

Sygn. akt: KIO 2972/13

POSTANOWIENIE
z dnia 8 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 8 stycznia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2013 r. przez **wykonawcę Wojciecha F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Wojciech F. z siedzibą w Sośnicy 42** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Świerczyna z siedzibą w Świerczynie**

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę Wojciecha F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Wojciech F. z siedzibą w Sośnicy 42** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koszalinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi leśne w roku 2014 w Nadleśnictwie Świerczyna zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 listopada 2013r. za numerem 2013/S 218 – 379585.

W dniu 11 grudnia 2013r. zamawiający listem poleconym za zwrotnym potwierdzeniem odbioru poinformował o wyniku postępowania w tym o udzieleniu zamówienia w zakresie części 6/2014 wykonawcy :

KONSORCJUM LEŚNE

Witold W.

Krzysztof W.

Stanisław J.

Andrzej G..

W dniu 24 grudnia 2013r. odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 6/2014 wniósł wykonawca Wojciech F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Wojciech F. z siedzibą w Sośnicy 42 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 23 grudnia 2013r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 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 Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G.,
- 2) Zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy p.n. Konsorcjum Leśne Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G., z siedzibą Wielboki 13,78-531 Świerczyna,
- 3) Zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Leśne Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G., z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna,
- 4) Zaniechania przez zamawiającego wezwania Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna 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 .

Zarzucił zamawiającemu

- 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 Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna”, 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 Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G.” mimo, że ofertę złożył podmiot posługujący się nazwą „Konsorcjum Leśne Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna”,
- 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 Witold W. 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 Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna,” 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 Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna, 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 Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna,”
- 6) Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna, 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 Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna do złożenia w określonym terminie brakującego pełnomocnictwa dla osoby mającej reprezentować wykonawców wspólnie składających ofertę w postępowaniu, w sytuacji, gdy ofertę (formularz oferty) podpisał Witold W., 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 Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna jako najkorzystniejszą.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. 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 Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna 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,

Ponadto wniósł o:

- 5) zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia całkowitej dokumentacji przetargowej dotyczącej postępowania o zamówienie publiczne na „Usługi leśne w 2014 roku w Nadleśnictwie Świerczyna” w celu przeprowadzenia dowodów z dokumentów znajdujących się w tych aktach, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
- 6) dopuszczenie dokumentów załączonych do niniejszego pisma na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia niniejszego odwołania,
- 7) zasądzenie kosztów postępowania od zamawiającego na rzecz odwołującego wg norm przepisanych, tj. obciążenie kosztami postępowania, w tym kosztami wpisu od odwołania oraz kosztami zastępstwa radcowskiego / adwokackiego, w całości zamawiającego i zasądzenie kosztów postępowania w całości od zamawiającego na rzecz odwołującego.

W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 11.12.2013 r. zamawiający doręczył mu zawiadomienie z dnia 11.12.2013 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetarg nieograniczony powyżej 130 tys. Euro „Usługi leśne w 2014 roku w Nadleśnictwie

Świerczyna”, który odbył się w dniu 5.12.2013 r. Zawiadomienie to zostało doręczone odwołującemu na piśmie, za potwierdzeniem odbioru, w siedzibie zamawiającego. Z zawiadomienia tego odwołujący dowiedział się, że na część zamówienia numer 6/2014, na którą złożył ofertę, zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Leśne Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G., jako oferty najkorzystniejszej. Na część zamówienia numer 6/2014 złożone zostały tylko 2 oferty, tj. oferta odwołującego oraz oferta Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13,78-531 Świerczyna. W związku z tym odwołujący uważa, że ma interes w uzyskaniu zamówienia na część zamówienia numer 6/2014 i może ponieść szkodę w efekcie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu i pozbawienia go w konsekwencji naruszeń prawa tego zamówienia na korzyść Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13,78-531 Świerczyna. 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

Witold W.

Krzysztof A.

Stanisław J.

Andrzej G.

z siedzibą

Wielboki 13, 78-531 Świerczyna”

Formularz oferty podpisał Witold W. zamieszczając podpis na pieczęci o treści:

„W. Witold

Lider

Konsorcjum Leśne”

Jako dowód odwołujący powołał wzór formularza oferty wypełniony i złożony w postępowaniu przez Konsorcjum Leśne Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13,78-531 Świerczyna podpisany przez Witolda W.ego.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią przepisu art. 2 pkt 11 ustawy pzp wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Bez wątplenia podmiot o nazwie: Konsorcjum Leśne Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, nie jest ani osobą fizyczną (osoba fizyczna ma miejsce zamieszkania, a nie siedzibę) ani osobą prawną, ani jednostką organizacyjną. Według art. 33 k.c. osobami prawnymi są Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególne przyznają osobowość prawną, zaś art.

