

WYROK

z dnia 7 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2014 r. przez Odwołującego – W..... F....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych W..... F..... w Sośnicy w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Świerczyna

orzeka:

1. oddala odwołanie

- 2.** kosztami postępowania obciąża Odwołującego W..... F....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych W..... F..... w Sośnicy, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez wykonawcę W..... F....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych W..... F..... w Sośnicy, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego W..... F....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych W..... F..... w Sośnicy, na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwa Świerczyna kwotę 3 600 zł 00 gr [słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych[tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Świerczyna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są „*Usługi leśne w 2014 roku w Nadleśnictwie Świerczyna - część zamówienia [zadanie częściowe] numer 6/2014 - Prace w Leśnictwie Dąbrowa*”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 listopada 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej po numerem 2013/S 218-379585.

II. Odwołujący w dniu 30 stycznia 2014 r. złożył odwołanie wobec czynności powtórnej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty na część zamówienia nr 6/2014 oferty Konsorcjum Leśnego; zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Leśne; zaniechania przez Zamawiającego unieważnienia czynności wyboru Konsorcjum Leśnego na część zamówienia nr 6/2014 dokonanej zgodnie z zawiadomieniem Zamawiającego z dnia 11.12.2013 r. i dokonanie tej czynności przez komisję przetargową powołaną przez Zamawiającego, oraz czynności wezwania Konsorcjum Leśnego, do uzupełnienia brakującego pełnomocnictwa, stawiając zarzuty naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 23 ust. 2 i art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 96 ustawy - Kodeks cywilny - oraz art. 82 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez udzielenie zamówienia publicznego osobom, które w rzeczywistości nie złożyły oferty w postępowaniu, jako że formularze cenowe - załączniki do oferty nr 2a, 2b, 2c i 2d - kształtujące ceny za poszczególne rodzaje prac przewidziane do wykonania w ramach części zamówienia nr 6/2014, podpisała osoba nie legitymująca się stosownym pełnomocnictwem udzielonym przez pozostałych wykonawców do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Leśnego, pomimo, że oferta ta jest niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych [przepisami art. 23 ust. 1 i ust. 2, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 23 ust. 2 i art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 96 ustawy - Kodeks cywilny - oraz art. 82 ustawy Prawo zamówień publicznych], a jej treść nie

odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [postanowieniom pkt 12.19 i 12.20], gdyż została podpisana przez osobę nieupoważnioną do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie,

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Leśnego, mimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,
- 4) art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyrażające się tym, że Zamawiający pomimo uwzględnienia w całości zarzutów odwołania z dnia 22 grudnia 2013 r. [wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2013 r.] nie wykonał, nie powtórzył i nie unieważnił czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu,
- 5) art. 15 ust. 1, art. 18 ust. 1, art.20 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie czynności unieważnienia wyboru Konsorcjum Leśnego na część zamówienia nr 6/2014 przez komisję przetargową, a nie przez Zamawiającego.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący postawili żądania nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Leśnego, jako najkorzystniejszej oferty złożonej na część zamówienia numer 6/2014,
- 2) odrzucenie oferty Konsorcjum Leśnego ,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla części zamówienia numer 6/2014 i wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że w dniu 11 grudnia 2013 r. Zamawiający doręczył Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, z którego dowiedział się, że na część zamówienia numer 6/2014, na którą złożył ofertę, Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Leśne, jako oferty najkorzystniejszej. Na część zamówienia numer 6/2014 złożone zostały tylko dwie oferty, tj. oferta Odwołującego oraz oferta Konsorcjum Leśnego. Odwołujący w dniu 24 grudnia 2013 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego oraz na zaniechanie czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, a których nie podjął w ww, postępowaniu. W dniu 7 stycznia 2014 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości. W konsekwencji tego Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 8 stycznia 2014 r.

w sprawie sygn. akt KIO 2972/13 umorzyła postępowanie odwoławcze. W związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania w całości i umorzeniem postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, Zamawiający stosownie do przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany był wykonać, powtórzyć lub unieważnia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, czego nie dopełnił. W odwołaniu z dnia 22 grudnia 2013 r. Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu, aby wezwał Konsorcjum Leśne w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia w wyznaczonym terminie pełnomocnictwa / pełnomocnictw do reprezentowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wymaganego zgodnie z przepisem art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowieniami pkt 12.20 SIWZ. Istotą tego żądania było, aby na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum złożyło wszelkie pełnomocnictwa dla osoby/osób, które potwierdzałyby umocowanie osoby/osób do działania w imieniu wykonawców tworzących Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem Zamawiający pismem z dnia 16 stycznia 2014 r. wystosował do ww. Konsorcjum wezwanie do uzupełnienia brakującego pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum, zawężając w ten sposób żądanie sformułowane przez Odwołującego do pełnomocnictwa dla jednej tylko i ściśle określonej osoby. Na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum Leśne złożyło w dniu 17 stycznia 2014 r. dokument pełnomocnictwa opatrzony datą 30 listopada 2013 r., z którego wynika, że oznaczeni w nim wykonawcy udzielili pełnomocnictwa do reprezentowania ich w przedmiotowym postępowaniu oraz do zawarcia umowy liderowi konsorcjum. Do Zamawiającego złożony został ponadto przez ww. Konsorcjum, bez wezwania ze strony Zamawiającego, dokument zatytułowany „*umowa konsorcjum*” opatrzony datą 30 listopada 2013 r., który w ocenie Odwołującego nie powinien być brany pod uwagę. Oceniając tę umowę w zestawieniu z umową konsorcyjną dołączoną do oferty Konsorcjum Leśnego, wydaje się oczywiste, że złożona w dniu 17 stycznia 2014 r. umowa konsorcjum została sporządzona dopiero w reakcji na wniesione przez Odwołującego w dniu r. do Prezesa KIO odwołanie i antydatowana. Gdyby rzeczywiście istniała ona w dniu 30 listopada 2013 r., to logicznym jest, że zostałaby dołączona do oferty Konsorcjum w miejsce odręcznie spisanej umowy konsorcyjnej zawartej na kartach 6-7 oferty. Antydatowanie umowy dodatkowo dyskwalifikuje ten dokument i jego wartość dla przedmiotowego postępowania.

Zamawiający pismem z dnia 16 stycznia 2014 r., poinformował Odwołującego o planowanych w związku z zakończeniem postępowania odwoławczego czynnościach, zapowiadając, że unieważni czynność wyboru Konsorcjum Leśnego na część zamówienia nr 6/2014, dokona powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału przez Konsorcjum powtórzy czynność oceny ofert na zadanie nr 6/2014, wezwie Konsorcjum

