U_{imp} nawet 8 kV, o tyle wyłącznie dla typów urządzeń, o których w nich mowa, czyli m.in. złącz kablowych i szaf kablowych (w nomenklaturze WTJ zestawów kablowych), wśród których nie ma złączy (zestawów) kablowo-pomiarowych. Pomimo złożenia dla wyrobów Incobexu certyfikatów, spośród których dwa dotyczą złączy pomiarowych i złączy lub szaf kablowo-pomiarowych, czyli dwóch spośród trzech kategorii zestawów objętych przedmiotem tego zamówienia (pomiarowych i kablowo-pomiarowych), a kolejne dwa dotyczą złączy kablowych, czyli trzeciej kategorii zamawianych zestawów, te ostatnie – według Przystępującego – miałyby również potwierdzać spełnianie parametrów dla części złączowej zestawów pomiarowo-złączowych. Akceptacja przez Zamawiającego takiej praktyki nie powoduje, że znajduje ona oparcie w przywołanych lub omówionych powyżej postanowieniach SWZ,

zarówno co do opisu przedmiotu tego zamówienia, jak i zażądanych przedmiotowych środków dowodowych. W szczególności Zamawiający i Przystępujący nie byli w stanie przedstawić żadnego dowodu np. interpretacji powyższej wskazanej jednostki akredytowanej jako wystawcy tych certyfikatów, potwierdzającego ich twierdzenia, które stoją w sprzeczności ze wskazaniami logiki i podstawowej wiedzy technicznej.

Nie sposób w kontekście zgodnych twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego nie zwrócić uwagi na fakt, że Konsorcjum dla Emitera jako producenta złożyło (w ramach tego samego zbioru dokumentów opatrzonego zbiorczym tytułem „ZŁĄCZA CERTYFIKATY”) Certyfikat Zgodności Nr JSHP/43/CZ/2024, wystawiony 7 maja 2024 r. przez J. Hamilton Poland sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (jednostka certyfikująca AC 149 wg. PCA), dla rozdzielnic elektrycznych niskiego napięcia w obudowach z materiału izolacyjnego typów: ZK-...+TL, SK-...+TL, ZK-...+PP, ROU-..., RSP-..., SP-..., ZP-..., ZN-..., n-TL, RSZP, ZKP, SKP, które to oznaczenia na drugiej stronie zostały przypisane do następująco rozwiniętych oznaczeń typów: Złącza kablowo-pomiarowe (ZK-...+TL, ZK-...+PP, RSZP, ZKP), Szafy kablowo-pomiarowe (SK-...+TL, SK-...+PP, RSZP, SKP), Zestawy / złącza pomiarowe (SP, ZP, ZN, RSF w wymienionych tam również typach obudowy. Przy czym dla wszystkich tych typów rozdzielnic niskiego napięcia (a także Rozdzielnic oświetlenia ulicznego ROU i Rozdzielnic skrzynkowej obwodowej RSO) wspólnie wyszczególniono parametry w kolejnej tabeli (ewentualne odstępstwa objaśniono w przypisach), więc wiadomo, że odnoszą się do wszystkich trzech kategorii zestawów objętych przedmiotem tego zamówienia. Analogicznie sytuacja przedstawia się w przypadku wystawionego 25 listopada 2024 r. przez tę samą jednostkę certyfikującą Certyfikatu Zgodności Nr JSHP/104/CZ/2024 dla produkowanych przez Emitera rozdzielnic elektrycznych niskiego napięcia w obudowach z materiału izolacyjnego typów: ZK-..., SK-..., WK-...SZR-..., RSZ, RSW.

Dla zestawów produkowanych przez ZPUE na potwierdzenie zgodności z N1.1 (N.1) i N2 załączyło, cztery „Certyfikaty Zgodności Z” wystawione przez Biuro Badawcze ds. Jakości (BBJ) Stowarzyszenia Elektryków Polskich (SEP) jako jednostkę akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji pod oznaczeniem AC 012:

1)nr Z/12/042/23 z 27 grudnia 2023 r. dla wyrobu o nazwie: rozdzielnice elektryczne niskonapięciowe montowane w obudowach izolacyjnych typu SKRD,SKRF, SKRF-DIN, typu (modelu): ZK.., co według wykazu wykonań nr: odwrocie dokumentu i w załączniku nr 1 obejmuje typy: ZK1, ZK2, ZK3, ZK4, ZK5, ZK6, ZK7, ZK8, ZK9, ZK10 (gdz ZK_n oznacza złącze kablowe, n – liczbę wbudowanych rozłączników bezpiecznikowych), występujących również pod innymi oznaczeniami – nazwami handlowymi dla PGE, Tauronu (w tym jak dla zestawów kablowych objętych tym zamówieniem, Enei i Energi, które sprowadzone do wspólnej części łącznie mogą występować pod oznaczeniami: ZK..., SK..., WK..., RSZ..., KRSN..., RKT..., SZR..., Z...;

2)nr Z/12/041/23 z 27 grudnia 2023 r. jw.

