

WYROK
z dnia 5 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2014 r. przez wykonawcę **W..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych W..... G....., ul. Lipowa 19, 78-550 Czaplinek** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Czaplinek, ul. Drahimska 13, 78-550 Czaplinek,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **W..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych W..... G....., ul. Lipowa 19, 78-550 Czaplinek** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **W..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych W..... G....., ul. Lipowa 19, 78-550 Czaplinek** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **W..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakładu Usług Leśnych W..... G....., ul. Lipowa 19, 78-550 Czaplinek** na rzecz **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Czaplinek, ul. Drahimska 13, 78-550 Czaplinek** kwotę **1 017 zł 64 gr** (słownie: jeden tysiąc siedemnaście złotych sześćdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie oraz noclegu.

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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*świadczenie usług leśnych na terenie Nadleśnictwa Czaplinek w 2014 roku.*” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 stycznia 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 006-006609.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wykluczenia w zakresie zadania nr 7 Konsorcjum FOREST, w skład którego wchodzi M..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „STAL-MONT” M..... R..... z siedzibą w Szczecinku, M..... U..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Laspol M..... U..... z siedzibą w Gozdnicy, Przedsiębiorstwo Usług Leśnych FOREST spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinku, Z..... C..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe BIO-ZBYT Z..... C..... z siedzibą w Białym Borze, M..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych BÓBR M..... S..... z siedzibą w Gryficach oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wskazane Konsorcjum. Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 7, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tej części, dokonania odrzucenia oferty Konsorcjum FOREST z powodu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 210 § 2 k.s.h. przez zaniechanie odrzucenia oferty ww. Konsorcjum, która jest nieważna z powodu niezachowania formy aktu notarialnego pełnomocnictwa (art. 210 § 2 k.s.h.) udzielonego przez Przedsiębiorstwo Usług Leśnych FOREST sp. z o.o. do reprezentowania tej spółki w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia M..... R..... prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „STAL-MONT” M..... R....., a także z powodu braku wyraźnego wskazania przez pozostałych uczestników w treści tego pełnomocnictwa uprawnienia dla pełnomocnika do podpisania oferty wbrew nakazowi z rozdziału XII pkt 7 SIWZ, a także z uwagi na to, że treść oferty tego Konsorcjum nie odpowiada także treści rozdziału XII pkt 18.4 SIWZ, gdyż Konsorcjum w swej ofercie w miejscu na wpisanie wykonawcy nie wpisało firm (nazw) wszystkich wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wpisując jako wykonawcę (oferenta) wyłącznie M..... R..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „STAL-MONT” M..... R.....;

ewentualnie:

2. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 7, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tej części i dokonania czynności wezwania:

- a) Konsorcjum FOREST do złożenia prawidłowego wadium;
- b) Konsorcjum FOREST do złożenia niewadliwego pełnomocnictwa (w formie aktu notarialnego) do reprezentowania Przedsiębiorstwa Usług Leśnych FOREST sp. z o.o. przez M..... R..... - przedsiębiorcę działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe -Handlowe „STAL-MONT” M..... R..... oraz do złożenia prawidłowej informacji banku o posiadaniu środków finansowych lub zdolności kredytowej oraz
- c) M..... R..... - przedsiębiorcę działającego pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „STAL-MONT” M..... R..... oraz Przedsiębiorstwa Usług Leśnych FOREST sp. z o.o. do złożenia zgodnych z prawdą list podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż odwołujący zarzuca, że Zamawiający nie wykonał wskazanej wyżej czynności wezwania wbrew obowiązкови z art. 26 ust. 2d, 3 i 4 ustawy Pzp, a następnie ewentualnie zaniechał wykluczenia ww. Wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ww. ustawy lub odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp;

ewentualnie:

3. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 7, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tej części, dokonania zaniechanej czynności wezwania do złożenia przez Konsorcjum FOREST wyjaśnień w powyższych sprawach, a następnie ewentualnie odrzucenie oferty ww. Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy Pzp lub wykluczenie ww. Wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ww. ustawy;
4. dopuszczenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania przetargowego: oferty złożonej przez Konsorcjum oraz pism zamawiającego oraz odpisu KRS dotyczącego UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Łodzi na okoliczność faktu, że zarzuty odwołania są uzasadnione;
5. zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego kosztów postępowania według spisu kosztów, na które składać się będą: wpis od odwołania w wysokości