Leśne do przedstawienia wymaganego na podstawie art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych pełnomocnictwa. Pomimo tych zapowiedzi Zamawiający nie unieważnił czynności wyboru Konsorcjum Leśnego na część zamówienia nr 6/2014. W protokole z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 16,17 stycznia 2014 r. stwierdzono: „*Komisja przetargowa dokonała powtórzenia następujących czynności: 1. Unieważniła czynność wyboru Konsorcjum Leśnego [...] na część zamówienia nr 6/2014.*” Unieważnienie czynności wyboru oferty przez komisję przetargową jest nieskuteczne i narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności jej art. 15 ust. 1 i art 18 ust. 1, które stanowią, że postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający, a za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego oraz art. 91 ust. 1, który stanowi, że to zamawiający, a nie komisja przetargowa dokonuje wyboru ofert. Narusza także art. 20 ustawy Prawo zamówień publicznych, który określa zadania komisji przetargowej jako zespołu pomocniczego kierownika zamawiającego powoływanego do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert. Niedokonanie przez Zamawiającego skutecznego unieważnienia czynności wyboru Konsorcjum Leśnego na część zamówienia nr 6/2014 stanowi naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podał następnie, że w dniu 20 stycznia 2014 r. Zamawiający, drogą elektroniczną [e-mailem] zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty na część zamówienia nr 6/2014, z którego wynika, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Konsorcjum Leśnego. Na zadanie częściowe numer 6 ofertę złożył Odwołujący oraz podmiot, który w formularzu oferty, w miejscu przeznaczonym na wpisanie wykonawcy, wstawił odcisk pieczęci o treści: „*Konsorcjum Leśne [...] z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna*”. Formularz oferty sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ podpisała osoba lidera konsorcjum zamieszczając podpis na pieczęci o treści: „*[...] Lider Konsorcjum Leśne*”. Zgodnie z dołączonym na wezwanie Zamawiającego pełnomocnictwem, osoba ta jest upoważniona do reprezentowania członków Konsorcjum przed Zamawiającym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz do podpisania, parafowania i złożenia oferty wraz z załącznikami. Z treścią tego pełnomocnictwa Odwołujący zapoznał się dopiero po otrzymaniu w dniu 20 stycznia 2014 r. zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Nie dołączenie do oferty Konsorcjum pełnomocnictwa udzielonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie stosownie do treści art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych było jednym z podstawowych zarzutów odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 24 stycznia 2013 r. Odwołujący podniósł w tamtym odwołaniu, że: „*Do oferty Konsorcjum wymagane*

pełnomocnictwo nie zostało dołączone. Dokonanie zatem oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Leśnego [...] było przedwczesne i wybór tak dokonany powinien zostać unieważniony, a czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty powtórzona z uwzględnieniem treści pełnomocnictwa, które zostanie doręczone na wezwanie Zamawiającego. Dopiero dysponując pełnomocnictwem udzielonym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zamawiający będzie mógł rzetelnie ocenić, czy oferta ta jest poprawna, kto i komu udzielił pełnomocnictwa oraz do jakich działań w imieniu mocodawców uprawniony jest pełnomocnik, czy oferta wiąże wszystkich wykonawców itp.". Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie dokonał rzetelnej oceny oferty Konsorcjum Leśnego na zadanie nr 6/2014 i błędnie przyjął, że oferta ta nie narusza przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz jest zgodna z treścią SIWZ, pomijając przy tej ocenie okoliczność, że tylko część oferty [formularz ofertowy] na zadanie nr 6/2014 została podpisana przez prawidłowo ustanowionego pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a pozostałe, istotne elementy oferty, zawierające oświadczenia o wysokości cen za poszczególne, oferowane do wykonania, usługi [załączniki nr 2a, 2b, 2c, 2d] podpisała osoba nie będąca pełnomocnikiem wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne. W świetle powyższego uzasadnione i dopuszczalne jest odwołanie się od czynności Zamawiającego obejmujących ponowną ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej, gdyż opiera się ono na nowych faktach, nie znanych Odwołującemu w dacie, kiedy mógł wnieść odwołanie od czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, o których został zawiadomiony przez Zamawiającego pismem z dnia 11 grudnia 2013 r.

Obok formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, oferta powinna zawierać również sporządzone zgodnie z załącznikami nr 2a, 2b, 2 c i 2 d formularze cenowe oferty [dowód: SIWZ pkt 12.21 str. 27]. Formularze cenowe zawierają określenie cen jednostkowych na poszczególne prace przewidziane do wykonania w ramach danej części zamówienia, które to ceny jednostkowe stanowią podstawę rozliczeń za faktycznie wykonany zakres prac. Zawarte w formularzach cenowych stawki jednostkowe stanowią istotne postanowienia umowy, która ma zostać zawarta w razie wyboru oferty i w sytuacji, gdy oferta jest składana wspólnie przez kilku wykonawców formularze te powinny być podpisane w taki sposób, aby skutecznie zobowiązywać wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Formularz oferty zawierający jedynie całkowitą wartość wynagrodzenia za daną część zamówienia nie jest wystarczający do ustalenia istotnych postanowień umowy, gdyż najważniejsze, w celu ustalenia rzeczywiście należnego wykonawcy za wykonanie zamówienia wynagrodzenia, są jednostkowe stawki wynagrodzenia za poszczególne prace. W ofercie złożonej przez Konsorcjum Leśne, która

zgodnie z podpisanym przez pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie formularzem oferty dotyczyła zadań częściowych nr 1/2014, 6/2014, 8/2014, 9/2014, 10/2014 i 12/2014, formularze cenowe dla części zamówienia nr 6/2014 podpisały inne osoby niż lider konsorcjum. Zważywszy, że do reprezentowania członków Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upoważniony jest zgodnie z dołączonym pełnomocnictwem wyłącznie osoba lidera, podpisanie formularzy cenowych dla zadań nr 6, 8 i 10 przez inne osoby jest nieprawidłowe. Tak złożona oferta jest nieważna, nie wiąże skutecznie członków Konsorcjum, jest sprzeczna z ustawą - Prawo zamówień publicznych tj. z art. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 23 ust. 2 i art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 96 ustawy - Kodeks cywilny, a także art. 82 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Zamawiający winien jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców [art. 7 ust. 1], a Zamówienia udzielić może wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy [art. 7 ust. 3]. Wykonawcy mogą co prawda ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego [art. 23 ust. 1], ale w takiej sytuacji zobowiązani są skutecznie ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. [art. 23 ust. 2]. Pełnomocnik ten w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie podpisuje ofertę w taki sposób, żeby skutecznie zobowiązywała ona wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, zważywszy na treść art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie oraz treść art. 82 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę [ust. 1], oferta ta musi być złożona w formie pisemnej pod rygorem nieważności [ust. 2], a jej treść musi odpowiadać treści SIWZ [ust. 3]. Kwestie pełnomocnictwa, poprzez zawarte w art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych odesłanie do Kodeksu cywilnego, reguluje art. 96 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że umocowanie do działania w cudzym imieniu może opierać się na ustawie [przedstawicielstwo ustawowe] albo na oświadczeniu reprezentowanego [pełnomocnictwo]. Pełnomocnictwo to zważywszy na wymaganą pisemną formę oferty musi być udzielone na piśmie, zważywszy na treść art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego, według którego, jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. W niniejszym postępowaniu osoby nie posiadały pełnomocnictwa udzielonego im przez wszystkich pozostałych uczestników Konsorcjum do reprezentowania ich w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym nie mogli składać oświadczeń, które zobowiązywałyby pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Pominięcie przez Zamawiającego tego braku w złożonej ofercie, przyjęcie tej oferty jako ważnie złożonej w imieniu wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i wybranie na zadanie nr 6/2014 oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej narusza przepisy. Zamawiający godzi w zasady uczciwej konkurencji i w szczególny sposób faworyzuje wykonawcę - Konsorcjum - przyznając mu zamówienie, mimo braku ważnie złożonej oferty. Skoro konsorcjum nie złożyło ważnej oferty, to Zamawiający nie może udzielić takiemu wykonawcy zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy. Treść tak złożonej oferty jest niezgodna [nie odpowiada treści] SIWZ, z tego powodu, że pkt 12,19 SIWZ, str. 27 stanowi: *„oferta wraz z załącznikami musi być podpisana przez Wykonawcę. Ofertę należy podpisać zgodnie z zasadami reprezentacji wskazanymi we właściwym rejestrze. Jeżeli osoba/osoby podpisujące ofertę działa na podstawie pełnomocnictwa, to pełnomocnictwo to musi w swej treści wyraźnie wskazywać uprawnienie do podpisania oferty. Pełnomocnictwo to musi zostać złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza - art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. art. 82 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.”* Warunki dotyczące przygotowania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia Zamawiający doprecyzował w pkt 12.20 SIWZ, str. 27 , który stanowi: *„Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku ich oferta musi spełnić następujące wymagania: 1] oferta musi być podpisana w taki sposób, aby zobowiązywać wszystkich wykonawców występujących wspólnie. Na mocy art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania 2] wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub do reprezentowania ich w niniejszym postępowaniu oraz zawarcia umowy w sprawie niniejszego zamówienia. W związku z powyższym do oferty składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia należy załączyć pełnomocnictwo dla ustanowionego pełnomocnika, z którego powinien wynikać zakres umocowania jak powyżej; pełnomocnictwo powinno zostać przedłożone w oryginale lub kopii notarialnie poświadczonej; 3] wszelka korespondencja pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia będzie dokonywana do rąk ustanowionego pełnomocnika ze skutkiem dla mocodawcy; 4] w miejscu na wpisanie wykonawcy należy wpisać firmy [nazwy] wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się*