– o danych technicznych: $U_e=U_n$ 230 V / 400 V AC; U 690 V AC; U_{imp} 8 kV; I_{nA} 400 A, 630 A (w zależności od konfiguracji); IP44; IK 10; Klasa ochronności II;

3)nr Z/12/044/23 z 27 grudnia 2023 r. dla wyrobu o nazwie: rozdzielnice elektryczne niskonapięciowe montowane w obudowach izolacyjnych typu SKRD,SKRF, SKRF-DIN, typu (modeli): ZKP.. i ZP, co według wykazu wykonań nr: odwrocie dokumentu i w załączniku nr 1 obejmuje odpowiednio typy: ZKP1, ZKP2, ZKP3, ZKP4, ZKP5, ZKP6, ZKP8, ZKP9, ZKP10 i typ ZP (gdzie ZKP_n oznacza złącze kablowo-pomiarowe a ZP oznacza złącze pomiarowe, i zaś liczbę wbudowanych rozłączników bezpiecznikowych), występujących również pod innymi oznaczeniami – nazwami handlowymi dla PGE, Tauronu (w tym jak dla zestawów kablowo-pomiarowych i zestawów pomiarowych objętych tym zamówieniem), Enei i Energi, które sprowadzone do wspólnej części łącznie mogą występować pod oznaczeniami: 1) Złącza kablowo-pomiarowe / zestawy złączowo-pomiarowe (ZKP_n) – ZKP, SKP, KRSN, ZZP, ZRKP, ZKP-PL, ZKP-PB, ZKP-RL, ZKP-RB, ZK+GTR+SL, 2) Złącza pomiarowe / zestawy pomiarowe (ZP) – ZPP, SP, SPP, ZPL, RPT, SPL, SOU, SOUL, SON, SOM, SOK, SZ, TL, TLP, ZL, ZLN, ZN, ZNP, ZPN, ZPNP, ZI 3) Złącza kablowo-pomiarowe z pomiarem pośrednim (ZKPP), Złącza pomiarowe z pomiarem pośrednim (PP) – ZKPP, PP, ZK+PP, UPP, ZPP-P, MBS, SPB, ZPB, AMI, AMI/SG;

4)nr Z/12/043/23 z 27 grudnia 2023 r. jw.

– o danych technicznych: $U_e=U_n$ 230/400 V AC; U 690 V AC; U_{imp} 8 kV; I_{nA} 400 A, 630 A, 1000 A (w zależności od konfiguracji); IP44; IK 10; Klasa ochronności II.

Reasumując, każdy z certyfikatów zgodności określa, jakich urządzeń dotyczy, w tym wyszczególnia zestawy złączowo-pomiarowe odrębnie od zestawów złączowych i zestawów pomiarowych. Dotyczy to również certyfikatów załączonych do oferty

Termin „Certyfikat Zgodności” należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w Ustawie z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1854 ze zm.) {dalej również: „ustawa”}.

Zawarte w art. 4 ustawy o systemach oceny zgodności definicje każą rozumieć przez terminy, do których odwołano się wprost lub pośrednio w SWZ:

- certyfikat – dokument wydany przez jednostkę notyfikowaną, potwierdzający, że wyrób, projekt wyrobu lub proces jego wytwarzania są zgodne z wymaganiami [pkt 4];
- certyfikację – działanie jednostki oceniającej zgodność, wykazujące, że należycie zidentyfikowany wyrób, projekt wyrobu lub proces jego wytwarzania są zgodne z wymaganiami [pkt 5];
- deklarację zgodności – oświadczenie producenta, instalatora {termin dotyczący tylko dźwigów} lub ich upoważnionego przedstawiciela albo prywatnego importera, na ich wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z wymaganiami [pkt 6];
- wyrób – rzecz, bez względu na stopień jej przetworzenia, przeznaczoną do wprowadzenia do obrotu lub oddania do użytku (z wyjątkiem artykułów rolno-spożywczych oraz pasz, żywych zwierząt lub roślin, produktów pochodzenia ludzkiego oraz produktów uzyskanych z roślin lub zwierząt związanych bezpośrednio z ich przyszłą reprodukcją) [pkt 29];
- producenta – osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która wytwarza wyrób albo dla której ten wyrób zaprojektowano lub wytworzono, w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem towarowym [pkt 20];
- dystrybutora – osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, inną niż producent lub importer, która udostępnia wyrób na rynku w ramach działalności handlowej [pkt 8];
- wprowadzenie do obrotu – udostępnienie wyrobu na rynku po raz pierwszy [pkt 26];
- udostępnienie wyrobu na rynku – każde dostarczenie wyrobu w celu jego dystrybucji, konsumpcji lub używania na rynku państwa członkowskiego Unii Europejskiej (UE) lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (ang. EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG), w ramach działalności gospodarczej, odpłatnie lub nieodpłatnie [pkt 23];
- oddanie do użytku – jako pierwsze użycie wyrobu zgodne z jego przeznaczeniem na terytorium państwa członkowskiego UE lub EFTA – strony umowy o EOG [pkt16].

Odnosnie znaczenia niektórych innych terminów ustawa wprost odsyła do definicji (zamiast je powielać, jak w przypadku niektórych spośród powyżej przywołanych) z art. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającego wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającego rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30 oraz Dz. Urz. UE L 169 z 25.06.2019, str. 1) {zwanego w skrócie „rozporządzeniem (WE) nr 765/2008”}, m.in.:

- „ocena zgodności” – proces wykazujący, czy zostały spełnione określone wymagania odnoszące się do produktu, procesu, usługi, systemu, osoby lub jednostki [pkt 12];
- „jednostka oceniająca zgodność” – jednostka, która wykonuje czynności z zakresu oceny zgodności, w tym wzorcowanie, badanie, certyfikację i inspekcję [pkt 13];

Zgodnie z art. 3 ust. 1 tej ustawy system oceny zgodności tworzą zasady, procedury oraz normy określające sposób przeprowadzania oceny zgodności, oraz wymagania dotyczące wyrobów podlegających ocenie zgodności.