15.000,00 zł, wynagrodzenie radcy prawnego w wysokości 3600,00 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17,00 zł oraz zwrot kosztów noclegu w hotelu oraz zwrot kosztów dojazdu.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający wbrew bezwzględnej dyspozycji art. 210 § 2 k.s.h. nie zbadał, czy lider Konsorcjum FOREST, które składa się z pięciu przedsiębiorców, posiada i złożył prawidłowe co do treści i formy pełnomocnictwo, które - zdaniem Odwołującego - w części dotyczącej czynności prawnej udzielenia pełnomocnictwa przez Przedsiębiorstwo Usług Leśnych FOREST sp. z o.o. M..... R..... - przedsiębiorcy działającemu pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „STAL-MONT” M..... R..... winno mieć formę aktu notarialnego, gdyż tak stanowi art. 210 § 2 k.s.h. oraz winno zawierać wskazanie, że lider posiada uprawnienie do podpisania oferty, gdyż tak stanowi rozdział XII pkt 7 S1WZ, a zapisu takiego w treści pełnomocnictwa brak.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 210 § 2 k.s.h., w przypadku gdy wspólnik, o którym mowa w art. 173 § 1 (wspólnik jedyny) jest zarazem jedynym członkiem zarządu, czynność prawna między tym wspólnikiem (M..... R.....) a reprezentowaną przez niego spółką (PUH FOREST sp. z o.o.) wymaga formy aktu notarialnego. O każdorazowym dokonaniu takiej czynności prawnej notariusz zawiadamia sąd rejestrowy, przesyłając wypis aktu notarialnego.

Pomocniczo Odwołujący wskazał, że w art. 173 § 1 k.s.h. mowa o sytuacji, gdy wszystkie udziały spółki przysługują jednemu wspólnikowi albo jednemu wspólnikowi i spółce, a w niniejszej sprawie mamy do czynienia z pierwszą z tych sytuacji.

Odwołujący zauważa, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w ogóle nie dostrzegł cytowanego wyżej przepisu prawa, przewidującego bezwzględną sankcję nieważności czynności prawnej za jego niezachowanie, mimo, że wprost znajduje on zastosowanie do czynności prawnej, jaką jest udzielenie pełnomocnictwa przez ww. spółkę M..... R....., w której to spółce M..... R..... jest jedynym wspólnikiem, któremu przysługują wszystkie udziały w kapitale zakładowym spółki oraz jest równocześnie jedynym członkiem zarządu tej spółki. Jak podaje Odwołujący, kwestie te jednoznacznie przesądza odpis KRS złożony wraz z ofertą Konsorcjum.

Zdaniem Odwołującego, brak zachowania ww. formy *ad solemnitatem* pełnomocnictwa również jest jasny wobec faktu, że do oferty załączono pełnomocnictwo w zwykłej formie pisemnej - *nota bene* - bez wskazania, iż lider Konsorcjum ma uprawnienie do podpisania oferty.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że (komentarz do art. 56 kodeksu cywilnego Andrzej Janiak, LEX): „*W doktrynie szeroko rozpowszechniona jest definicja, według której czynność prawna to taki stan faktyczny, w skład którego wchodzi co najmniej jedno oświadczenie woli,*

stanowiące uzewnętrzną decyzję podmiotu prawa cywilnego wywołania określonych skutków cywilnoprawnych, z którym to stanem faktycznym ustawa wiąże skutki wyrażone w tym oświadczeniu, a także skutki prawne oświadczeniem tym nieobjęte, lecz wynikające z ustawy, zasad współżycia społecznego lub ustalonych zwyczajów. W bardziej lapidarnym ujęciu tej definicji za czynność prawną uznaje się takie zdarzenie prawne, które polega na świadomym zachowaniu się osoby fizycznej (organu osoby prawnej), w którym przejawia się dążenie do osiągnięcia określonych skutków cywilnoprawnych (A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo cywilne, 2001, s. 253; por. też M. Pyziak-Szafnicka (w:) M. Pyziak-Szafnicka, Komentarz, 2009, s. 544 i n.)." Stosując rozmaite kryteria podziału, doktryna wyróżnia między innymi czynności prawne jednostronne, które dochodzą do skutku poprzez złożenie oświadczenia woli tylko jednej strony (np. pełnomocnictwo, wypowiedzenie umowy).

W ocenie Odwołującego, udzielenie zatem pełnomocnictwa przez ww. spółkę z o.o. M..... R....., który jako osoba fizyczna jest przedsiębiorcą także wchodzącym w skład Konsorcjum i występuje w związku z tym w tym układzie w podwójnej roli, bez wątplenia winno mieć formę aktu notarialnego. Między tymi podmiotami (spółką z o.o. i liderem Konsorcjum M..... R.....) dochodzi do czynności prawnej, o której mowa w art. 210 § 2 k.s.h. i brak zachowania bezwzględnej dyspozycji tej normy powoduje nieważność opisanej wyżej czynności udzielenia pełnomocnictwa. Przyjęcie innego założenia, powodowałoby, że przepis ten byłby martwą literą, a tego z całą pewnością nie zakładał racjonalny ustawodawca.

Odwołujący stwierdza, że oferta Wykonawcy (Konsorcjum) jest więc nieważna i winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którymi Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą lub nieważna na podstawie odrębnych przepisów, chyba, że Konsorcjum wykaże, że posiada właściwe pełnomocnictwo do jej reprezentowania przez M..... R.....

