

Sygn. akt: KIO/UZP 1904/09

WYROK

z dnia 11 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum Firm: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów; Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów; Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „ORMET” Aleksandra Szczepanek, ul. Bolesława Śmiałego 13, 44-270 Rybnik 10** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka 21-013 Puchaczów** protestu z dnia 7 grudnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Zakład Mechanika Maszyn „MEROL” sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli, ul. Niezłomnych 43; 37-450 Stalowa Wola** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnić czynność wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka 21-013 Puchaczów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów; Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów; Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „ORMET” Aleksandra Szczepanek, ul. Bolesława Śmiałego 13, 44-270 Rybnik 10;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka 21-013 Puchaczów** na rzecz Konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów; Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów; Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „ORMET” Aleksandra Szczepanek, ul. Bolesława Śmiałego 13, 44-270 Rybnik 10,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu do odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów; Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów; Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „ORMET” Aleksandra Szczepanek, ul. Bolesława Śmiałego 13, 44-270 Rybnik 10.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka 21-013 Puchaczów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę loco magazyn Zamawiającego w Bogdance, Nadrybiu i Stefanowie kotew stalowych i akcesoriów*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 września 2009 r. pod numerem 2009/S 173-250165.

Zamawiający pismem z dnia 3 grudnia 2009 r., wezwał Odwołującego - Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów; Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów; Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „ORMET” Aleksandra Szczepanek, ul. Bolesława Śmiałego 13, 44-270 Rybnik 10 (zwane dalej konsorcjum lub konsorcjum MONTER), powołując się na brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakującego pełnomocnictwa, spełniającego wymagania określone w art. 23 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Uzasadniając wskazał, iż w dniu 2 listopada 2009 roku otrzymał pismo z dnia 29 października 2009 roku, w którym członek konsorcjum Aleksandra Szczepanek prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „ORMET” Aleksandra Szczepanek z siedzibą w Rybniku, ul. Bolesława Śmiałego 13; 44-270 Rybnik 10 zawiadomił, iż zgodnie z art. 101 § 1 Kodeksu cywilnego odwołał, ze skutkiem natychmiastowym pełnomocnictwo udzielone Pani Oldze Koza – Liderowi konsorcjum, do reprezentowania tego wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z takim postępowaniem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i pismem z dnia 7 grudnia 2009 roku (wniesionym do Zamawiającego 8 grudnia 2009 roku) wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 w związku z brzmieniem art. 23 ust. 2, w związku z brzmieniem art. 14 ustawy prawo zamówień publicznych, oraz art. 5 kc i art. 101 § 1 kc.

Wobec powyższego wniósł o unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa z uwagi na brak jakichkolwiek wad, zarówno prawnych jak i merytorycznych w zakresie treści pełnomocnictwa z dnia 9.10.2009 r. załączonego do oferty złożonej przez Konsorcjum.

Wskazał, iż przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności w odniesieniu do aktualnego stanu faktycznego są przepisami szczególnymi w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego. Przywołany w treści pisma jak i oświadczenia o cofnięciu pełnomocnictwa przepis art. 101 § 1 kc nie uprawnia do skutecznego cofnięcia pełnomocnictwa.

Dnia 9 grudnia 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 10 grudnia 2009 roku, wykonawca Zakład Mechanika Maszyn „MEROL” sp. z o.o., 37-450 Stalowa Wola, ul. Niezłomnych 43 przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 11 grudnia 2009 roku Zamawiający protest rozstrzygnął, przez jego oddalenie.

Uzasadniając poniósł, iż wobec istnienia korespondencji między Zamawiającym a Aleksandrą Szczepanek, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.U.H. „Ormet” z siedzibą w Rybniku oraz wobec przyznania tego faktu wprost przez Protestującego, doszło w niniejszym postępowaniu do wypowiedzenia stosunku pełnomocnictwa przez jednego z członków Konsorcjum - Aleksandrą Szczepanek, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.U.H. „Ormet” z siedzibą w Rybniku oraz do wystąpienia tegoż wykonawcy z konsorcjum składającego ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Wskazał, iż w niniejszym postępowaniu zachodzi sytuacja, gdy jeden z członków Konsorcjum dokonał wypowiedzenia pełnomocnictwa, czyli *de iure* wypowiedzenia stosunku konsorcjum. Działanie takie, odmiennie, jest działaniem dopuszczalnym przez kodeks cywilny i w pełni skutecznym pod względem prawnym. O ile bowiem, nie jest dopuszczalna zmiana lub wycofanie oferty przez wykonawcę po terminie składania ofert, to czynność wypowiedzenia pełnomocnictwa i wystąpienie z konsorcjum jednego z jego członków jest ważne i skuteczne i rodzi zdaniem Zamawiającego określone skutki prawne. W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający wezwał Lidera konsorcjum do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa o takie, które uprawniałoby go do działania