Z kolei według art. 8 ust. 1 omawianej ustawy podczas przeprowadzania oceny zgodności wyrób poddaje się: 1) badaniom przez: a) producenta, instalatora lub ich upoważnionego przedstawiciela, jeżeli nie jest wymagane przeprowadzenie badań przez laboratorium niezależne od dostawcy i odbiorcy, b) akredytowaną jednostkę własną, jeżeli jest dopuszczane przeprowadzenie badań przez taką jednostkę, c) jednostkę notyfikowaną, jeżeli jest wymagane przeprowadzenie badań przez laboratorium niezależne od dostawcy i odbiorcy; 2) sprawdzeniu zgodności z wymaganiami – przez jednostkę notyfikowaną, lub 3) certyfikacji – przez jednostkę notyfikowaną. Przy czym na mocy art. 8 ust. 2 ustawy pozytywny wynik oceny zgodności przeprowadzanej przez jednostkę notyfikowaną stanowi podstawę do wydania certyfikatu.

Reasumując, warunki tego zamówienia należy interpretować w sposób uwzględniający również przepisy ustawy o systemach oceny zgodności. Oznacza to, że zażądany przez Zamawiającego w SWZ Certyfikat Zgodności powinien być wystawiony przez niezależną jednostkę oceniającą zgodność wyrobów (certyfikacja wyrobów – symbol AC), posiadającą akredytację krajowej jednostki akredytującej np. Polskiego Centrum Akredytacji (PCA) w zakresie – w tym przypadku – powyżej wskazanych PN-EN.

Skoro poza wszelkim sporem jest, że załączona do oferty Konsorcjum dla wyrobów Incobexu para certyfikatów, która wyszczególnia zestawy złączowo-pomiarowe, potwierdza spełnianie przez nie niższych niż wymagane w WTJ parametrów, te ostatecznie nie zostały potwierdzone tym przedmiotowym środkiem dowodowym, nie z powodu jego niekompletności. Konsorcjum nie powoływało się na niemożność uzyskania wymaganego certyfikatu ani obiektywnie nie wskazuje, aby było to niemożliwe przy dołożeniu należytej staranności.

Nic zatem nie wnosi do sprawy protokół z inspekcji przeprowadzonej przez Taurona w odniesieniu do Incobexu w ramach realizacji poprzednich umów na analogiczny przedmiot zamówienia, gdyż nie jest to przedmiotowy środek

dowodowy, który został zażądany w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Niezależnie od tego, skoro obecnie Zamawiający gotowy był zaakceptować niepotwierdzenie przez Konsorcjum spełniania parametrów w wymaganym zakresie, nie wiadomo, co konkretnie i czy prawidłowo zostało sprawdzone i potwierdzone przez Taurona w ramach tamtej inspekcji.

{ad zarzutu nr 3}

W ramach uzasadnienia tego zarzutu Odwołujący przemilczał, że wystosowane pismem Zamawiającego z 23 grudnia 2024 r., ze wskazaniem jako podstawy prawnej art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, wezwanie Konsorcjum do wyjaśnienia ceny oferty we wszystkich trzech części zamówienia, sprowadzało się do wskazania, że wypełniła się hipoteza norm prawnych będących treścią tych przepisów, a także pouczeniu o tym, co wynika z art. 224 ust. 6 ustawy pzp. W konkluzji Zamawiający zwrócił się [pisownia oryginalna] o *udzielenie wyjaśnień wskazujących na to, że zaoferowana cena została skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszelkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie określonym w art. 224 ust. 1 p.z.p.* Zamawiający nie odwołał się do art. 224 ust. 3 pzp, w tym do pkt 4 i 6 dotyczących zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, w zakresie których wezwanie w przypadku zamówień na dostawę ma charakter fakultatywny.

W części jawnej wyjaśnień z 13 stycznia 2025 r. w przedmiocie rażąco niskiej ceny Konsorcjum podkreśliło, że cena jego oferty w zakresie zadań nr 1, 2 i 3 uwzględnia wszystkie koszty niezbędne dla prawidłowego wykonania tego zamówienia zgodnie z dokumentami postępowania (w tym specyfikacją i umową) oraz powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Konsorcjum oświadczyło, że gwarantuje należyte wykonanie w zaproponowanych cenach wszystkich zadań, dla których złożył ofertę.

Konsorcjum stwierdziło, że bazując na wieloletnim już doświadczeniu obu spółek wchodzących w jego skład w postępowaniach przetargowych organizowanych przez zakłady energetyczne, w tym przede wszystkim przez Taurona Dystrybucję S.A., wypracowano mechanizmy i procedury w znacznej mierze przyspieszające realizację dużych kontraktów, w ramach których dostarczany asortyment jest w dużym zakresie powtarzalny, jak to ma miejsce np. w złączach kablowych i kablowo-pomiarowych produkowanych dla Taurona, gdzie wyposażenie, zwłaszcza części pomiarowej złącz, jest w niemal 100% identyczne dla każdego typu złącza.

Konsorcjum wskazało, że w ostatnich miesiącach obie spółki poczyniły inwestycje, np. zakup maszyn do obróbki płyt izolacyjnych (Incobex) czy uruchomienie linii do produkcji rozłączników i podstaw bezpiecznikowych (Emiter), które wpłynęły na obniżenie kosztów produkcji złącz. Obie spółki dysponują również innowacyjnymi automatycznymi liniami do lakierowania obudów, które udało się w 2024 r. w pełni uruchomić, co pozwoliło obniżyć koszt lakierowania (dzięki większej efektywności, mniejszej liczby pracowników obsługujących), który jest istotnym elementem kosztów wytworzenia, przy jednoczesnym podwyższeniu jakości produktów.