Nadto Odwołujący zauważył, że czynność złożenia oferty przez M..... R..... nie może być w żaden sposób sanowana, gdyż nie ma takiej możliwości prawej, gdy przepis prawa przewiduje sankcję nieważności za niezachowaniem formy szczególnej *ad solemnitatem*.

Ponadto, jak wskazuje Odwołujący, Zamawiający w rozdziale XII pkt 7 SIWZ zastrzegł, że jeżeli osoba podpisująca ofertę działa na podstawie pełnomocnictwa, to pełnomocnictwo to musi wyraźnie wskazywać w swej treści uprawnienie do podpisania oferty, a w pełnomocnictwie dla M..... R..... brak wyraźnego wskazania w tym zakresie, co winno skutkować jej odrzuceniem.

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że Konsorcjum FOREST we wszystkich swych

dokumentach stanowiących ofertę składaną wspólnie, w miejscu na uwidocznienie wykonawców, wskazało jedynie, że wykonawcą tym jest M..... R..... przedsiębiorca działający pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „STAL-MONT” M..... R..... Zdaniem Odwołującego, wskazuje to jednoznacznie, że ofertę tę składa tylko ten przedsiębiorca.

Zamawiający zaś w rozdziale XII pkt 18.4 SIWZ wskazał, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w miejscu na wpisanie wykonawcy należy wpisać firmy (nazwy) wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący konstatuje, że mimo ewidentnie błędnego zachowania Konsorcjum, sprzeciwiającego się SIWZ, Zamawiający przeszedł nad tym do porządku dziennego i zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Odwołujący podał, że partner konsorcjum – M..... R..... jest przedsiębiorcą działającym jako osoba fizyczna pod firmą z dodatkiem Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „STAL-MONT”. Jest on też jedynym wspólnikiem w spółce pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Leśnych FOREST sp. z o.o., która jest także partnerem tego Konsorcjum. Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu, zarówno jeden, jak i drugi przedsiębiorca złożył nieprawdziwe oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej, podczas gdy należą oni bez żadnych wątpliwości do jednej grupy kapitałowej (str. 103 i 107 oferty), w której M..... R..... jest podmiotem dominującym a spółka z o.o. podmiotem zależnym.

Zdaniem Odwołującego, obie informacje w sprawie przynależności do grupy kapitałowej są oczywiście nieprawdziwe, co przesądza treść złożonego wraz z ofertą odpisu z KRS dotyczącego spółki, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania i co powinno skutkować wykluczeniem Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Co do przynależności obu ww. przedsiębiorców do jednej grupy kapitałowej, Odwołujący wskazuje, że wynika to z regulacji art. 4 pkt 3, 4 i 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), zgodnie z którymi przedsiębiorcą dominującym jest przedsiębiorca, który posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad innym przedsiębiorcą, a przez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Uprawnienia takie tworzą w szczególności dysponowanie bezpośrednio lub

pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami, uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub sytuacja, gdy członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego).

Przez grupę kapitałową rozumie się zaś wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. W omawianym przypadku podmiotem zależnym jest spółka z o.o., w której podmiot dominujący (M..... R.....) posiada 100% głosów na zgromadzeniu wspólników, uczestniczy w sposób wyłączny w zarządzie tej spółki i posiada uprawnienie do powoływania lub odwoływania wszystkich członków zarządu. Kwestia ta, zdaniem Odwołującego, nie budzi wątpliwości i nie można przyjąć, że przedsiębiorca - profesjonalista M..... R..... decydując się na udział w postępowaniu wraz ze „swoją w 100%” spółką złożył ww. nieprawdziwe informacje nieświadomie. Sam zaś fakt, dlaczego takie nieprawdziwe informacje zostały złożone i czy wywierają lub mogą wywrzeć wpływ na wynik postępowania, musi stać się przedmiotem obligatoryjnego badania Zamawiającego, co nie zostało w niniejszej sprawie uczynione.

Odwołujący zwrócił uwagę, że pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawców występujących w niniejszym postępowaniu wspólnie zostało udzielone w dniu 20 stycznia 2014 r. Ww. wykonawcy zabezpieczyli swoją ofertę gwarancją ubezpieczeniową wystawioną wyłącznie na M..... R..... jako osobę fizyczną, co powoduje, że oferta wykonawców występujących wspólnie w ogóle nie została zabezpieczona wadium.

Gwarancja ta została ponadto udzielona w dniu 15 stycznia 2014 r., co powoduje, że w dniu dokonywania tej czynności M..... R..... nie był liderem Konsorcjum uprawnionym do podejmowania wspólnych czynności wykonawców tworzących Konsorcjum.

Ponadto, gwarancja ta (str. 145-147 oferty) nie posiada wskazania w swej treści, jaki jest sposób reprezentacji gwaranta, mimo, że Zamawiający uczynił taki wymóg wprost w rozdziale X pkt 7 SIWZ. W SIWZ w tej części zapisano, że z treści gwarancji (poręczenia) musi jednoznacznie wynikać, jaki jest sposób reprezentacji gwaranta.