o udzielenie *zamówienia*.^{1]}. Wadliwie wypełnione [podpisane] formularze cenowe nie są dokumentami, które mogą być uzupełniane w trybie przepisów art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż uzupełnieniu podlegać mogą wyłącznie oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a także spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. [por. wyrok KIO sygn. KIO/1765/10], a formularze cenowe do tej kategorii dokumentów nie należą. Formularze te powinny zawierać oświadczenia woli wykonawców o wysokości cen jednostkowych za wszystkie rodzaje prac, które są przewidziane do wykonania w trakcie realizacji umowy na daną część zamówienia, Z tych samych przyczyn nie jest dopuszczalne wezwanie do wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści tych formularzy w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Braki w odniesieniu do formularzy cenowych podpisanych przez nieupoważnione do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie osoby nie może być również usunięty w trybie art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż musiałoby to prowadzić do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Powyższy przepis stanowi w ust. 1, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednak niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W ust. 2 dopuszczono, aby zamawiający poprawił w ofercie: 1] oczywiste omyłki pisarskie, 2] oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Wezwanie do złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych, w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych, jest traktowane jako czynność jednokrotna i ponowne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu, w trybie art. 26 ust. 3 nie jest więc dopuszczalne [por. KIO/UZP 27/09, KIO/UZP 1530/08, KIO/UZP 1385/08 i KIO/UZP 1398/08, KIO/UZP 1042/08, KIO/UZP 950/08, KIO/UZP 949/08, KIO/UZP 934/08, KIO/UZP 933/08, KIO/UZP 926/08]. Skoro zatem Zamawiający wezwał Konsorcjum do dostarczenia brakującego pełnomocnictwa i pełnomocnictwo to zostało złożone, to wzywanie o jakiegokolwiek dalsze pełnomocnictwa jest niedopuszczalne.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego, oferta Konsorcjum Leśnego jako niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz jako nieodpowiadająca treści SIWZ powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaniechanie odrzucenia oferty i jej wybór jako najkorzystniejszej narusza przepis art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie jest zgodne

z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wybranie jako najkorzystniejszej oferty, która w braku podpisania jej przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie wiąże skutecznie tych wykonawców i nie zobowiązuje ich do realizacji zamówienia na warunkach określonych tą ofertą.

Odwołujący zarzucił ponadto, że złożenie oferty przez Konsorcjum Leśne stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, który skutkować powinien odrzuceniem oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzut ten został sformułowany jednoznacznie w odwołaniu z dnia 22 grudnia 2013 r. [oznaczony jako zarzut nr 6], jednak Zamawiający mimo tego, że w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 stycznia 2014 r. uwzględnił w całości wszystkie zarzuty Odwołującego zawarte w odwołaniu, dokonując ponownej oceny oferty Konsorcjum Leśne nie odrzucił oferty Konsorcjum. O ile zarzuty odwołania z dnia 22 grudnia 2013 r. oznaczone nr 1, 2, 4, 5, 7 opierały się na braku pełnomocnictwa udzielonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i niewłaściwego oznaczenia wykonawców w ofercie, co powodowało że ich zasadność będzie weryfikowana przez pryzmat treści pełnomocnictwa dostarczonego na wezwanie Zamawiającego, o tyle zarzut zaniechania odrzucenia oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, był zarzutem samodzielnym, niezależnym od treści dostarczonego pełnomocnictwa, szczegółowo uzasadnionym i opartym o treść dokumentów dołączonych do oferty konsorcjum. Zarzut ten został przez Zamawiającego uwzględniony w odpowiedzi na odwołanie, stąd też dokonując zgodnie z żądaniem odwołania ponownego badania i oceny ofert złożonych na zadanie nr 6/2014 Zamawiający, aby móc twierdzić, że faktycznie uwzględnił zarzut w całości, powinien uwzględnić w toku ponownej oceny ofert okoliczności faktyczne zarzutu, które uzasadniały jego podniesienie w ramach danego odwołania, czego nie uczynił, naruszając tym samym przepis art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stanowisko powyższe znajduje uzasadnienie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej [por. wyrok KIO z 28.07.2011 r. sygn. KIO 1529/11, gdzie stwierdzono: *„O uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu można mówić dopiero, gdy powtórzona przez zamawiającego czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zgodna z żądaniem zawartym w odwołaniu, co wynika z art. 186 ust. 3 p.z.p., a więc uwzględnia okoliczności faktyczne zarzutu, które uzasadniały jego podniesienie w ramach danego odwołania.”* oraz wyrok KIO z 10 stycznia 2013 r. sygn. KIO 2899/12, w którym KIO stwierdziło: *„Zgodnie z art. 180 ust. 3 P.z.p. odwołanie powinno wskazywać m.in. okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające jego wniesienie, które przesądzają o tym, jakie zarzuty zostały w odwołaniu przedstawione. Z tego względu o uwzględnieniu w całości tych zarzutów można mówić dopiero wtedy, gdy wykonane przez zamawiającego czynności w prowadzonym postępowaniu są zgodne z żądaniem zawartym*

w odwołaniu, które jest nierozzerwalnie powiązane z podniesionym zarzutem.”