Konsorcjum wywiodło, że ponieważ obaj członkowie są producentami obudów (Emiter również wytwórcą tworzywa SMC), skraca to łańcuch dostaw i obniża koszt obudów, które są istotnym elementem cenotwórczym produktu końcowego. Podkreśliło też, że brak potrzeby angażowania podwykonawców, przy ścisłej współpracy konsorcjantów, w tym co do wymiany drogą elektroniczną i zdalnie informacji również pozwala na ograniczenie kosztów realizacji.

Konsorcjum stwierdziło, że dzięki wieloletniemu doświadczeniu pracowników obu spółek w produkcji obudów i złączy, ich wytworzenie wymaga mniejszej liczby roboczogodzin, co również obniża koszty.

Konsorcjum podkreśliło korzystny wpływ na możliwość obniżenia cen w złożonej przezeń ofercie ma korzystna w stosunku do poprzednich lat sytuacja rynkowa, przejawiająca się w stabilizacji, wręcz spadkowemu trendowi cenowemu w asortymencie elektrotechnicznym. Dodatkowo kryzys w branży motoryzacyjnej poskutkował obniżeniem cen tworzyw sztucznych, zwłaszcza tworzywa SMC, z którego produkowane są obudowy złącz. Zaznaczyło, że ta korzystna sytuacja, w mniejszym lub większym stopniu pozwoliła również innym wykonawcom złożyć oferty z niższymi cenami, które również są mniej lub więcej niższe niż szacował to Zamawiający. W kontekście że punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska jest rzeczywista wartość przedmiotu zamówienia, stąd oszacowanie powinno być traktowane jako kryterium pomocnicze.

Dla poparcia twierdzenia o spadkowym trendzie rynkowym, który znalazł przełożenie w postępowaniach przetargowych ogłaszanych pod koniec 2024 r., Konsorcjum zaprezentowało ceny osiągnięte na aukcji elektronicznej zorganizowanej przez PGE Dystrybucja S.A. w postępowaniu o oznaczeniu nr POST/DYS/OSK/LZA/02485/2024, co c rozwiązań o zbliżonym wyposażeniu i funkcjonalności, w zestawieniu z cenami dla Tauronu: 1) ZK3a-X dla Tauronu – 1872,00 zł ZK-3/RBL 400A KK dla PGE – 1869,00 zł, 2) ZK4a-X dla Tauronu – 2385,00 zł, ZK-4/RBL 400A KK 2 dla PG 417,00 PLN

ZK6a-X Cena Tauron 3409,00 PLN Cena PGE ZK-6/RBL 6x400A/KK 3 475,00

ZK2a-2P-X Cena Tauron 2789,00 PLN Cena PGE ZK-2 RBL+2P/KK 2 873,00

ZK3a-1P-X Cena Tauron 2561,00 PLN Cena PGE ZK-3 RBL +1P/KK 2 466 PLN

ZK3a-2P-X Cena Tauron 3265,00 PLN Cena PGE ZK-3 RBL+2P/KK 3 128,00

ZK2b-1P Cena Tauron 1821,00 PLN Cena PGE ZK-2 RBL+1P/KK 1 882,00

Konsorcjum podsumowało, że wszystkie powyższe czynniki pozwoliły mu złożyć w zakresie wszystkich zadań ofertę z atrakcyjną ceną, która jednocześnie nie tylko w całości pokrywa koszty wykonania zamówienia, ale jednocześnie zapewnia osiągnięcie zysku.

Dodało, że dla udokumentowania rzetelności i realności ceny oferty oraz w celu dowiedzenia, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej, pozwala na należyte wykonanie wszystkich trzech zadań zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz przy dochowaniu oczekiwaniami wymagań i standardów Tauronu, przedstawia w załączeniu kalkulację (Tabela nr 1), obejmującą zasadnicze i mierzalne czynniki kosztotwórcze, do której załącznikami są pozyskane na potrzeby realizacji tego zamówienia oferty handlowe na poszczególne komponenty, mające zasadniczy wpływ na ceny końcowe, tj. (w nawiasie nazwa dostawcy): 1) tworzywo SMC (Polynt), 2) rozłączniki listwowe, skrzynkowe oraz podstawy bezpiecznikowe (Gorlan Polska), 3) ograniczniki mocy (ETI Polam), 4) płaskownik miedziany (Metall-Expres).

Konsorcjum zaznaczyło, że koszty pracy skalkulowano w oparciu o wynagrodzenie zgodne z aktualnym Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r.

W razie wątpliwości Konsorcjum wyraziło gotowość udzielenia dalszych wyjaśnień.

Dodatkowo Konsorcjum podkreśliło, że za dotychczasowe realizacje umów na dostawę zestawów złączowych, złączowo-pomiarowych i pomiarowych w sieci dystrybucyjnej nN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A. otrzymywało zawsze pozytywne referencje, podkreślające profesjonalizm, terminowość i zgodność dostarczanego asortymentu z wymaganiami Zamawiającego. Konsorcjum zapewniło, że i tym razem wykona zamówienie w wysokim standardzie, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, za cenę ofertową, pokrywającą koszty oraz zapewniającą uzyskanie zysku, czego dowodzi przedstawiona kalkulacja oraz dowody ją popierające.

Konsorcjum nadmieniło, że nie korzysta w odniesieniu do tego postępowania z pomocy publicznej.