Zamawiający mimo, że taki wymóg postawił, w ogóle nie skontrolował, jak wykonawcy się do niego zastosowali. Odwołujący stwierdza, że Konsorcjum FOREST nie wypełniło ww. obowiązku, w związku z czym nie zabezpieczyło swojej oferty.

Odwołujący podaje, że sposób reprezentacji w przypadku towarzystw ubezpieczeniowych jest wpisany w KRS w Dziale 2 Rubryka 1 pkt 2 „Sposób reprezentacji

podmiotu." Przedłożona gwarancja nie zawiera tej informacji, a wręcz - analizując treść wpisu do KRS gwaranta - widać wyraźnie, że gwarancje tę podpisała osoba nie wskazana w ww. rejestrze.

W KRS w zakresie wpisu dotyczącego UNIQA Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. w Łodzi jest wskazany następujący sposób reprezentacji gwaranta: „Do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem". Członkami zarządu są: M..... M.....-B....., A..... Ł....., A..... J..... i G..... K....., a prokurentami są J..... M..... i L..... P..... Wadium podpisał zaś P..... K....., który nie wykazał w jakikolwiek sposób, że jest uprawniony do udzielania tego rodzaju ubezpieczeń.

Ponadto, Zamawiający wskazał w SIWZ kiedy następuje zatrzymanie wadium, wymagając jednocześnie w rozdziale X pkt 8 SIWZ, aby z treści gwarancji wadialnej wynikało jednoznacznie, iż gwarant zobowiązany jest do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

W treści ww. gwarancji nie wskazano, że chodzi o umowę w sprawie zamówienia publicznego, co powoduje, że wskazane wyżej błędne treści gwarancji wadialnych powodują, że oferta nie została prawidłowo zabezpieczona, co winno skutkować wykluczeniem Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), Zamawiający zażądał w celu oceny spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (rozdział VI pkt 2.4.1 SIWZ), przy czym w zakresie zadania nr 7 wymagał wykazania się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę co najmniej 44.200 zł.

Konsorcjum w tym zakresie posłużyło się zaświadczeniem Banku PEKAO z dnia 21 listopada 2013 r., które zaświadcza, że saldo środków na dzień 20.11.2013 r. na rachunku M..... R..... wyniosło 261.317,44 zł (str. 81 oferty).

Zaświadczenie to nie potwierdza, zdaniem Odwołującego, że na dzień składania ofert (23 stycznia 2014 r.), Konsorcjum posiadało środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę co najmniej 44.200,00 zł, gdyż nie jest to tożsame z pojęciem „saldo środków”.

Zamawiający winien był zatem wezwać Konsorcjum w oparciu o przepis art. 26 ust. 3

ww. ustawy, do złożenia prawidłowego dokumentu banku w wyznaczonym terminie, chyba że mimo jego złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W SIWZ Zamawiający zastrzegł, że: *„Jeżeli osoba/osoby podpisująca ofertę działa na podstawie pełnomocnictwa, to pełnomocnictwo to musi w swej treści wyraźnie wskazywać uprawnienie do podpisania oferty”* (rozdział XII pkt 7 SIWZ). Nadto, Zamawiający postanowił, że jeśli wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia ich oferta musi spełniać określone wymagania, m.in. *„w miejscu na wpisanie Wykonawcy należy wpisać firmy (nazwy) wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”* (rozdział XII pkt 18 ppkt 4 SIWZ).

Wraz z ofertą Konsorcjum FOREST przedłożyło pełnomocnictwo z dnia 20 stycznia 2014 r. udzielone M..... R..... przez członków Konsorcjum uprawniające m.in. do *„1. Podpisania materiałów przetargowych, oświadczeń, kosztorysu i innych dokumentów określonych w SIWZ oraz złożenia oferty i składania wyjaśnień w toku postępowania przetargowego. (...) 5. Prowadzenie korespondencji oraz bieżących roboczych kontaktów z Zamawiającym. 6. Reprezentowanie Uczestników we wszystkich sprawach przed Zamawiającym w trakcie i w zakresie realizacji podpisanej umowy na wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego. 7. Wniesienie wadium przetargowego oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez Lidera lub Uczestnika.”* Uczestnikami Konsorcjum są m.in. M..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „STAL-MONT” M..... R..... oraz Przedsiębiorstwo Usług Leśnych FOREST sp. z o.o., w której jedynym współnikiem i prezesem zarządu jest M..... R..... (ustalono na podstawie odpisu z KRS).