Odwołujący dalej wskazał, że z treści umowy konsorcyjnej z dnia 30 listopada 2013 r. wynika, że uczestnicy konsorcjum podzielili pomiędzy siebie poszczególne zadania częściowe [części zamówienia], do których zamierzali przystąpić w przetargu i przypisali poszczególnym wykonawcom samodzielne wykonywanie tych zadań oraz odpowiedzialność za ich wykonanie. Założono również, że płatność za wykonane przez wykonawców usługi będzie realizowana bezpośrednio na ich konta. Poza tymi regułami umowa konsorcyjna nie zakłada żadnej współpracy wykonawców w realizacji zadań przypisanych poszczególnym stronom umowy konsorcyjnej. Z analizy treści dokumentów załączonych do oferty Konsorcjum Leśnego wynika, że w zakresie „wiedzy i doświadczenia” oraz „sytuacji ekonomicznej i finansowej” każdy z konsorcjantów spełnia stawiane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu wymagane dla poszczególnych części zamówienia, które przypisane zostały w umowie konsorcyjnej tym wykonawcom. Każdy z uczestników Konsorcjum potwierdził również, że spełnia warunki posiadania uprawnień, posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, spełnia warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej - w dokumentacji przetargowej; referencje k. 39, 41 potwierdzają wykonanie usług o wartości powyżej 3.800.000,00 zł przy wymaganej dla przypisanych mu zadań nr 1, 9 i 12 kwocie 2.250.000,00 zł; wykaz usług k. 42 potwierdza wykonanie przez kolejnego członka konsorcjum usług o wartości powyżej 1 100 000 zł, przy wymaganej dla przypisanego mu zadania nr 6 kwocie 900.000,00 zł; zaświadczenie i poświadczenie k. 43-44 potwierdzają wykonanie przez kolejnego członka konsorcjum usług o wartości powyżej 1.450.000,00 zł przy wymaganej dla przypisanego mu zadania nr 10 kwocie 900.000,00 zł; wykaz usług k. 45 potwierdza wykonanie przez kolejnego członka konsorcjum usług o wartości powyżej 1.580.000,00 zł przy wymaganej dla przypisanego mu zadania kwocie 900 000 zł; oświadczenia k. 88-91 podpisane odrębnie przez każdego z wykonawców stwierdzają, że każdy z nich spełnia warunki posiadania uprawnień, posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, spełnia warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej; oświadczenia k. 92-95 podpisane odrębnie przez każdego z wykonawców stwierdzające, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia; zaświadczenia bankowe k. 100-105 potwierdzają, że każdy z wykonawców odrębnie posiada zdolność finansową wymaganą dla przypisanych mu do realizacji zadań]. Na dzień otwarcia ofert wszyscy wykonawcy tworzący Konsorcjum Leśne świadczyli usługi na rzecz Zamawiającego w oparciu o umowy zawarte z nimi po przetargu na świadczenie usług leśnych na terenie Nadleśnictwa Świerczyna w 2013 r. W ofertach,

które w przetargu na usługi w 2013 r. każdy z wykonawców tworzących konsorcjum składał samodzielnie, zawarli oni wykazy osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia oraz wykazy niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń. Wykazy te potwierdzają, że każdy z wykonawców na dzień zawarcia umowy konsorcjum jak i na dzień składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia dysponował wymaganą przez Zamawiającego liczbą pracowników o odpowiednich kwalifikacjach konieczną do realizacji przypisanych poszczególnym wykonawcom w umowie konsorcjum zadań oraz odpowiednim sprzętem i narzędziami. Zatem każdy z uczestników konsorcjum był zdolny i mógł samodzielnie ubiegać się o uzyskanie zamówienia publicznego na tą część zamówienia, którą zgodnie z umową konsorcyjną ma realizować. Staje się zatem oczywiste, że głównym celem zawarcia porozumienia [umowy konsorcyjnej] nie było to, aby stworzyć wykonawcom możliwość przystąpienia do przetargu, do którego nie mogliby przystąpić samodzielnie, bądź usprawnienie realizacji większego zamówienia w drodze współdziałania stron umowy, lecz wyłącznie skumulowanie poprzez zawarte porozumienie doświadczenia wykonawców, w celu uzyskania maksymalnie wysokiej punktacji za to kryterium, które obok ceny zamawiający przewidział jako kryterium wyboru ofert. Zawiązanie porozumienia [konsorcjum] w tym jedynie celu, aby poprawić punktację w procedurze oceny ofert za kryterium „doświadczenie” złożenie oferty przez utworzone w tym celu Konsorcjum, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.], jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes odwołującego oraz pozostałych przedsiębiorców, którzy samodzielnie przystąpili do przetargu na wybrane części zadania, które zamierzali samodzielnie wykonywać. Zawarcie umowy konsorcyjnej miało na celu wyeliminowanie innych wykonawców ubiegających się o te same części zamówienia, poprzez sztuczne skumulowanie wartości wykonanych usług przez wszystkich konsorcjantów i przeciwstawienie tak skumulowanej wartości wartościom usług wykonanych przez pojedynczych wykonawców samodzielnie ubiegających się o zamówienie. Założony efekt został osiągnięty, gdyż na wszystkich 6 częściach zamówienia, których dotyczyła oferta Konsorcjum Leśnego wykonawca ten uzyskał w kryterium „Doświadczenie Wykonawcy” maksymalne ilości 10 punktów, mimo że faktycznie w trakcie realizacji zamówienia wykonawcy tworzący konsorcjum nie założyli żadnego wspierania się czy współdziałania przy realizacji poszczególnych części zamówienia przypisanych indywidualnie każdemu z nich, a tym samym tak skumulowane doświadczenie pozostawało bez jakiegokolwiek wpływu na jakość świadczonych usług czy zdolność do ich wykonania. Również przy ponownej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadania nr

6/2014 Konsorcjum uzyskało maksymalną ilość punktów za kryterium „Doświadczenie wykonawcy”. Oceny, co do rzeczywistego celu utworzenia Konsorcjum, jakim kierowali się wykonawcy zawierając w dniu 30 listopada 2013 r. umowę konsorcyjną nie może zmienić dostarczona Zamawiającemu w dniu 17 stycznia 2014 r. umowa konsorcjum opatrzona datą 30 listopada 2013 r., gdyż w świetle zasad doświadczenia życiowego jest to dokument stworzony w związku z wdrożonym przez Odwołującego postępowaniem odwoławczym, w celu doraźnego zwalczania postawionych przez Odwołującego zarzutów, dokument sporządzony później niż data wskazana w komparcji i antydatowany, dokument dostarczony bez wezwania Zamawiającego we właściwym trybie przewidzianym w ustawie Prawo zamówień publicznych, który powinien zostać przyjęty przez Zamawiającego „ad acta”. Zamawiający dysponuje dołączoną do oferty, sporządzoną odręcznie umową konsorcyjną, a tym samym, nie miał potrzeby żądać i nie żądał od Konsorcjum doręczenia jakiegokolwiek innej umowy konsorcjum.

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający „z ostrożności procesowej” zakwestionował interes Odwołującego w rozpatrzeniu odwołania, wskazując, że w przypadku konieczności odrzucenia oferty, która została uznana za najkorzystniejszą tj. Konsorcjum Leśne, oferta Odwołującego i tak nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą na część 6 zamówienia z uwagi na okoliczność, że postępowanie zostanie unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4, oferta Odwołującego przewyższa bowiem w sposób znaczny kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, którą Zamawiający podał na otwarciu ofert do publicznej wiadomości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie mogło być uwzględnione.

Nie znalazły potwierdzenia nie tylko postawione przez Odwołującego zarzuty, ale Odwołujący nie sprostał także wykazaniu przesłanek materialnoprawnych o których stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga od wnoszącego odwołanie wykonawcy nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale również wykazania poniesionej szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tak jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy jakiego doznaje lub dozna poszkodowany wykonawca w wyniku

określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Tym samym oferta wnoszącego odwołanie - w przypadku uwzględnienia zarzutów, powinna być uznana za najkorzystniejszą i dane postępowanie powinno zakończyć się zawarciem umowy z Odwołującym.

Odwołujący – w toku rozprawy - nie wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu.