Przedstawiona w Tabeli nr 1 kalkulacja odpowiada zakresowi, zarówno wezwania wystosowanemu przez Zamawiającego, jak i deklarowanemu w ramach opisowej części wyjaśnień co do czynników kosztotwórczych uwzględnionych na potrzeby złożenia oferty w tym przetargu, a ich wysokość znajduje dodatkowo potwierdzenie w załączonych ofertach poddostawców elementów składowych złącz produkowanych przez Inocbex i Emitera (koszty robocizny, sprzedaży i logistyki zostały uśrednione).

Natomiast okoliczności faktyczne podniesione w uzasadnieniu odwołania mają charakter ogólny, w tym przede wszystkim dotyczą faktów bez znaczenia dla dokonanej przez Zamawiającego pozytywnej weryfikacji wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum. Nic nie wnoszą bowiem ani analizy tendencji na rynku miedzi, ani zestawienia cen surowców i podzespołów na potrzeby produkcji zestawów objętych zakresem przedmiotu zamówienia, ani zestawienie cen jednostkowych poszczególnych pozycji, gdyż wynika z nich co najwyżej, że pomimo relatywnego wzrostu cen tych pierwszych w 2024 r. w porównaniu do 2023 r., w tym przetargu Konsorcjum zaoferowało te same wyroby własnej produkcji za niższe ceny (średnio o 37%). Skoro nie wiadomo, jaki zysk poprzednio zakładało czy faktycznie uzyskało Konsorcjum lub poszczególni jego członkowie w poprzednio składanych ofertach czy z tytułu realizacji poprzednich umów na rzecz Taurona, dane te w żaden sposób nie podważają możliwości wykazania zysku z tytułu realizacji tego zamówienia, zwłaszcza że wynikająca z przedstawionej kalkulacji marża relatywnie nie jest wysoka. Innymi słowy, równie dobrze można powiedzieć, że w obliczu spodziewanej konkurencji Konsorcjum zwiększyło efektywność kosztową produkcji i zeszło z marży.

Tym bardziej nic nie wynika z licznych pytań otwartych zadanych w uzasadnieniu odwołania, które oczywiście nie mogą być i nie zostały uznane za konkretne wnioski dowodowe, a zatem nie ma potrzeby na nie odpowiadać. Zauważyć przy tym należy, że większość tych pytań ma charakter tendencyjny w takim zakresie, w jakim sugeruje jako wymagane uwzględnienie w taki akurat sposób i tej okoliczności, która według Odwołującego jest istotna, co miałoby w jego zamyśle zdyskredytować wyjaśnienia przedstawione przez Konsorcjum. Co więcej, Przystępujący w przekonujący sposób odniósł się do tych spośród wątpliwości podniesionych w odwołaniu, które miały charakter najbardziej konkretny.

{ad zarzutu nr 4}

Podniesione w odwołaniu okoliczności dotyczące złożonego wraz z ofertą Konsorcjum pełnomocnictwa z 22 listopada 2024 r. sprowadza się, bez nadmiernego uproszczenia, do twierdzenia, że z tego pełnomocnictwa nie wynika możliwość udzielania dalszych pełnomocnictw, co miała potwierdzić w majestacie prawa Izba w poprzedniej sprawie odwoławczej pomiędzy tymi samymi stronami (sygn. akt KIO 244/25), gdyż nie dopuściła Konsorcjum po stronie Zamawiającego (co ostatecznie nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż wyrokiem z 17 lutego 2025 r. poprzednie odwołanie zostało oddalone).

W ten sposób Odwołujący przechodzi za jednym zamachem do porządku dziennego, zarówno nad brzmieniem

tego pełnomocnictwa, jak i nad tym, że Izba w poprzedniej sprawie oceniała wykazanie umocowania do zgłoszenia w imieniu Konsorcjum przystąpienia w tamtym postępowaniu odwoławczym, a nie umocowanie do uprzedniego złożenia oferty w przetargu Zamawiającemu. Tymczasem zgodnie z brzmieniem ostatnich trzech akapitów merytorycznej treści pełnomocnictwa z 22 listopada 2024 r., co do którego nie było sporne, że zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji ZUP Emitter sp. z o.o. z siedzibą w Limanowej:

Pełnomocnictwo obejmuje również pełnomocnictwo dla osoby posiadającej konto użytkownika na Platformie Zakupowej Grupy TAURON –[tu pada imię i nazwisko] do złożenia oferty w formie elektronicznej z użyciem kwalifikowanych podpisów elektronicznych w imieniu Wykonawcy jako partnera Konsorcjum i całego Konsorcjum.

W razie wątpliwości niniejsze pełnomocnictwo należy interpretować rozszerzająco, w taki sposób by w pełni umożliwić Pełnomocnikowi realizację celu, jakim jest uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego, oraz ochronę interesu Wykonawcy.

Niniejsze pełnomocnictwo wystawiamy na czas nieokreślony.

Skoro w odwołaniu przemilczano, że w ramach powyższej treści pełnomocnictwa konsorcjalnego Emitter wprost udzielił pełnomocnictwa do złożenia oferty, w tym opatrzenia jej stosownym podpisem elektronicznym, osobie, która, co niesporne, faktycznie ją podpisała i złożyła, Odwołujący nie może z tym polemizować, gdyż powinien odnieść się do tego faktu do upływu terminu na wniesienie odwołania, czego zaniechał. Niezależnie od tego spóźnione wywody, które podniósł dopiero na rozprawie, prowadzą *ad absurdum*, gdyż sprowadzają się do bezpodstawnego w świetle powyżej przywołanej treści pełnomocnictwa, że umocowanie wskazanej tam osoby miałoby dotyczyć złożenia i podpisania oferty rozumianej li tylko jako czynności techniczne, a nie jako oświadczenie woli.