w imieniu Konsorcjum. O ile Protestujący uczyniłby zadość wezwaniu Zamawiającego, to jego oferta pozostałaby ważna i podlegałaby dalszej ocenie. Zdaniem Zamawiającego, wypowiedzenie stosunku pełnomocnictwa przez członka Konsorcjum powoduje utratę zdolności całego Konsorcjum do występowania w postępowaniu. Wobec nie uzupełnienia pełnomocnictwa zgodnie z wezwaniem Zamawiającego oraz wobec faktu, iż dotychczasowe pełnomocnictwo udzielone liderowi Konsorcjum zostało wypowiedziane, oferta Protestującego podlegać będzie odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z ustawą, kodeksem cywilnym oraz s.i.w.z.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 21 grudnia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 w związku z brzmieniem art. 23 ust. 2, w związku z brzmieniem art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz art. 5 kc i art. 101 § 1 kc.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa z uwagi na brak jakichkolwiek wad zarówno prawnych jak i merytorycznych w zakresie samego pełnomocnictwa oraz jego treści z dnia 9.10.2009 r. załączonego do oferty złożonej przez Konsorcjum.

W związku z oddaleniem protestu, podtrzymał całość zarzutów i argumentacji przedstawionej w proteście.

Dnia 23 grudnia 2009 roku (pismem z dnia 22 grudnia 2009 roku) wykonawca Zakład Mechanika Maszyn „MEROL” sp. z o.o., 37-450 Stalowa Wola, ul. Niezłomnych 43 zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Do oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, konsorcjum MONTER załączyło pełnomocnictwo z dnia 9 października 2009 roku, z którego wynika, iż Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów; Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów; Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „ORMET” Aleksandra Szczepanek, ul. Bolesława Śmiałego 13, 44-270 Rybnik 10 – jako wykonawcy tworzący konsorcjum do przetargu (...), ustanawiają pełnomocnika konsorcjum Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów, reprezentowane przez Olgę Koza – właściciela i upoważniają pełnomocnika konsorcjum do, m.in.: reprezentowania konsorcjum w postępowaniu przetargowym i realizacji zadania, samodzielnego podpisania oferty (...), zaciągania zobowiązań w imieniu konsorcjum (...), podpisania umowy w imieniu konsorcjum (...).

Dnia 2 listopada 2009 roku (pismem z dnia 29 października 2009 roku) Zamawiający otrzymał zawiadomienie od Aleksandry Szczepanek, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą P.P.U.H. „Ormet” z siedzibą w Rybniku, iż w związku z udostępnieniem jej do wglądu, w dniu 26 października 2009 roku protokołu z otwarcia ofert, stwierdziła, że Pani Olga Koza – pełnomocnik konsorcjum zmieniła samowolnie warunki uzgodnionej oferty, podając w ofercie złożonej zamawiającemu inną cenę niż uzgodniona pisemnie między nią a pozostałymi partnerami konsorcjum. Ponadto wskazała, iż zgodnie z art. 101 § 1 k.c. zmuszona jest odwołać, ze skutkiem natychmiastowym pełnomocnictwo udzielone Pani Oldze Koza do reprezentowania w niniejszym postępowaniu, a w razie wyboru przez Zamawiającego oferty konsorcjum, zmuszona będzie uchylić się od skutków prawnych złożonego przez pełnomocnika konsorcjum oświadczenia w zakresie oferowanej ceny dostaw wyrobów, będących przedmiotem tego postępowania.

Zamawiający pismem z dnia 19 listopada 2009 roku odpowiedział na w/w zawiadomienie wskazując, iż przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych jasno regulują zasady dotyczące możliwości wycofania oferty, w związku z czym Zamawiający uznał zawiadomienie z dnia 29 października 2009 roku – za bezskuteczne.