W toku postępowania odwoławczego ustalono bowiem, że Odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż odrzucenie oferty wybranej nie prowadziło do zawarcia z którymś z Odwołującym umowy, lecz do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oferta Odwołującego zawiera bowiem cenę, przewyższającą kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia i która to kwota nie mogła być zwiększona do ceny oferty odwołującego, w przypadku odrzucenia oferty aktualnie wybranej i uznania oferty Odwołującego za jedyną ważną. To oznacza, że nawet w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że zarzuty Odwołującego podniesione w odwołaniu, są zasadne nie mógłby on uzyskać tego zamówienia. Odwołujący nie wykazał zatem szkody jaką poniósł lub mógłby ponieść w związku z brakiem odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Leśne.

Podkreślenia wymaga, że wykazanie szkody, o której stanowi przepis art.179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w interesie i na korzyść odwołującego, skutkiem czego – jak już wyżej wskazano – możliwe byłoby zawarcie umowy z odwołującym [podobnie Izba w wyrokach z dnia 13 czerwca 2011 roku, sygn. akt KIO 1154/11 oraz 15 maja 2013 r. w spr. KIO 1025/13 i 1047/13].

Przeprowadzone na posiedzeniu postępowanie wykazało, że Odwołujący nie może ponieść szkody, w wyniku przypisywanych Zamawiającemu naruszeń przepisów. Oferta Odwołującego opiewa bowiem na kwotę 843 773,82 zł, podczas gdy Zamawiający na sesji otwarcia ofert podał, że na realizację zadania 6 zamierza przeznaczyć kwotę 783 381,35 zł. Na posiedzeniu ustalono, że Zamawiający nie zamierza przeznaczyć na realizację tej części zamówienia więcej, aniżeli kwota podana na otwarciu ofert. Zamawiający wykazał, że na rok 2014 ma obowiązek dokonywania oszczędności, celem zwrócenia przez Lasy Państwowe środków do budżetu; że wstrzymano wydatki inwestycyjne i z wyjątkową rozwagą podejmowane są decyzje finansowe. Zamawiający wykazał także, że tego rodzaju decyzja nie jest jego arbitralnym i bezrefleksyjnym zamysłem, ale wynika z przyjętej polityki

funkcjonowania w bieżącym roku, w tym, że pod koniec 2013 r. kierownik jednostki został zawezwany na naradę do Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinku, gdzie zakomunikowane zostały jednostkom podległym postanowienia podjęte na szczeblu centralnym, dotyczące wstrzymania inwestycji i wprowadzenia rygorystycznej polityki finansowej. Zamawiający – kierownik jednostki – p.o. Nadleśniczego oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, że „w przypadku konieczności odrzucenia oferty, która została uznana za najkorzystniejszą, tj. Konsorcjum Leśne [...] oferta Odwołującego i tak nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą na część 6 zamówienia z uwagi na okoliczność, że postępowanie zostanie unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4. Oferta Odwołującego przewyższa bowiem w sposób znaczny kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, którą Zamawiający podał na otwarciu ofert do publicznej wiadomości”. Tego rodzaju oświadczenie należy traktować z pełną powagą jako w pełni miarodajne i wyrażające zamiar i możliwości Zamawiającego. Podkreślenia bowiem wymaga, że kwota podawana na otwarciu ofert jako ta, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wyraża maksymalny poziom, do którego Zamawiający jest zobligowany wobec wykonawców podejmować działania zmierzające do wyboru najkorzystniejszej oferty: celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest nabycie przez jednostkę przedmiotu postępowania „za wszelką cenę”, ale nabycie go w warunkach własnej kalkulacji i założonego budżetu na dany cel, co mieści się w autonomii jednostki dokonującej nabycia określonych rzeczy lub praw. Decyzja, wyrażająca zamiar nabycia określonego przedmiotu, tak jak każda decyzja podejmowana w warunkach rynkowych przez podmioty komercyjne, zawiera w sobie wyznaczone przez nabywcę granice, w jakich będzie się poruszał, w tym granice finansowe, do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia. Nie sposób więc obligować Zamawiającego do poddawania każdorazowo, gdy cena oferty przekroczy tak wyznaczony próg, analizie swoich możliwości finansowych, ponad wolę nabycia przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Zwiększenie tak założonego budżetu jest każdorazowo odstępstwem od pierwotnego zamiaru, a nie zasadą. Zasadą jest zatem, że Zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia tylko do kwoty, jaką podał na otwarciu ofert jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W analizowanym postępowaniu, jak ujawniły wyniki postępowania odwoławczego, kwota założonego przez Zamawiającego budżetu na poszczególne części była przez wykonawców przewidywana – Odwołujący podał, że można było ją ustalić dla każdej z części na podstawie wadium ustalonego w wysokości 1 % od wartości szacunkowej: przemnożenie wymaganego wadium przez 100 dawało wartość szacunkową zamówienia, co dla Odwołującego było oczywiste. Odwołujący, który podczas otwarcia ofert powziął wiadomość, że cena jego oferty jest wyższa nie tylko od wartości konkurencyjnej

oferty, ale przede wszystkim od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia musi zdawać sobie sprawę, że ma szansę na uzyskanie zamówienia tylko pod warunkiem, że Zamawiający zdecyduje się zmienić wcześniejszy zamiar, będący wynikiem złożonego i sformalizowanego procesu decyzyjnego zamiar, wyrażony na etapie przygotowania postępowania i zwykle – w gospodarce finansowej jednostek wchodzących w skład sektora publicznego – ściśle osadzony w planach finansowych opracowanych w perspektywie długookresowej, podlegających zatwierdzeniu przez jednostki nadrzędne. Trzeba przy tym pamiętać, że zamawiający – jednostka sektora finansów publicznych działa pod presją nie tylko postulatu działania celowego ale także działania gospodarnego. Oznacza to tyle, że jeśli w postępowaniu złożono oferty z cenami mieszczącymi się w założonym budżecie, zaś zamawiający nie działa w warunkach pilnej potrzeby nabycia przedmiotu zamówienia, nie jest zobligowany do skorzystania z każdej oferty dostępnej na rynku, w tym droższej od zamierzonego poziomu cenowego.

Tym samym, jeśli wykonawca nie posiada racjonalnych podstaw, sygnałów ze strony Zamawiającego, że ten zamiar z takich czy innych względów uległ modyfikacji i że Zamawiający zdecyduje się jednak zwiększyć środki na realizację zamówienia, musi liczyć się, że jego oferta, jako droższa od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, nie będzie brana pod uwagę. Nie wymaga to – wbrew argumentom prezentowanym na rozprawie przez Odwołującego - odrzucenia oferty przekraczającej budżet Zamawiającego, a jedynie, jeśli nie znajdą się inne oferty mieszczące się w granicach kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia ani Zamawiający nie podejmie decyzji o zwiększeniu środków na sfinansowanie zamówienia, zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania [art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy]. Ponadto, nie sposób oczekiwać, że o sytuacji, gdy Zamawiający nie zamierza przeznaczyć zwiększonej kwoty na realizację zamówienia możemy mówić wyłącznie w razie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Ta podstawa unieważnienia postępowania ma bowiem charakter zrelatywizowanej do okoliczności postępowania, w tym tego, czy istnieją oferty mieszczące się w założonym przez Zamawiającego budżecie. Oczywistym jest zatem, że Zamawiający nie ma powodów do unieważnienia postępowania, jeśli w postępowaniu złożono oferty mieszczące się w granicach tego budżetu, zaś przesłanka do unieważnienia postępowania wystąpi dopiero wtedy, gdy te oferty zostaną wyeliminowane.

W analizowanej sprawie, ze strony Zamawiającego sygnałów nie było sygnałów, które pozwoliłyby Odwołującemu na przekonanie, że Zamawiający w razie odrzucenia wybranej oferty dokona wyboru kolejnej, to jest przekraczającej założony budżet na zadanie 6 oferty.