W formularzu ofertowym jako wykonawcę wskazano M..... R..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „STAL-MONT” M..... R..... Jednocześnie wraz z ofertą przedłożono pełnomocnictwo dla ww., z którego wynika, że działa on jako lider Konsorcjum. Nadto dołączono dokumenty podmiotowe dotyczące wszystkich uczestników Konsorcjum a także oświadczenia w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W rozdziale VI pkt 2.8 SIWZ zawarto następujące postanowienie: *„Zgodnie z art. 26 ust 2d ustawy Wykonawca, wraz z ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej*

grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust 2 pkt. 5 ustawy, albo informacje o tym, że nie należy do grupy kapitałowej – załącznik nr 8 do SIWZ.”

Uczestnicy Konsorcjum złożyli listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej/informację o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej, według wzoru załącznika nr 8 do SIWZ, w którym to oświadczeniu nie podano żadnych podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej, zaznaczając jednocześnie, że wykonawca do rzeczonyj grupy nie należy.

Zgodnie z rozdziałem X pkt 7 SIWZ *„z treści gwarancji (poręczenia) musi jednoznacznie wynikać, jaki jest sposób reprezentacji gwaranta”*. Z dołączonej do ofert gwarancji wadialnej (str. 145-147) można powziąć informację, że gwarantem jest UNIQA TU S.A. z siedzibą w Łodzi, reprezentowana przez P..... K....., przedstawiciela UNIQA TU S.A. w Poznaniu. Zabezpieczenia dokonał M..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „STAL-MONT” M..... R..... na rzecz Zamawiającego. Gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty nie wyższej niż suma gwarancyjna, jeżeli wystąpiła jedna z następujących sytuacji, m.in.: zobowiązany odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

W zakresie potencjału ekonomicznego Zamawiający postanowił, że *„uzna za spełniony warunek, jeżeli Wykonawca przedstawi informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których Wykonawca posiada rachunek, na dzień składania ofert, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości określonej dla każdego zadania lub łącznie”* (rozdział VI pkt 2.4. ppkt 2.4.1).

Konsorcjum FOREST przedłożyło wraz z ofertą zaświadczenie Banku (str. 81), z którego wynika, że „saldo środków” wynosi określoną kwotę.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp okazał się chybiony. Wyjaśnić należy, że zgodnie z dyspozycją powołanego przepisu Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeśli jest niezgodna z ustawą. Stwierdzenie niezgodności z ustawą należy odróżnić od sankcji nieważności. Biorąc pod uwagę treść zarzutu, który eksponuje niedochowanie formy pełnomocnictwa z odpowiednią regulacją k.s.h., skutkujące jego

nieważnością, stwierdzić należy, że okoliczności stanowiące podstawę zarzutu nie mieszczą się w hipotezie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co czyni go bezprzedmiotowym.

Przechodząc do analizy zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp dostrzec należy, że wskazany przepis kreuje dla Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w sytuacji, w której na podstawie odrębnych przepisów oferta jest nieważna. Odwołujący nieważność oferty Konsorcjum FOREST wywodzi z faktu, że nie dochowano formy przewidzianej w art. 210 § 2 zd. 2 k.s.h. dla pełnomocnictwa udzielonego M..... R..... przez spółkę Przedsiębiorstwo Usług Leśnych FOREST sp. z o.o., w której jest jedynym wspólnikiem i jedynym członkiem zarządu.

Izba nie przychyliła się jednakże do stanowiska Odwołującego, iż w niniejszym stanie faktycznym zachowanie formy aktu notarialnego było konieczne. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że przepis art. 210 k.s.h. stanowi kompleksową regulację problematyki reprezentacji spółki w umowach zawieranych pomiędzy spółką z jednej strony oraz członkiem zarządu z drugiej strony, przy czym § 2 dotyczy członka zarządu, który jest jednocześnie jedynym członkiem zarządu i jedynym wspólnikiem. Okoliczność, iż w obu jednostkach redakcyjnych przepisu art. 201 k.s.h. uregulowano odmiennie reprezentację spółki, nie stoi na przeszkodzie dostrzeżeniu między tymi przepisami łączności na poziomie przedmiotu reprezentacji. W konsekwencji wykładnia systemowa i funkcjonalna analizowanego przepisu nie pozwala na przyjęcie, że w § 1 sposób reprezentacji dotyczy umów, zaś w § 2 zakres normowania jest szerszy i dotyczy jednostronnych czynności prawnych. W ocenie Izby, z § 2 *expressis verbis* wynika, że sposób reprezentacji spółki w umowie między spółką a członkiem zarządu jest odmienny niż wskazano w § 1, jeżeli jednocześnie członek zarządu jest jedynym członkiem zarządu i jedynym wspólnikiem.

Zdaniem Izby, niezależnie od dostrzeżonej zależności, na takie rozumienie przepisu wskazuje również sama treść § 2, w którym mowa jest o czynności prawnej między wspólnikiem a spółką. Użycie przyimka „między”, przesądza, że chodzi o czynność prawną dwustronną a nie o czynność prawną jednostronną, jaką jest pełnomocnictwo.