Z kolei z odwołanie nie wynika, aby sporne było (nie tylko z tego powodu, że również drugie pełnomocnictwo złożone wraz z ofertą nie zostało wprost i wyczerpująco opisane, w tym zidentyfikowane co do daty, którą zostało opatrzone), że w treści pełnomocnictwa z 25 listopada 2024 r. osoby uprawnione do reprezentacji Incobex sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej, wprost wskazując, że działają w imieniu tej spółki, udzieliły jednej z tych osób (tej samej, co wskazana w poprzednio omówionym pełnomocnictwie) do złożenia oferty, w tym m.in. jej podpisania i złożenia za pomocą posiadanego konta na platformie zakupowej, na której prowadzone jest postępowanie o udzielenie tego zamówienia (zidentyfikowanego na wstępie dokumentu co do nazwy i oznaczenia).

Tym niemniej warto przypomnieć, że o ile dawniej kwestia, czy osoba będąca członkiem zarządu spółki z o.o. uprawnionym na mocy postanowień umowy spółki do jej reprezentowania łącznie z drugim członkiem zarządu, może zostać ustanowienia pełnomocnikiem do określonego rodzaju czynności przez zarząd tej spółki osoby budziła wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, czy nie stanowi obejścia art. 205 Kodeksu spółek handlowych (dalej również: „ksh” lub „Ksh”), o tyle Sąd Najwyższy jednoznacznie pozytywnie odpowiedział na tak sformułowane pytanie prawne w uchwale z 23 sierpnia 2006 r. sygn. akt III CZP 68/06, co potwierdził w uchwale z 24 kwietnia 2014 r. sygn. akt III CZP 17/14. Co więcej, zdaniem Sądu Najwyższego pełnomocnictwo członkowi zarządu może być udzielone przez również przez niego samego wraz z drugim członkiem zarządu uprawnionym do łącznej reprezentacji spółki.

Reasumując, łącznie z powyższych pełnomocnictw, w tym z każdego bezpośrednio od danej spółki, jednoznacznie wynika umocowanie dla osoby, która podpisała i złożyła ofertę Konsorcjum do dokonania tej czynności prawnej, czyli złożenia oświadczenia woli objętego treścią oferty wraz z wymaganymi dokumentami.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że wysnuty w odwołaniu wniosek, że ponieważ cena oferty złożonej w tym przetargu przekracza połowę kapitału zakładowego Incobex sp. z o.o., wymagana była reprezentacja łączna obu członków zarządu, abstrahuje od przytoczonego (wręcz wklejonego jako obiekt graficzny) stosownego fragmentu tabeli z Informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru przedsiębiorców dla nr KRS 0000191824. Zgodnie z brzmieniem pkt 2. (rubryki 1.), dotyczącego sposobu reprezentacji podmiotu [pisownia oryginalna, nie licząc zmiany wielkości wszystkich liter na małe, z wyjątkiem pierwszej, jak w normalnym zapisie zdania]: *Do składania oświadczeń i podpisywania w imieniu spółki w przypadku zarządu wieloosobowego, upoważniony jest każdy z członków zarządu samodzielnie, w sprawach w których przedmiot rozporządzenia przekracza połowę kapitału zakładowego wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.*

Jak trafnie i jednobrzmiąco zauważyli Zamawiający i Przystępujący, tak uregulowany sposób reprezentacji w oczywisty sposób nawiązuje do rozłącznego podziału czynności prawnych na rozporządzające i zobowiązujące, o którym również mowa w przepisach Kodeksu spółek handlowych. W szczególności zgodnie z art. 230 zd. 1 ksh rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości dwukrotnie przewyższającej wysokość kapitału zakładowego wymaga uchwały wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Z uwagi na powyżej ustalone fakty nie ma potrzeby przywoływania *in extenso* wypowiedzi autorów dwóch komentarzy Kodeksu spółek handlowych [por. str. 25. odpowiedzi na odwołanie i str. 31. pisma Przystępujących], które jednak prowadzą do wysnutego przez tę stronę sporu stronie wniosku, że złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego na podstawie ustawy pzp nie ma charakteru rozporządzającego, gdyż jej skutkiem nie jest zniesienie,

obciążenie lub przeniesienie prawa, czyli prowadzą do zmniejszenia aktywów.

Dodać należy, że z kolei czynności zobowiązujące polegają na zobowiązaniu się jednej strony do spełnienia określonego świadczenia na rzecz innej osoby, czyli zwiększają pasywa. Przy czym w doktrynie wskazuje się, że przepis art. 230 ksh ma charakter względnie wiążący, gdyż zmiany zasad wprowadzone w umowie spółki mogą całkowicie wyłączyć wymóg uzyskiwania zgody współników, ale także ograniczyć wymóg uzyskania uchwały tylko do rozporządzania prawem lub tylko do zaciągania zobowiązań do świadczeń, mogą także polegać na przekazaniu kompetencji współników wynikającej z tego przepisu do kompetencji rady nadzorczej w trybie art. 220 ksh (zob. W. Popiołek, w: Pyziół, Komentarz Ksh, 2008, str. 447-448; A. Szumański, w: Sołtysiński i in., Komentarz Ksh, t. II, 2014, art. 230, Nb 6; Kidyba, Komentarz Ksh, t. I, 2011, str. 1019-1022; Litwińska-Werner, Komentarz Ksh, 2007, str. 623-630) [por. P. Pinior, J.A. Strzępka (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2024, Legalis pkt I.2. komentarza do art. 230 ksh].

