

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. Uwzględnić 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 uiszczanego 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”**

Uzasadnienie

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

4

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.

Odwolujący 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.

5

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.

6

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 wątpienia, takie pełnomocnictwo, w przedmiotowym postępowaniu zostało udzielone Przedsiębiorstwu Wielobranżowemu 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.

7

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 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 związania 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

9

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.

Śądanie 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 wpływna 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.: „*Ilekoć 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

10

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 omińnięcie 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).

11

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:

.....

.....

12