Zaprezentowana wykładnia zyskała również aprobatę w doktrynie. Zwrócono uwagę, że: *„W przepisie tym jest mowa o zawieraniu umów między spółką a członkiem jej zarządu - jedynym wspólnikiem w spółce jednoosobowej. Zgodnie z nową regulacją w takiej sytuacji nie stosuje się normy zawartej w art. 210 § 1 k.s.h., zaś jedyny wspólnik - członek jednoosobowego zarządu jest władny zawrzeć umowę niejako "sam ze sobą" (A. Kidyba, Zakaz dokonywania czynności prawnych z samym sobą a jednoosobowa spółka z o.o., PiP 1991, z. 1, s. 63; M. Soczyński, Czynność prawna z samym sobą, Rejent 2005, nr 5, s. 124). „Brzmienie § 2 w odizolowaniu od § 1 art. 210 mogłoby prowadzić do dalszych kontrowersji. Jednakże nowe usytuowanie i wyraźne sformułowanie o wyłączeniu stosowania § 1 daje*

możliwość prezentowanej interpretacji art. 210 jako całościowo regulującego umowy między członkami zarządu a spółką. W przypadku sytuacji, o której mowa w § 2, ustawodawca wprowadził jako narzędzie kontroli wymóg zachowania formy aktu notarialnego” (A. Kidyba, Komentarz, 2012 r.).

„Z przepisu art. 210 § 1 k.s.h. wynika, że zarząd nie może w ogóle reprezentować spółki w jej czynnościach prawnych z dowolnym członkiem zarządu, skoro przewidziano tu reprezentację spółki przez radę nadzorczą albo przez pełnomocnika powołanego uchwałą wspólników. Jeżeli jednak członkiem zarządu spółki będzie zarazem jedyny wspólnik tej spółki z o.o., przy założeniu, że również i zarząd spółki jest jednoosobowy, to wówczas nie jest konieczne zachowanie dyspozycji art. 210 § 1 k.s.h. Oznacza to, że w umowie, którą ta spółka zawiera z osobą będącą członkiem zarządu jako jej kontrahentem, spółki nie musi reprezentować ani rada nadzorczą, ani pełnomocnik powołany uchwałą wspólnika, lecz może ją reprezentować ten członek zarządu (art. 210 § 2 zd. 1 k.s.h.), pod warunkiem zachowania wymogu co formy, a więc zawarcia takiej umowy w formie aktu notarialnego (art. 210 § 2 zd. 1 k.s.h.)” S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja: Kodeks spółek handlowych, t. II, Duże Komentarze Becka, 3. Wydanie, 2014 r.).

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że zakres normowania art. 210 § 2 k.s.h. dotyczy umów a nie jednostronnych czynności prawny, stąd też wymóg zachowania formy aktu notarialnego dla pełnomocnictwa nie znajduje zastosowania.

Niezależnie od powyższego, gdyby nawet przyjąć, że przepis art. 210 § 2 k.s.h. odnosi się również do jednostronnych czynności prawnych stanowisko Odwołującego również nie może zyskać aprobaty. Należy bowiem zauważyć, że Przedsiębiorstwo Usług Leśnych FOREST sp. z o.o. udzieliło pełnomocnictwa innemu członkowi Konsorcjum – M..... R..... prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „STAL-MONT” M..... R..... a więc innemu przedsiębiorcy. Jurydycznie jest to czynność prawna dwóch różnych podmiotów, tj. osoby prawnej oraz osoby fizycznej, prowadzącej działalność gospodarczą.

Nie znajduje również uzasadnienia twierdzenie Odwołującego, że oferta Konsorcjum FOREST winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący niezgodność treści oferty z treścią SIWZ wywodzi z faktu, że wbrew właściwym postanowieniom SIWZ, w treści pełnomocnictwa dla lidera Konsorcjum brak uprawnienia do podpisania oferty oraz wskazania w formularzu ofertowym jako wykonawcy jedynie M..... R..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „STAL-MONT” M..... R..... .