Powyższe determinowało uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Niezależnie od powyższego, nie uchylając się od rozpoznania istoty sprawy, poddano analizie zarzuty postawione w odwołaniu [za uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08]. Analiza tych zarzutów wskazuje, że nie zasługują one na uwzględnienie, z następujących powodów:

[1] Nie znalazł potwierdzenia zarzut wskazujący na naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający uwzględnił uprzednio złożone przez odwołującego odwołanie i zastosował się wprost do postawionych w nich żądań, które obejmowały:

- 1] unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Leśnego [...] jako najkorzystniejszej oferty złożonej na część zamówienia numer 6/2014,*
- 2] powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dla części zamówienia numer 6/2014,*
- 3] powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla części zamówienia numer 6/2014,*
- 4] wezwanie Konsorcjum Leśnego [...] w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp do złożenia w wyznaczonym terminie pełnomocnictwa/ pełnomocnictw do reprezentowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wymaganego zgodnie z przepisem art. 23 ust. 2 ustawy pzp oraz postanowieniami pkt 12.20 SIWZ.*

W uprzednio złożonym odwołaniu z dnia 24 grudnia 2013 r. zostały zakwestionowane następujące czynności i zaniechania Zamawiającego:

- 1] Czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty na część zamówienia nr 6/2014 oferty Konsorcjum Leśnego [...],
- 2] Zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy p.n. Konsorcjum Leśne [...],
- 3] Zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Leśne [...],
- 4] Zaniechania przez zamawiającego wezwania Konsorcjum Leśnego [...] do złożenia w określonym terminie pełnomocnictwa potwierdzającego ustanowienie pełnomocnika upoważniającego do reprezentowania wykonawców wspólnie składających ofertę do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wobec tych czynności postawił następujące zarzuty:

1] naruszenie przepisów art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. t.j. 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy], przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez podmiot oznaczony jako „Konsorcjum Leśne [...], który nie ma przymiotu wykonawcy w rozumieniu przepisów ustawy pzp, a tym samym nie może skutecznie zaciągnąć zobowiązania oraz zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego,

2] Naruszenie przepisów art. 7 ust. 3 i art. 91 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty „Konsorcjum Leśnego [...],

3] Naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 2 ustawy w związku z art. 14 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 96 kodeksu cywilnego - przez udzielenie zamówienia publicznego osobom, które w rzeczywistości nie złożyły oferty w postępowaniu, jako że ofertę podpisał wyłącznie jeden z członków konsorcjum nie legitymujący się stosownym pełnomocnictwem udzielonym przez pozostałych wykonawców do reprezentowania ich w postępowaniu,

4] Naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy pod nazwą Konsorcjum Leśne [...] mimo, że wykonawca ten nie wykazał w sposób wymagany postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

5] Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Leśnego [...], pomimo, że oferta ta jest niezgodna z ustawą pzp [przepisem art. 23 ust. 1], a jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - dalej „SIWZ” [postanowieniom pkt 12.20], gdyż zamiast wskazywać jako wykonawcę firmy wszystkich podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, wskazuje jako wykonawcę nieistniejący podmiot pod nazwą Konsorcjum Leśne [...],

6] Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Leśnego [...], mimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,

7] Naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 w związku z art. 23 ust. 2 ustawy oraz w związku z postanowieniami pkt 12.20 SIWZ, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania Konsorcjum Leśnego [...] do złożenia w określonym terminie brakującego pełnomocnictwa dla osoby mającej reprezentować wykonawców wspólnie składających ofertę w postępowaniu, w sytuacji, gdy ofertę [formularz oferty] podpisał jedynie jeden z członków konsorcjum, a z dołączonej do oferty umowy konsorcyjnej z dnia 30.11.2013 r. nie wynika, aby był on dostatecznie umocowany do reprezentowania pozostałych wykonawców w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji powyższego zaniechania zamawiający przedwcześnie przystąpił do wyboru najkorzystniejszej oferty i wybrał ofertę Konsorcjum Leśnego [...] jako najkorzystniejszą.

Zamawiający, po uwzględnieniu tego odwołania dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Leśnego [...] jako najkorzystniejszej oferty złożonej na część zamówienia numer 6/2014, dokonał powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Leśne, powtórzył czynność badania i oceny ofert dla części zamówienia numer 6/2014, oraz wezwał Konsorcjum Leśne do przedstawienia wymaganego na podstawie art. 23 ust. 2 ustawy pełnomocnictwa, co potwierdza protokół Komisji przetargowej z 16 i 17 stycznia 2014 r. a także kierowane do wykonawców pisma Zamawiającego z dnia 16 stycznia 2014 r.

Oznacza to tyle, że Zamawiający w sposób czyniący zadość dyspozycji przywołanego przepisu wykonał postawione w uwzględnionym przez siebie odwołaniu, żądania.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że zamawiający jest związany dyspozytywną czynnością uwzględnienia zarzutów odwołania, przy czym winien wykonać w ramach tego uwzględnienia czynności w zakresie i granicach, jakie stawiają przepisy prawa i jakie są dopuszczalne w ustalonym stanie faktycznym. Jakkolwiek bowiem czynności zamawiającego są czynnościami zmierzającymi do ukształtowania stosunku cywilnoprawnego – zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, to czynności te nie są pozostawione pełnej swobodzie i niezależności podmiotu jakim jest zamawiający, charakterystycznej dla sfery stosunków cywilnoprawnych. Postępowanie o zamówienie publiczne rządzi się bowiem rygoryzmem i podporządkowane jest zasadom o bezwzględnym charakterze, nie podlegającym pełnej dyspozycji podmiotu obowiązującego do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasada swobody kontraktowania wyrażona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, w tym dowolność w wyborze kontrahenta, z którym zawarta zostanie umowa doznają w postępowaniu o zamówienie publiczne ograniczenia, które wynika z zasad gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych oraz postępowania o zamówienie publiczne jak i brzmienia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem zamawiający nie ma pełnej swobody w zakresie procesu decyzyjnego co do tego, z którym wykonawcą zawrze umowę, czy wykluczy tego wykonawcę bądź odrzuci jego ofertę – związany jest w tej mierze przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, i do każdej z tego rodzaju czynności musi mieć podstawę wyraźnie z tych przepisów wynikającą, szczególnie, gdy miałyby to dotyczyć odrzucenia oferty albo wykluczenia wykonawcy, co do których przepisy enumeratywnie wyznaczają podstawy tej czynności.

Przeciwnie rozumowanie oznaczałoby, że zamawiający uwzględniając zarzuty obowiązany jest wykonać żądania niezależnie od ich prawnej dopuszczalności, jak i tego, czy pozostają w jakimkolwiek związku z podniesionymi i uwzględnionymi zarzutami.