331 § 1 k.c. stanowi, że do jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych, jednak wyżej wskazanemu Konsorcjum (...) z siedzibą w Wielbokach 13 żadna ustawa zdolności prawnej nie przyznała. Konsorcjum to wynika jedynie z dołączonego do oferty dokumentu zatytułowanego „Umowa konsorcyjna” z dnia 30.11.2013 r. W ocenie odwołującego jest wysoce wątpliwe, czy umowa ta w ogóle została zawarta, gdyż 1) nie wiadomo kto jest jej stronami, jako że nie wskazano w jej treści (komparycji) dostatecznych danych identyfikujących strony (przedsiębiorców) zawierających tą umowę 2) pod treścią umowy podpisał się wyłącznie „Witold W. Lider Konsorcjum Leśne” zaś na odwrocie umowy 4 przedsiębiorców potwierdziło jedynie otrzymanie tekstu tej umowy w dniu 30.11.2013 r., co wynika jednoznacznie z zamieszczonego przed ich podpisami zwrotu „otrzymałem dnia 30.11.2013 r.” Zgodnie z przepisem art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2013 r. poz. 672) przedsiębiorca wpisany do rejestru przedsiębiorców albo ewidencji jest obowiązany umieszczać w oświadczeniach pisemnych, skierowanych w zakresie swojej działalności do oznaczonych osób i organów, numer identyfikacji podatkowej (NIP) oraz posługiwać się tym numerem w obrocie prawnym i gospodarczym. W nagłówkowej pieczęci Konsorcjum Leśnego (...) zamieszczonej na umowie z dnia 30.11.2013 r. mającej dopiero zawiązać to konsorcjum figurują imiona i nazwiska osób fizycznych, ale bez podania wymaganego w.w przepisem numeru NIP tych osób bądź wskazania jakichkolwiek innych danych pozwalających jednoznacznie je zidentyfikować. Tym samym przedmiotowe Konsorcjum nie posiada zdolności prawnej ani zdolności do czynności prawnych i nie mogło skutecznie złożyć oferty oraz zaciągać zobowiązań we własnym imieniu. Nie dołączono do oferty żadnego dokumentu, który upoważniałby Witolda W.ego do reprezentowania Konsorcjum (...) mimo, że w pkt 12.19 siwz (str. 27) wyraźnie wskazano, że: „Oferta wraz z załącznikami musi być podpisana przez Wykonawcę. Ofertę należy podpisać zgodnie z zasadami reprezentacji wskazanymi we właściwym rejestrze. Jeżeli osoba/osoby podpisująca 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.” Jako dowód odwołujący powołał formularz oferty złożonej przez Konsorcjum Leśne Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna, Umowę konsorcyjna z dnia 30.11.2013 r., siwz.

W konsekwencji powyższego wybór przez zamawiającego oferty Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą w Wielbokach 13, nastąpił z naruszeniem przepisów art. 2 pkt 11 i art. 7 ust. 3, gdyż udzielono zamówienia podmiotowi, który nie może być wykonawcą w rozumieniu przepisów pzp i nie może skutecznie

występować w postępowaniu o zamówienie publiczne oraz uzyskać tego zamówienia. Podmiot o nazwie Konsorcjum Leśne Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna formalnie i prawnie nie istnieje jako wyodrębniony, mający własną siedzibę twór.

Zamawiający zaniechał przy tym czynności, do której był zobowiązany na mocy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp i nie wykluczył Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13,78-531 Świerczyna z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego mimo, że podmiot ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż złożone na tę okoliczność w załączeniu do oferty dokumenty i oświadczenia odnoszą się do innych niż Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13,78-531 Świerczyna podmiotów.

Gdyby powyższy zarzut zmierzający do wykluczenia Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna nie został uwzględniony, wskazać należy, że wbrew przepisowi art. 23 ust. 2 ustawy pzp wykonawcy wspólnie składający ofertę nie ustanowili prawidłowo umocowanego pełnomocnika do reprezentowania ich w tym postępowaniu.

Powołany przepis jednoznacznie wskazuje, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. 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 PZP 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.

Wykonawcy występujący jako Konsorcjum Leśne Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna, dołączyli do oferty umowę konsorcyjną z 30.11.2013 r., w którego treści zawarte zostało pełnomocnictwo dla Witolda W.ego nie odpowiadające wymaganiom wynikającym z treści art. 23 ust. 2 pzp oraz postanowień pkt 12.20 siwz, gdyż w umowie tej Witold W. został wybrany na przedstawiciela konsorcjum, bez wskazania, że jest on uprawniony do reprezentowania uczestników konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy przy tym, którzy według dołączonych do oferty Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna informacji z CEIDG prowadzą działalność gospodarczą pod firmami odpowiednio:

Usługi Leśne i Transportowe Witold W.;

Andrzej G. Zakład Usług Leśnych;

Usługi Leśne Stanisław J. oraz

Krzysztof A.