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu w pierwszej kolejności należy zauważyć, że za ugruntowany w orzecznictwie należy uznać pogląd, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w aspekcie przedmiotu zamówienia. Inne uchybienia w ofercie nie powinny być zaś kwalifikowane jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Przyjęcie tego poglądu powoduje, że zarzut nie może się ostać.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż pogląd, że ofertę w niniejszym postępowaniu złożył jedynie M..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „STAL-MONT” M..... R..... jest nietrafny. Dyrektywy wykładni oświadczeń woli nakazują przy odkodowaniu treści oświadczenia woli sięgnięcie do celu i kontekstu, w którym oświadczenie jest składne (art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 65 k.c.). Stosując wspomniane dyrektywy nie można pomijać, że do oferty dołączono pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum, które upoważnia m.in. do złożenia oferty, a także składania wszelkich oświadczenia w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Nadto, załączono dokumenty podmiotowe dotyczące uczestników Konsorcjum niezbędne dla potrzeb prowadzonego postępowania. Powyższe, w ocenie Izby, jasno wskazuje, że grupa przedsiębiorców zamierza wspólnie ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i mocą przepisu art. 23 ust. 2 ustawy Pzp ustanowiła pełnomocnika do reprezentowania tychże wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie inaczej zatem należy tłumaczyć fakt wpisania w formularzu oferty jako wykonawcy M..... R..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „STAL-MONT” M..... R..... jak tylko tak, iż wskazany przedsiębiorca uwidoczniony w ofercie jako wykonawca w istocie działa w imieniu uczestników Konsorcjum FOREST, a więc wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Jeśli idzie o wyraźny brak wskazania w treści oferty uprawnienia do podpisania oferty to w istocie w treści pełnomocnictwa nie użyto wymaganego sformułowania, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, niemniej jednak wskazano, że pełnomocnictwo upoważnia do złożenia oferty a także do podpisania oświadczeń składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zastosowanie dyrektyw wykładni oświadczeń woli (art. 14 ustawy Pzp w zw. za art. 65 k.c.) nie pozostawia wątpliwości, że sporne pełnomocnictwo upoważnia do założenia oferty, w tym jej podpisania. W tym miejscu należy wskazać, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, postanowienia SIWZ służą wyartykułowaniu obowiązków względem wykonawców, których spełnienie niezbędne jest dla udziału w postępowaniu i złożenia ważnej oferty. Nie ulega wątpliwości, w okolicznościach niniejszej sprawy, że oferta została złożona przez osobę upoważnioną do przedmiotowej czynności i taki był cel sformułowania w SIWZ wymagania co do treści pełnomocnictwa, z którego wynikać powinno wyraźne uprawnienie

do podpisania oferty. Skoro ten cel został przez wykonawcę zrealizowany to nie sposób domagać się odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z mocy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdnie informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Jeśli w ocenie Odwołującego, do złożenia takich informacji doszło, bo jak wskazuje, nieprawdziwe są oświadczenia złożone przez M..... R..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „STAL-MONT” M..... R..... i Przedsiębiorstwa Usług Leśnych FOREST sp. z o.o. odnośnie przynależności do grupy kapitałowej, to Odwołujący domagając się wykluczenia wykonawcy w oparciu o wskazaną podstawę winien wykazać, że złożenie rzekomych nieprawdziwych informacji ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem Odwołujący poprzestaje na wskazaniu, że to Zamawiający zobowiązany jest przeprowadzić badanie w tym zakresie. Nadto, Odwołujący stwierdza jedynie, że złożenie tych informacji było świadome. Oznacza to, że Odwołujący nie udowodnił ziszczenia się przesłanek z powołanego przepisu, co czyni zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nietrafnym.

Jedynie na marginesie należy zwrócić uwagę, że przedmiotowy zarzut nie znajduje uzasadnienia. Wpływ na wynik postępowania nieprawdziwych informacji musi być taki, że ich złożenie powoduje ustalenie wyniku postępowania w sposób błędny, bowiem w oparciu o okoliczności, które są niezgodne ze stanem faktycznym. W szczególności chodzi w sytuacji, w których gdyby wykonawcy złożyli prawdziwe informacje zostaliby wykluczeni z postępowania albo ich oferta podlegałaby odrzuceniu.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż hipotetycznie przyjmując, że wskazani przedsiębiorcy złożyli nieprawdziwe informacje w przedmiocie przynależności do grupy kapitałowej, to biorąc pod uwagę przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, mocą którego z postępowania należy wykluczyć wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przesłanki do wykluczenia w oparciu w wskazaną podstawę nie mogłyby się zaktualizować. Skoro w niniejszym postępowaniu wykonawcy, którzy w ocenie Odwołującego, złożyli nieprawdnie informacje, ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie, a nie składają odrębnych ofert, to podstawy do wykluczenia tychże wykonawców w świetle powołanego przepisu nie sposób odnaleźć.

Przechodząc do oceny zarzutów odnośnie wadium stwierdzić należy, że ustawie Pzp brak definicji legalnej wadium. W tym zakresie należy więc odwołać się do przepisu art. 70⁴ k.c., zgodnie z którym za wadium uważa się sumę pieniężną lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy wnoszone pod rygorem niedopuszczenia do uczestnictwa w przetargu lub aukcji. Jednocześnie przepis art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp określa sytuacje, w których wadium zatrzymuje się. Na tej podstawie, w orzecznictwie przypisano wadium dwie podstawowe funkcje, pierwszą jest stworzenie bariery finansowej uniemożliwiającej przystąpienie do przetargu osób niezainteresowanych postępowaniem, drugą jest zabezpieczenie interesów przed nierzetelnym wykonawcą. Jednocześnie w orzecznictwie podkreśla się, że zabezpieczenie w postaci wadium może być udzielone przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, bowiem w przepisach brak obowiązku wnoszenia wadium przez wszystkich wykonawców, a pierwszorzędne znaczenie ma okoliczność, czy oferta jest zabezpieczona i czy wadium spełnia swój cel.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wniesione przez jednego z członków Konsorcjum FOREST – lidera zabezpiecza złożoną ofertę, a więc spełnia cel mu przypisany. Brak podstaw do przyjęcia za zasadne twierdzenia Odwołującego, że winno być wniesione przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, sam Odwołujący podstawy prawnej dla sformułowanego stanowiska nie wskazał.