W związku z powyższym Aleksandra Szczepanek, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą P.P.U.H. „Ormet” z siedzibą w Rybniku, pismem z dnia 26 listopada 2009 roku wniosła do Zamawiającego o unieważnienie przedmiotowego postępowania, dodając, iż w przypadku nieuwzględnienia jej wniosku, umowa zawarta z konsorcjum, bez jej akceptacji, będzie obciążona błędem prawnym i będzie zmuszona do zawiadomienia właściwych organów.

Zamawiający, opierając się na opinii prawnej z dnia 2 grudnia 2009 roku wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych do przedłożenia nowego dokumentu pełnomocnictwa.

W tym stanie faktycznym, Izba stwierdziła, co następuje.

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 – przyp. Izba), 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 konsorcjum w dwóch możliwych zakresach umocowania:

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

Bez wątplenia, takie pełnomocnictwo, w przedmiotowym postępowaniu zostało udzielone Przedsiębiorstwu Wielobranżowym MONTER, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów, reprezentowanym przez Olgę Koza – właściciela.

Pełnomocnictwo powyższe, swoją treścią uprawniało lidera konsorcjum do szeregu czynności, w tym do złożenia oferty, wnoszenia środków ochrony prawnej, jak i podpisania umowy.

W ocenie Izby informacje, które powziął zamawiający w trakcie prowadzonego postępowania, odnoszące się do w/w konsorcjum, nie upoważniały go do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przepis ten stanowi, iż Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Skoro przepis powyższy, odnosi się jedynie do braku pełnomocnictwa w ofercie oraz jego wadliwości, to tylko w tym zakresie należy rozpatrywać możliwość skorzystania z tego przepisu. Izba stwierdziła, iż w wymaganym przez Zamawiającego terminie Odwołujący złożył stosowne, zgodne z przepisem art. 23 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych pełnomocnictwo, które jednocześnie nie zawierało w sobie żadnej wady.

W ocenie Izby powyższe, stanowi o braku możliwości skorzystania z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w określonym wyżej zakresie, w odniesieniu do pełnomocnictwa złożonego przez Odwołującego.

W przedmiotowym postępowaniu zachodzi jednak inna wątpliwość dotycząca możliwości zmiany w składzie konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - po terminie otwarcia ofert, w trakcie badania i oceny złożonej oferty.

Generalnie należy przyjąć, iż na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - po terminie otwarcia ofert nie są dopuszczalne zmiany polegające na tym, iż z konsorcjum występuje jeden z jego uczestników. Powyższe ma bowiem kolosalne znaczenie w ocenie, dokonywanej przez Zamawiającego, odnoszącej się zarówno do spełniania warunków podmiotowych jak i przedmiotowych. Wystąpienie jednego z członków konsorcjum należy porównać do czynności wycofania oferty oraz do czasu, w którym wykonawca pozostaje nią związany.

Skuteczne wycofanie oferty, zgodnie z przepisem art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, może nastąpić jedynie przed upływem terminu składania ofert. Odnośnie zaś terminu związania ofertą, to

zgodnie z przepisem art. 85 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w przedmiotowym postępowaniu termin związanie ofertą wynosi 60 dni.

W tym też kontekście, każdy wykonawca, który składa ofertę jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnie z innym wykonawcą, tzw. konsorcjum, bez względu na oświadczenia członków konsorcjum, pozostaje związany złożoną ofertą do upływu czasu wynikającego z przepisu art. 85 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby Zamawiający, w zaistniałych okolicznościach przedmiotowego postępowania, błędnie powołuje się na możliwość zastosowania przez jednego z członków konsorcjum - Aleksandrę Szczepanek, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.U.H. „Ormet” z siedzibą w Rybniku i powieloną przez niego samego - przepisu art. 101 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp umożliwiającą skuteczne wypowiedzenie pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum.

Przepisy ustawy – Kodeks cywilny znajdują swoje zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Czynności związane ze złożeniem oferty przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego oraz dalsze czynności wykonywane w postępowaniu znajdują swoje odzwierciedlenie w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych. Nie zachodzi więc konieczność korzystania z przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących wypowiedzenia pełnomocnictwa.

Powyższe stanowisko znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie. I tak Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 20 lutego 2009 roku, sygn. akt I ACa 1041/08 orzekł, iż cyt.: *„Stosowanie przepisów kodeksu cywilnego nie następuje odpowiednio, lecz wprost, a wyłączenie przepisów kodeksowych uzależnione jest od istnienia odrębnej regulacji w ustawie Prawo zamówień publicznych.”*, co jednoznacznie potwierdza stanowisko Izby.

Na marginesie Izba zwraca uwagę, iż w przedmiotowej sprawie zachodzi również wątpliwość związana z możliwością realizacji zamówienia przez odwołujące się konsorcjum.

W tym też względzie, w ocenie Izby Zamawiający winien zastosować przepis art. 23 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, z którego wynika, iż Zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców. Na żądanie Zamawiającego konsorcjum powinno przedłożyć taką umowę, gdyż pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum w powyższym zakresie nie jest wiążące. Możliwość żądania takiej umowy wynika bezpośrednio z przepisów ustawy Pzp, dlatego też

Zamawiający nie jest zobowiązany powielać tego przepisu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby nie złożenie przez konsorcjum przedmiotowej umowy ma istotne znaczenie dla Zamawiającego. Izba wywodzi powyższe z faktu przyznanego przez Odwołującego na rozprawie, iż celem zawiązania konsorcjum, była okoliczność spełnienia warunków podmiotowych stawianych przez Zamawiającego. Zarówno lider konsorcjum, jak i główny producent przedmiotu zamówienia nie dysponowali stosownym doświadczeniem uprawniającym Zamawiającego do pozytywnej oceny jego oferty, dlatego też podjęli decyzję o nawiązaniu współpracy z Aleksandrą Szczepanek, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.U.H. „Ormet” z siedzibą w Rybniku, która stosownym doświadczeniem się legitymowała.

Żądanie umowy konsorcjum w trybie art. 23 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, wiąże się ściśle z brzmieniem przepisu art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż *„Z zastrzeżeniem przepisów odrębnych, umowa jest nieważna, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania”*.

W związku z powyższym stwierdzić należy, że jeżeli wybrany wykonawca, składający swoją ofertę jako konsorcjum firm, złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ofertę i został zaproszony do podpisania umowy z zastrzeżeniem wcześniejszego złożenia umowy konsorcjum i takiej umowy nie składa, to zachodzi podejrzenie czy konsorcjum zawiązane w celu realizacji zamówienia nie zostało zawiązane „dla pozorów”. Pozorność ta będzie polegała na czysto hipotetycznym założeniu wspólnej realizacji zamówienia.

Dla przypomnienia jedynie Izba przytacza definicję wykonawcy określoną w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, cyt.: *„Ilekróć w ustawie jest mowa o wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”*.

W tym też względzie, w ocenie Izby doszłoby do naruszenia przepisów ustawy Pzp, w szczególności związanych z oceną podmiotową wykonawcy – konsorcjum, które to naruszenie ma wpływ na wynik tego postępowania.

Ideą zawiązania konsorcjum nie jest tylko i wyłącznie spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego, ale również wspólna realizacja danego zamówienia publicznego. Odejście od tego modelu powoduje możliwość pozornego zawiązywania konsorcjów, w których lider konsorcjum (podmiot wiodący) niejako dobiera

sobie innych wykonawców, którzy jedynie dla spełnienia warunków podmiotowych zostali zaproszeni do udziału w konsorcjum. Natomiast aspekt faktycznej realizacji umowy spoczywał będzie jedynie na liderze konsorcjum (podmiocie wiodącym posiadającym stosowne uprawnienia do realizacji przedmiotu umowy). Z takim postępowaniem nie sposób się zgodzić, gdyż przyzwalając na powyższe zachowanie, następuje ominięcie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, które z kolei prowadzi do zawarcia nieważnej umowy w trybie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Powyższe jednakże pozostaje bez wpływu na ocenę prawidłowości wezwania Odwołującego przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa. W tym też zakresie Izba podtrzymuje wyrażone wcześniej stanowisko.

Reasumując Izba stwierdziła, iż Zamawiający, wzywając lidera konsorcjum do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa, dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 191 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, w kwocie 3 600,00 zł, na podstawie kopii faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....