Jako dowód odwołujący przedstawił informacje z CEIDG na stronach 106-109 oferty Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna i podniósł, że wykonawcy nie dostosowali się do zaleceń wynikających z pkt 12.20 siwz i w formularzu oferty nie wskazali swoich 4 firm jako firm wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, lecz nazwę nieistniejącego podmiotu tj. „Konsorcjum Leśne Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna”

Tak sformułowana oferta w zakresie oznaczenia wykonawcy, jest w ocenie odwołującego, dotknięta nieusuwalną w trybie przepisu art. 87 ustawy pzp wadą. 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.

Oznaczenie wykonawcy w ofercie poprzez wskazanie jego nazwy / firmy oraz siedziby nie może być zmienione w trybie sprostowania omyłek, gdyż zmiana oferty w tym zakresie prowadzi do zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy i stanowi istotną zmianę oferty. W tym kontekście tak sporządzona oferta, mająca stanowić ofertę wspólną wykonawców, jest niezgodna z ustawą, a jej treść nie odpowiada treści siwz, gdyż zamiast wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie zgodnie z przepisem art. 23 ust. 1 pzp oraz zgodnie z postanowieniami pkt 12.20 siwz, oferta wskazuje jako wykonawcę zupełnie inny podmiot i dlatego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 powinna zostać odrzucona przez zamawiającego.

Wykonawcy zamierzający wspólnie złożyć ofertę w postępowaniu prawdopodobnie błędnie założyli, że mocą zawartej umowy powołali do życia odrębny podmiot / jednostkę organizacyjną działającą pod firmą „Konsorcjum Leśne Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G.” i mającą odrębną od miejsc zamieszkania wykonawców siedzibę w Wielbokach pod nr 13, która może samodzielnie złożyć ofertę na wykonanie usług leśnych na rzecz Zamawiającego. Taki błąd nie może zostać usunięty w drodze poprawienia omyłek.

W sytuacji, gdy zamawiający nie odrzucił oferty Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Swierczyna, zobowiązany był wezwać wykonawcę w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp do złożenia w wyznaczonym terminie prawidłowego pełnomocnictwa udzielonego przez uczestników konsorcjum. Pełnomocnictwo takie było konieczne w świetle art. 23 ust. 2 ustawy pzp 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 Witold W. nie wykazał upoważnienia do złożenia oferty w imieniu pozostałych wykonawców. Do oferty Konsorcjum (...) wymagane pełnomocnictwo nie zostało dołączone. Jako dowód odwołujący powołał ofertę Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki

13, 78-531 Swierczyna- w dokumentacji przetargowej) Dokonanie zatem oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Swierczyna 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 itd. Zamawiający takiego wezwania nie wystosował, co wynika wprost z treści protokołu postępowania druk ZP-PN, w którym na stronie 5 w pozycji 10 zakreślono wariant, że nie wzywano wykonawców do złożenia dokumentów lub poprawienia omyłek w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Jako dowód odwołujący powołał protokół postępowania. Zarzucił dodatkowo, że złożenie oferty przez Konsorcjum Leśne Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna stanowiło w realiach niniejszego postępowania o zamówienie publiczne czyn nieuczciwej konkurencji, który skutkować powinien odrzuceniem oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Z treści umowy konsorcyjnej z dnia 30.11.2013 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 na ich konta. Poza tymi regułami umowa konsorcyjna nie zakłada żadnej współpracy wykonawców w realizacji zadań przypisanych poszczególnym stronom umowy konsorcyjnej. Jako dowód powołał umowę konsorcyjną z 30.11.2013 r. Z analizy treści dokumentów załączonych do oferty Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna wynika, że 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 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 jedynie 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”, 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 Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. z siedzibą Wielboki 13, 78-531 Świerczyna 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. Jako dowód odwołujący powołał 6 kart indywidualnej oceny ofert.

W dniu 24 grudnia 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 7 stycznia 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości. Oświadczył jednocześnie, że :

- 1) unieważni czynność wyboru oferty Konsorcjum Leśnego Witold W., Krzysztof A., Stanisław J., Andrzej G. jako najkorzystniejszej oferty złożonej na część zamówienia numer 6/2014,
- 2) powtórzy czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dla części zamówienia numer 6/2014,
- 3) powtórzy czynność oceny ofert dla części zamówienia numer 6/2014,
- 4) wezwie Konsorcjum Leśne do przedstawienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pełnomocnictwa. Odpowiedź na odwołanie podpisał Nadleśniczy Nadleśnictwa Świerczyna.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że brak jest podstaw określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie

zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący.....