Jednocześnie skoro wadium może być wniesione przez każdego z wykonawców to nic nie stoi na przeszkodzie, żeby był nim wykonawca działający we własnym imieniu. Z sytuacją taką mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, zatem twierdzenia Odwołującego o barku rzekomego umocowania lidera Konsorcjum do działania w imieniu uczestników Konsorcjum nie mają doniosłości prawnej.

Niezależnie od faktu, że Izba stoi na stanowisku, iż jedynie niezgodność merytoryczna oferty z treścią SIWZ może być podstawą do odrzucenia oferty, to Izba odniesie się niejako dodatkowo do twierdzeń Odwołującego, iż w treści gwarancji wadium nie wskazano sposobu reprezentacji gwaranta. Analiza treści rzeczony gwarancji wskazuje, że twierdzenie to jest bezpodstawne. W przedmiotowym dokumencie podano bowiem, że gwaranta reprezentuje P..... K....., który jest przedstawicielem UNIQA TU S.A. w Poznaniu. Natomiast Zamawiający nie żądał przedłożenia dokumentu, z którego miałyby wynikać upoważnienie do działania w imieniu gwaranta. W ocenie Izby, obowiązku wskazania w treści gwarancji sposobu reprezentacji gwaranta nie można rozumieć jako nakazu udzielenia gwarancji jedynie przez piastuna osoby prawnej. Uprawnienie takie nie znajduje podstaw w świetle instytucji pełnomocnictwa stąd też wykładnia postanowienia SIWZ, odnoszącego się do tej kwestii nie może być prowadzona w tym kierunku. W świetle

powyższych rozważań przeprowadzenia dowodu z odpisu z KRS gwaranta Izba uznała za zbędne.

Brak wskazania w treści gwarancji wadialnej wśród okoliczności skutkujących zatrzymaniem wadium, że chodzi o umowę w sprawie zamówienia publicznego i poprzestanie na określeniu, iż zatrzymanie dotyczy odmowy podpisania umowy albo, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy stanowi uchybienie formalne, które nie zaprzecza możliwości zaspokojenia się Zamawiającego z gwarancji. W jej treści wskazano bowiem, na czym rzecz jest ustanowiona, w związku z jakim postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i jaka jest suma gwarancyjna. W tym miejscu raz jeszcze należy podkreślić, że formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie i nie służy powielaniu treści SIWZ w treści oferty.

Izba nie przychyliła się również do stanowiska Odwołującego, że Konsorcjum FOREST nie wykazało posiadania wymaganego potencjału finansowego. Wyartykułowany w SIWZ obowiązek przedstawienia zaświadczenia o wysokości posiadanych środków finansowych został, w ocenie Izby, przez Odwołującego zrealizowany. Okoliczność, że w treści przedmiotowego zaświadczenia posłużono się pojęciem „saldo środków” nie zmienia powyższej oceny. Dla każdego przeciętnego uczestnika rynku usług bankowych wiadomym jest co oznacza sformułowanie „saldo środków” i, że pojęcie to oznacza wysokość środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku bankowym. Nie inaczej należy tłumaczyć tenże termin w okolicznościach niniejszej sprawy. Zaś, z zaniechania użycia przez wystawcę zaświadczenia zwrotu „wysokość posiadanych środków finansowych” nie może być wywodzone twierdzenie o braku zdolności finansowej Konsorcjum FOREST.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę, w tym koszty noclegu, w kwocie 1.017,64 zł, udokumentowane za pomocą faktury VAT. Jednocześnie Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego w przedmiocie zasądzenia wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego wobec nieprzedłożenia do akt sprawy rachunku. Zauważyć bowiem należy, że podstawą do przyznania rzeczonych kosztów jest rachunek przedłożony do akt sprawy (§ 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia) a nie

zestawienie kosztów, które w istocie przedłożył Zamawiający. Na gruncie postępowania cywilnego spis kosztów jest podstawą do przyznania kosztów, a strona nie ma obowiązku udokumentowania wysokości kosztów wymienionych w spisie (art. 109 § 1 k.p.c.), przepis ten nie znajduje jednak zastosowania w postępowaniu odwoławczym, w którym powyższą kwestię regulują przepisy powołanego wyżej rozporządzenia. Udokumentowanie wysokości poniesionych kosztów jest zaś warunkiem niezbędnym do ich przyznania i dotyczy to zarówno kosztów związanych z dojazdem na rozprawę, jak i wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: