

Ten sam potencjał w różnych nadleśnictwach

Dodano: 18.01.2021

Przegraný w przetargu może się odwoływać do Krajowej Izby Odwoławczej jeśli wygrany startuje w kilku przetargach i powiela potencjały. Trudno jednak potwierdzić „negatywny wpływ na realizację zamówienia”.



Ponieważ sezon przetargowy powoli dobiega końca, można pokusić się o jakieś skromne podsumowania. Wśród wielu spraw i tematów, z którymi spotkałem się w ostatnich tygodniach, jest jeden godny zainteresowania użytkowników portalu firmylesne.pl. Wszakże wielu z nich zetknęło się z nim osobiście.

Chodzi o problem powielania przez oferentów potencjału na potrzeby ofert składanych jednocześnie w wielu nadleśnictwach. O dziwo, jest to temat szalenie popularny. Mam wrażenie, że grono firm decydujących się na startowanie w jednocześnie kilku, kilkunastu przetargach uległo znacznemu zwiększeniu, co z kolei wywołało popłoch i rozdrażnienie po stronie ich konkurentów.

Możliwość wykluczenia

Omawianie tej kwestii trzeba zacząć od dwóch, podstawowych wniosków. Po pierwsze, prawo ubiegania się o zamówienia publiczne jest ucieleśnieniem swobody działalności gospodarczej gwarantowanej w konstytucji. Ograniczenia w tym zakresie muszą wynikać z przepisów ustawowych,

na co skądinąd ostatnio zwracają szczególną uwagę np. przedsiębiorcy bankrutujący z powodu zamknięcia ich restauracji na podstawie rozporządzeń (a nie ustaw). Druga konkluzja polega na tym, że podstawowym źródłem reguł przetargowych jest ustawa p.z.p., a dalej – specyfikacja istotnych warunków zamówienia. W tym obszarze musimy poszukiwać praw i zakazów, do których stosować się będą zamawiający i wykonawcy.

Kiedy już ustaliliśmy ogólne ramy, przejdźmy do dalszych rozważań. Otóż zgodnie z dotychczasową praktyką nadleśnictw, zamawiający nie zakazują składania zulum ofert z użyciem pracowników i maszyn wskazanych w przetargach w innych jednostkach. Ograniczenia dotyczą pakietów w ramach jednego przetargu, a nie kilku przetargów. Okazuje się zatem, że co do zasady praktyka, której dotyczy niniejszy artykuł jest w pełni dozwolona. Można oczywiście zastanawiać się, czy z punktu widzenia interesów branży jest to właściwe podejście, ale sądzę, że nie znajdziemy jednej i wyłącznie słusznej odpowiedzi. Ile bowiem firm leśnych w Polsce, tyle rozbieżnych punktów widzenia.

Dlaczego zatem problem powielania potencjałów wzbudza zainteresowanie oferentów, w szczególności tych, którzy po otwarciu ofert widzą, że w tym roku przegrali? Otóż w ustawie przetargowej znajduje się interesujący przepis. **Przewiduje on możliwość wykluczenia wykonawcy, jeżeli zaangażowanie jego zasobów technicznych i zawodowych w inne przedsięwzięcia może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia (art. 22d ust. 2).** Tej klauzuli jak brzytwy chwytają się firmy, których oferta ląduje na drugim lub dalszym miejscu.

Praktyka oraz orzecznictwo pokazują, że nie jest to narzędzie o dużej skuteczności. Zwróćmy bowiem uwagę na konstrukcję zacytowanego paragrafu. Po pierwsze, mowa w nim o „możliwości” wykluczenia, a po drugie o „możliwości” negatywnego wpływ zaangażowania zasobów gdzie indziej na wykonanie przyszłej umowy. Obydwa elementy dowodzą, że mamy do czynienia z uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Skoro zatem nadleśnictwo „może”, ale nie „musi”, już tylko z tego powodu trudno przypisać mu nieprawidłowości.

Pamiętajmy, że w momencie składania odwołania do KIO od rezultatu przetargu, formułujemy zarzuty do decyzji zamawiającego. Całe odwołanie powinno być oparte na twierdzeniu, że nadleśnictwo postąpiło niezgodnie z prawem i dlatego przetarg powinien zostać inaczej rozstrzygnięty. Czy działanie w ramach „możliwości” uda się nazwać nielegalnym? Jest to możliwe, ale w szczególnie skrajnych, nietypowych sytuacjach. Już w tym momencie widać wyraźnie, że nie jest łatwo przypisać zamawiającym naruszenia art. 22d ust. 2.

Trudne odwołanie

Jeżeli nadleśnictwo ma wiedzę o wskazaniu w innych ofertach takich samych zasobów, powinno dążyć do wyjaśnienia wątpliwości. Istnienie ww. przepisu oznacza przynajmniej konieczność zweryfikowania zastrzeżeń, które w tym zakresie się ujawniają. Taki jest moim zdaniem minimalny sens art. 22d. Namawiam zatem wszystkich, aby informowali zamawiających o podobnych przypadkach i spowodowali wezwanie zwycięskiej firmy do złożenia wyjaśnień. A nuż odpowiedź okaże się nieporadna i stworzy podstawę do zakwestionowania wyboru oferty. Warto próbować.

Jeżeli ktoś deklaruje posiadanie dwóch harwesterów, a wygrał pakiety opiewające na łączną masę 150 000 m³, w tym dużą część na zasadzie samodzielnego wykonania, to obawy przed podpisaniem z nim umowy wydają się uzasadnione. Samo przerzucanie maszyn pomiędzy nadleśnictwami nic tu bowiem nie pomoże. Problem tylko w tym, że życie aż tak skrajnych scenariuszy pisze niezbyt wiele.

Jest jeszcze jedna kwestia, która utrudnia wygranie sprawy w oparciu o powielenie potencjałów. Chodzi o to, że informacje o konkurentach czerpiemy z treści składanych przez nich ofert. Dane dotyczące pilarzy i maszyn podają oni po to, aby wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jest to sposób na formalne zweryfikowanie, czy dana firma w ogóle nadaje się do złożenia oferty i ewentualnej wygranej. Ustawa, SIWZ i inne dokumenty przetargowe nie wskazują, że ten sam konkretnie potencjał musi i będzie wykorzystany po podpisaniu umowy.

Wedle reguł prawa nie możemy zatem szukać prostych i oczywistych przełożeń pomiędzy treścią oferty, a sposobem wykonania umowy. Jasne, że rozsądek nakazuje dopatrywać się tu pewnych związków, ale przepisy aż tak daleko nie idą. Wygrana firma ma możliwość innej organizacji pracy niż przedstawiona w ofercie, tzn. posiada swobodę co do sposobu dysponowania własnymi zasobami.

Nie dziwni mnie w tej sytuacji, że nadleśnictwa niechętnie eliminują wykonawców w oparciu o art. 22d ust. 2. Zamawiający są skłonni do wyjaśnienia potencjalnych kolizji, ale zwykle do uzyskanych odpowiedzi podchodzą mało krytycznie. Na jednej szali leży bowiem czysta gotówka wynikająca z oszczędności wywołanych tańszą ofertą. Na drugiej – ryzyko przegrania sprawy przed KIO, gdy odrzucenie zakwestionuje poszkodowana firma. Kończy się zatem wyborem najtańszej oferty i zapewne założeniem, że odwołanie zawsze może złożyć ten, który chciał wyeliminować konkurenta z powodu powielenia potencjałów.



Łukasz Bąk, adwokat

Wspólnik w Kancelarii Jaskot, Bąk - Adwokaci

Komentarze (0)

Nie dodano jeszcze żadnego komentarza.