Podkreślenia następnie wymaga, że Odwołujący w poprzednio złożonym odwołaniu podniósł m.in. zarzut naruszenia dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, wskazując na popełnienie przez wybranych w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego czynu nieuczciwej konkurencji, co ma być następstwem zawarcia umowy konsorcjum wyłącznie w celu uzyskania punktacji w kryterium pozacenowym, o wadze 10 %, jakim było doświadczenie we wcześniejszych pracach, mierzone wartością zawartych umów. Odwołujący jednak – w poprzednio złożonym odwołaniu nie wyartykułował wyraźnie żądania odrzucenia oferty wybranych wykonawców, w tym nie wskazał go w części zawierającej żądania. Tym samym, zasadnym jawi się wniosek, że Odwołujący – w zakresie tego zarzutu - wyraźnie postawił jedynie żądanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponownego badania i oceny ofert, rezultatu tego badania jednak nie przesądzając, czy też nie opatrując odwołania wnioskiem wskazującym na podstawę do odrzucenia oferty wybranych wykonawców. Tym samym, postawiony w rozpatrywanym odwołaniu zarzut, wskazujący na popełnienie przez wykonawców, których oferta została uznana za najkorzystniejszą czynu nieuczciwej konkurencji, podlegał rozpoznaniu w kształcie i treści, w jakich został postawiony w odniesieniu do ponowionego wyboru najkorzystniejszej oferty.

[2] Nie potwierdziły się zarzuty wskazujące na niewłaściwe podpisanie oferty przez lidera konsorcjum [zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 7 ustawy w związku z art. 23 ust. 2 i art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz 82 KC].

Istotnie, na zasadniczym formularzu oferty widnieje podpis wraz z pieczęcią lidera konsorcjum, zaś pozostałe, składające się na ofertę formularze cenowe dla poszczególnych zadań podpisali i opatrzyli swoimi pieczęciami poszczególni członkowie konsorcjum. Nie sposób jednak pomijać, że – po pierwsze – ofertę należy czytać w całości, jako zestaw oświadczeń, których wola stron jest traktowanie jako integralnej całości. Nie ma zatem znaczenia sposób podpisu i opatrzenie poszczególnych części podpisami członka konsorcjum a nie jego lidera, jeśli na podstawie całokształtu okoliczności nie budzi wątpliwości, że wola wykonawcy obejmuje złożenie oświadczenia woli określonej treści.

Po drugie - w analizowanej sprawie na uwagę zasługuje fakt, że główny formularz ofertowy został nie tylko podpisany i opatrzony pieczęcią lidera konsorcjum, ale dodatkowo

opatrzone dopiskiem podpisanym przez lidera konsorcjum, o treści: „Oferta zawiera 126 strony”. Oznacza to tyle, że mocą podpisu złożonego na pierwszym, zasadniczym formularzu, lider konsorcjum zaakceptował nie tylko składające się na niego dwie strony, ale pełen wolumen dokumentów, liczący 126 strony, tym samym obejmujący sporne formularze częściowe.

Po trzecie, gdyby mimo to mieć wątpliwości co do tego, czy oferta wybranych wykonawców została w całości podpisana przez lidera konsorcjum, nie sposób pomijać, że na każdej stronie oferty, niezależnie od podpisów innych osób [w tym spornych podpisów członka konsorcjum na formularzach częściowych] widnieje podpis lidera konsorcjum. Podpisy te wprawdzie nie zostały opatrzone pieczęcią zawierającą imię i nazwisko lidera konsorcjum, jednak nie budzi wątpliwości, że jest to tożsamy podpis z tym, jaki widnieje na formularzu ofertowym a także w umowie konsorcjum załączonej do oferty oraz tej uzupełnionej na wezwanie Zamawiającego.

Trafność powyższej oceny potwierdza wyrok Sądu Najwyższego z 20 stycznia 2012 r. w spr. CSK 373/11, w którym Sąd Najwyższy oceniając czy dokument został podpisany prawidłowo uznał „w świetle art. 78 § 1 k.c. sama objętość „dokumentu” nie może mieć znaczenia. Może on składać się z kilku części [stron] o różnej szacie redakcyjnej. Istotna jest przy tym sama relacja takiego dokumentu do umieszczonego w nim oświadczenia woli. Można mówić o tzw. dokumencie zintegrowanym, jeżeli składa się on z kilku części [stron], lecz zawiera to samo oświadczenie woli pochodzące od określonego podmiotu. Rzecz jasna, o takiej integracji nie przesądzają jeszcze elementy natury technicznej [np. sposób fizycznego połączenia części dokumentu], lecz czynnik natury merytorycznej, tj. sama treść dokumentu wyrażająca objęte nim oświadczenie woli i wskazująca na sposób powiązania poszczególnych części dokumentu jako całości, integralny pod względem treści oświadczenia woli dokument może być podpisany wówczas jako całość i podpis na takim dokumencie [pod treścią złożonego oświadczenia woli] może oznaczać zachowanie formy pisemnej tego oświadczenia woli w rozumieniu art. 78 § 1 k.c”.

Powyższe czyniło postawiony w tej mierze zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, w zw. z art. 23 ust. 2 i art. 14 ustawy w zw. z art. 96 Kc oraz art. 82 ustawy a także art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy – bezpodstawnym.

[3] Nie zasługuje na aprobatę argumentacja podniesiona w odwołaniu, jakoby złożona na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu umowa konsorcjum złożona została w sposób nieuprawniony albo antydatowana przez wybrane konsorcjum.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, na podstawie lektury uprzednio złożonego odwołania, które Zamawiający uwzględnił, w tym przede wszystkim postawionych tam żądań, nie sposób przyjąć, że w odwołaniu tym była mowa o innych pełnomocnictwach. Odwołujący w odwołaniu z dnia 22 grudnia 2013 r. domagał się *„wezwania Konsorcjum Leśnego [...] w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp do złożenia w wyznaczonym terminie pełnomocnictwa/ pełnomocnictw do reprezentowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wymaganego zgodnie z przepisem art. 23 ust. 2 ustawy pzp oraz postanowieniami pkt 12.20 SIWZ”*.

Nie jest więc tak, jak to podnosi aktualnie Odwołujący, że w poprzednio złożonym odwołaniu *„istotą żądania było, aby na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum złożyło wszelkie pełnomocnictwa dla osoby/osób do działania w imieniu wykonawców tworzących Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”*. Lektura rozpatrywanego odwołania wskazuje, że takie żądanie nie zostało wyartykułowane przez Odwołującego w pierwszym odwołaniu, które zostało uznane. Ponadto, Odwołujący w odwołaniu z dnia 22 grudnia 2013 r. wskazał jakiego pełnomocnictwa brakuje: *„Nie dołączono do oferty żadnego dokumentu, który upoważniałby [...] do reprezentowania konsorcjum [...]”*. Następnie, na str. 8 tego odwołania Odwołujący podał: *„Pełnomocnictwo takie było konieczne w świetle art. 23 ust. 2 PZP ustawy oraz postanowień pkt. 12.20 SIWZ, a jego brak powoduje, że złożona oferta nie zobowiązuje wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, gdyż podpisujący formularz oferty [...] nie wykazał upoważnienia do złożenia oferty w imieniu pozostałych wykonawców. Do oferty Konsorcjum [...] wymagane pełnomocnictwo nie zostało dołączonej [...]”*.

Stąd nie jest zasadny zarzut naruszenia w tej mierze art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym bardziej nie są właściwe jakiegokolwiek zastrzeżenia co do złożonej – ponad wezwanie Zamawiającego i potrzebę na tym etapie postępowania – umowy konsorcjum. Zwrócić bowiem należy także uwagę, że nie ma obowiązku przedkładania umowy konsorcjum do oferty, co oznacza, że Zamawiający na tym etapie musi polegać na zawartości oferty i załączonego do niej pełnomocnictwa lub pełnomocnictw. Przepis art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż w przypadku, o którym mowa w ust. 1 [wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia], wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo

reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z brzmienia powyższego przepisu wynika, iż na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia został nałożony obowiązek ustanowienia pełnomocnika, reprezentującego ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dwóch możliwych zakresach umocowania:

- 1] do reprezentowania uczestników konsorcjum w postępowaniu,
- 2] do reprezentowania uczestników konsorcjum w postępowaniu i podpisania umowy.