Skoro według przepisów ustawy pzp z chwilą wyboru najkorzystniejszej oferty nie dochodzi do zawarcia umowy, czyli nie znajduje zastosowania art. 70 § 1 *in principio* Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}, zgodnie z którym w razie wątpliwości umowę poczytuje się za zawartą w chwili otrzymania przez składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu, uprawniony wydaje się dalej idący wniosek Zamawiającego i Przystępujących, że do zaciągnięcia zobowiązania w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi dopiero z chwilą zawarcia umowy w formie pisemnej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, choć może być to przedmiotem dyskusji teoretycznoprawnej.

Izba zważyła, co następuje:

{ad zarzutów nr 1 i 2}

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „ppzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby dalszego wyводу „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenie specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem proponowanych warunków umowy).

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod

rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia i warunkami umowy. W szczególności nie budzi wątpliwości, a nie jest bez znaczenia dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (*accidentalialia negotii*).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia. Przy czym o ile art. 223 ust. 1 pzp (87 ust. 1 popzp) uprawnia zamawiającego w toku badania i oceny ofert do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o tyle zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz szczególnego trybu dialogu konkurencyjnego) – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie z art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 1-3 popzp) wynika nakaz poprawienia przez zamawiającego w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli poprawienie tych nieoczywistych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Omówione powyżej instytucje poprawiania omyłek właściwe dla Prawa zamówień publicznych nie wyłączają konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według przepisu art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Innymi słowy wynikające z przepisów art. 65 Kodeksu cywilnego dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwyciono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

W niniejszej sprawie kluczowe znaczenie ma jednak to, że zakresem normy prawnej wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp objęta jest również sytuacja, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę w ofercie, że jej treść odnośnie przedmiotu świadczenia jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w zażądanych – na zasadzie art. 104 (etykiety), art. 105 (certyfikaty) lub art. 106 (inne dokumenty) ustawy pzp (przy czym ten ostatni przepis jest odpowiednikiem regulacji zawartej w art. 25 ust. 2 pkt 2 popzp) – przez zamawiającego i składanych przez wykonawcę – co do zasady wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) – przedmiotowych środków dowodowych. Stąd zostały one zdefiniowane w art. 6 pkt 20 ustawy pzp jako środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

W szczególności zgodnie z przepisami zawartymi w art. 105 ustawy pzp:

- celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę

oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę [ust. 1];

- przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30) [ust. 2];
- jeżeli wymagane jest złożenie certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność [ust. 3];
- zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia [ust. 4].

Natomiast z part. 106 ustawy pzp wynika ponadto, że:

- w tym samym celu zamawiający może żądać innych przedmiotowych środków dowodowych niż zdefiniowane w art. 104 pzp etykiety czy w art. 105 certyfikaty, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania [ust. 1 zd. 1];
- zamawiający ma obowiązek wskazać wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia [ust. 1 zd. 2];
- zamawiający może wyłącznie wymagać przedmiotowych środków dowodowych, które są związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego [ust. 2];
- jednocześnie żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stąd zamawiający jest obowiązany akceptować równoważne przedmiotowe środki dowodowe, czynią zadość celowi, któremu służyło zażądanie tych dowodów.

Zatem z uwzględnieniem powyższych przepisów należy odczytywać znaczenie zażądanych przez Zamawiającego w SWZ dokumentów przedmiotowych w postaci certyfikatów, o których mowa w powyżej przywołanych przepisach art. 105 ustawy pzp.

Wreszcie z uregulowań art. 107 ustawy pzp wynika co następuje. Zasadą jest składanie przez wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą (ust. 1). Jeżeli jednak wykonawca nie uczyni tego w ogóle lubłoży przedmiotowe środki dowodowe, które są niekompletne, zamawiający może wezwać do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie wyłącznie w sytuacji, gdy uprzednio przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (ust. 2). Jednakże nigdy nie jest to dopuszczalne w odniesieniu do kryteriów oceny ofert, a zbędne w przypadku, gdy oferta i tak podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania (ust. 3).

De lege lata obowiązuje również przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c, którego nie było w poprzednim stanie prawnym, nakazujący zamawiającemu odrzucenie oferty, 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.

W każdym razie dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Innymi słowy zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach co do zasady sporządzonych przez niezależny od wykonawcy podmiot trzeci. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach.

Jak to powyżej ustalono, złożone przez Konsorcjum przedmiotowy środek dowodowy jest kompletny, ale nie potwierdza w pełnym zakresie zgodności złożonej treści oferty z warunkami tego zamówienia. W konsekwencji nie została wypełniona hipoteza normy objętej art. 107 ust. 1 ustawy pzp.

Tym samym potwierdził się zarzut, że zaniechując odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z pkt 2 lit. c ustawy pzp, Zamawiający naruszył te przepisy.

{ad zarzutu nr 3}

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp 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.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp 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.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, 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. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. .Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała zbliżone uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Należy rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w uzasadnieniu wyroku Izby z 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/13 zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie

przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP”} dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, robót budowlanych.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich terminów, po pierwsze – nieostrzych (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Z art. 224 ust. 6 ustawy pzp wynika norma prawna, zgodnie z którą, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (hipoteza), oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (dyspozycja). Obecnie obowiązująca regulacja odzwierciedla interpretację poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3 popzp, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiście było bowiem, że za takie „potwierdzenie”, które niezwykle rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, gdy nie potwierdzają one, że cena oferty nie jest rażąco niska. De lege lata nie może być zatem wątpliwości, że niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska mieści się w zakresie hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą w takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją tej normy, zamawiający obowiązany jest odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp).

Przy czym – jak już powyżej wspomniano – według normy art. 537 pkt 1 pzp (art. 190 ust. 1a popzp) ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednocześnie z art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp) wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego co do zasady nie mogą być brane pod uwagę w tym kontekście.

Należy przy tym podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn.

akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06, postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Z kolei według art. 513 pkt 1 i 2 pzp (art. 180 ust. 1 popzp) odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Stąd dla skutecznego zakwestionowania wyboru oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, konieczne a zarazem wystarczające jest wykazanie, że zamawiający nieprawidłowo ocenił te wyjaśnienia. W konsekwencji również Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia, które zostały złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę, uzasadniły należycie cenę jego oferty.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień o nowe okoliczności uzasadniające cenę oferty oraz zgłosić na ich poparcie dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Jak to powyżej ustalono, złożone przez Przystępujących wyjaśnienia zostały prawidłowo ocenione przez Zamawiającego jako uzasadniające cenę złożonej przez nich oferty.

Znaczenie w tej sprawie ma również, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzecniczą konsekwentnie prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Z kolei aktualnie Sąd Okręgowy w Warszawie jako Sąd Zamówień Publicznych rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, gdyż jak wywiódł w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23, postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd zarówno orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem (a zatem w zakresie niespornym), jak i co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

W konsekwencji odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, o ile może ograniczać się do kwestionowania zaakceptowania przez zamawiającego złożonych mu przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, o tyle wymaga skonkretyzowania okoliczności faktycznych, które wskazują na to, że czynność ta była nieprawidłowa. Innymi słowy w takim układzie procesowym treścią zarzutu podlegającego rozpoznaniu przez Izbę są sprecyzowane w odwołaniu zastrzeżenia co do treści złożonych wyjaśnień, czyli dlaczego nie uzasadniają one możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. W rozpoznawanej sprawie, jak to ustalono powyżej, z wielu powodów Odwołujący nie sprostał temu.

Przy czym zauważyć warto, że rygor dowodowy, który ustawa pzp nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie pzp.

Zwrócić przy tym należy uwagę na to, że w wezwaniu Zamawiający nie domagał się przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny. Z tych względów nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca udowodnił brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które jego zdaniem są wystarczająco uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba uznała za adekwatne również w rozpoznawanej sprawie stanowisko wyrażone uprzednio odnośnie analogicznych kwestii w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 grudnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 90/21.

Reasumując zarzut jakoby Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp okazał się bezzasadny.

{ad zarzutu nr 4}

Z art. 128 ust. 1 ustawy pzp wynika w szczególności, że jeżeli wykonawca nie złożył innych dokumentów (niż wymienione w tym przepisie wprost oświadczenie czy podmiotowe środki dowodowe) składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta podlega odrzuceniu z innego powodu lub zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania. Jednocześnie przepisy wydanego na mocy delegacji zawartej w art. 128 ust. 6 ustawy pzp Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415) {dalej: „rozporządzenie”} nie pozostawiają wątpliwości, że *de lege lata* tym innym dokumentem w rozumieniu art. 128 ust. 1 pzp jest także pełnomocnictwo. Według przepisów zawartych w § 13 ust. 3 i 4 rozporządzenia, jeżeli w imieniu wykonawcy działa osoba, której umocowanie do jego reprezentowania nie wynika z dokumentów rejestrowych, zamawiający może żądać od wykonawcy pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania wykonawcy, co znajduje odpowiednie zastosowanie do osoby działającej w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Z uwagi na ustalony powyżej stan rzeczy co do faktów, nie wypełniła się hipoteza normy prawnej wyrażonej w powyżej wskazanych przepisach, gdyż ze złożonych wraz z ofertą pełnomocnictw wynika, że osoba, która podpisała i złożyła ofertę, była do tego uprawniona zarówno w imieniu każdego z Przystępujących z osobna, jak i zawiązanego przez nich Konsorcjum.

{ad zarzutu nr 5}

Niesamoistny zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy pzp należy uznać za zasadny w takim zakresie, w jakim potwierdziły się główne zarzuty. Jednakże skoro potwierdzenie się niektórych spośród nich było wystarczające, aby konieczne było uczynienie zadość żądaniu unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum i nakazania jej odrzucenia, potwierdziło się, że jej wybór nie był prawidłowym rozstrzygnięciem tego przetargu.

{rozstrzygnięcie o żądaniach odwołania i kosztach postępowania}

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. i 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (udokumentowane złożoną do akt fakturą VAT), orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b, d oraz § 7 ust. 5 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. poz. 2437), tj. obciążając nimi Odwołującego i Zamawiającego po połowie. W szczególności Izba stwierdziła, że rodzaj i waga uwzględnionych zarzutów przemawia za przyjęciem, że Odwołujący w połowie wygrał sprawę. W przypadku obu Stron uwzględniono koszty opłat skarbowych od pełnomocnictw dwóch pełnomocników oraz, w przypadku Odwołującego, kosztów ich dojazdu na wyznaczone posiedzenie, gdyż tyłu faktycznie brało aktywny udział w rozprawie, a zarazem większej ich liczby nie uzasadniał zakres zarzutów zawartych w odwołaniu.