Powyższa regulacja ma z jednej strony znaczenie informacyjne dla zamawiającego, co do tego, z kim należy dokonywać czynności w postępowaniu, czy następnie podpisać umowę. Jednoznaczne udokumentowanie tego pełnomocnictwa i zaprezentowanie go zamawiającemu ma jeszcze inne znaczenie o zasadniczej doniosłości: ma dawać zamawiającemu pewność, że wola wykonawców wspólnie występujących w postępowaniu na pewno, w sposób poważny i wiążący obejmuje udział w nim, i to udział w takiej konfiguracji podmiotów, jaką wskazano w ofercie. Może to mieć znaczenie dla zabezpieczenia zamawiającego przed ewentualnym uchycieniem się wykonawcy od zawarcia umowy na tej podstawie, że przed podpisaniem umowy jeden z członków konsorcjum oświadczy, że nie miał zamiaru ubiegać się o dane zamówienie.

Żaden z przepisów ustawy nie wymaga jednak na etapie składania ofert złożenia umowy konsorcjum. Stąd nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja odnosząca się do umowy konsorcjum, złożonej ponad wezwanie Zamawiającego, dotyczące pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum, o którym stanowi art. 23 ust. 2 ustawy.

Z tego względu nie miały także żadnego znaczenia zawarte w odwołaniu przypuszczenia, wskazujące na antydatowanie umowy konsorcjum złożonej w ramach uzupełnienia dokumentów w stosunku do odręcznie sporządzonego dokumentu zawartego w ofercie Konsorcjum Leśnego.

[4] Nie zasługują na uwzględnienie zarzuty wskazujące na to, że czynności unieważnienia pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia badania i oceny ofert dokonał nie kierownik jednostki [Nadleśniczy] a jedynie jego organ pomocniczy, jakim jest komisja przetargowa.

Po pierwsze: powyższe zarzuty podniesiono z uchybieniem terminu do kwestionowania czynności. Jeśli dotyczą one nieprawidłowego dokonania wskazanych czynności, co miało miejsce w dniu 16 stycznia 2014 r., to odwołanie należało wnieść w ciągu 10 dni od tej czynności [art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych].

Odwołanie wniesione w dniu 30 stycznia 2014 r. jest zatem odwołaniem złożonym po terminie, jeśli chodzi o ten zarzut.

Po drugie, pismem z dnia 16 stycznia 2014 r. Zamawiający, reprezentowany przez swego kierownika powiadomił wykonawców, że *„w związku z zakończeniem postępowania odwoławczego, Zamawiający informuje, że w wyniku rozstrzygnięcia postępowania przetargowego dokonał następujących czynności: 1. Unieważni czynność wyboru Konsorcjum Leśnego [...] na część zamówienia nr 6/2014, 2. Dokona powtórzenia czynności oceny spełniania warunków uczestnictwa przez Konsorcjum, 3. Powtórzy czynność oceny ofert na zadanie nr 6/2014, 4. Wezwie Konsorcjum Leśne do przedstawienia wymaganego na podstawie art. 23 ust. 2 Prawo zamówień publicznych pełnomocnictwa. O wynikach ponownej oceny Zamawiający poinformuje wykonawców niezwłocznie stosownie do dyspozycji art. 92 Prawo zamówień publicznych”*. Rezultat tej ponowionej oceny stanowi dokonany w dniu 20 stycznia 2014 r. wybór najkorzystniejszej oferty. Nawet jeśli mieć zatem zastrzeżenia co do sposobu dokonania czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia badania i oceny ofert [te zaś – istotnie – powinny zostać wyrażone w sposób definitywny i w trybie dokonanym a nie w czasie przyszłym *„Unieważni czynność wyboru Konsorcjum Leśnego [...] 2. Dokona powtórzenia czynności [...] 3. Powtórzy czynność oceny ofert [...], 4. Wezwie Konsorcjum Leśne [...]*”, to ta czynność ostatecznie została skonsumowana ponowionym wyborem najkorzystniejszej oferty z 20 stycznia 2014 r. Ewentualne niedoskonałości w powyższym zakresie pozostają zatem bez wpływu na wynik postępowania [art. 192 ust. 2 ustawy]. Także Odwołujący, formułując powyższe zarzuty, nie opatrzył ich jakimkolwiek żądaniem, które zmierzałoby do naprawienia wadliwych, w ocenie Odwołującego, czynności.

[5] Nie znalazły potwierdzenia zarzuty wskazujące na popełnienie przez wybrane Konsorcjum Leśne czynu nieuczciwej konkurencji.

W powyższej mierze Odwołujący – po pierwsze – nie wykazał, jaki czyn kwalifikowany ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przypisuje Konsorcjum Leśnemu.

Na zamawiającym ciąży każdorazowo obowiązek odrzucenia ofert, spełniających przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów [Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.]. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym, za czyn nieuczciwej konkurencji, powinno być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji jest procesem skomplikowanym i trudnym, gdyż wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, dotyczy działania, które zwykle nie jest eksponowane i nie znajduje wyraźnego i formalnego wyrazu a następnie zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [„Czyny nieuczciwej konkurencji”, art. 5-17] lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy. Odwołujący nie wskazał, jaki w jego ocenie, czyn kwalifikowany ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyraża się w zawiązaniu przez wykonawców konsorcjum w tym postępowaniu, a także w jaki sposób to działanie narusza prawo lub dobre obyczaje albo interes innego uczestnika rynku [Odwołującego]. Nie może być uznane za takie działanie sam fakt zawiązania konsorcjum albo złożenia przez nie konkurencyjnej oferty w tym postępowaniu.

Po drugie, samo zawarcie umowy konsorcjum i zsumowanie potencjałów dla innego celu, aniżeli wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie jest wyłączone przepisami. Jeśli w analizowanym przypadku, takim celem było uzyskanie maksymalnej punktacji w ramach kryterium pozacenowego, to powyższe zdaje się wynikać wprost z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ]. Jeśli więc SIWZ skłaniała do tego rodzaju praktyk, które w ocenie zainteresowanych wykonawców należałoby traktować za niedopuszczalne czy niewłaściwe, to powyższe powinno być zostać zakwestionowane na odpowiednim etapie postępowania. Stawianie po wyborze najkorzystniejszej oferty tezy, że działania wykonawców, polegające na zawarciu umowy konsorcjum [co samo w sobie nie jest nie tylko wyłączone ale wprost przewidziane przez ustawę], służyły nieuczciwym praktykom, nie zasługuje na aprobatę. Stanowi to polemikę z brzmieniem SIWZ i zmierza do rewizji tego dokumentu, na etapie gdy został on ostatecznie ustabilizowany i na jego podstawie wykonawcy złożyli swoje oferty.

Niezależnie od powyższego, podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie wykazał, na czym przypisywany Konsorcjum Leśnemu czyn nieuczciwej konkurencji miałby polegać. Samo zawiązanie konsorcjum jeszcze nie stanowi o takim czynie. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że nawet bez uwzględnienia kryterium pozacenowego o wadze 10 %, w którym Odwołujący upatruje motywacji zawarcia konsorcjum przez wybranych wykonawców, ta

oferta byłaby najkorzystniejszą w zakresie zadania 6, którego dotyczy postępowanie odwoławcze.

Powyższe czyni także ten zarzut – nieuzasadnionym.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1] i 2] *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r..

Skład orzekający: