

**WYROK**

**z dnia 1 września 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2017 r. przez **D. Ś.** w postępowaniu prowadzonym przez **Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Śląskiemu Uniwersytetowi Medycznemu w Katowicach** – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budotermik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Busku – Zdroju, ZRB „JANMAR” s.c. Z. W., J. R. w Sosnowcu** – do złożenia pełnomocnictwa dla Pana Jana R., aktualnego na dzień 23 czerwca 2017 roku, upoważniającego do reprezentowania ZRB „JANMAR” s.c. Z. W., J. R. w Sosnowcu w zakresie zawarcia umowy konsorcjum, której celem jest uzyskanie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu oraz wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budotermik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Busku – Zdroju, ZRB „JANMAR” s.c. Z. W., J. R. w Sosnowcu** do złożenia wyjaśnień w zakresie charakteru dysponowania osobą Pana M. W. i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża **Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **D. Ś.** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach** na rzecz **D. Ś.** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

.....

**Sygn. akt: KIO 1708/17**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na termomodernizację obiektów Zakładów Teorii Medycyny w Katowicach-Ligocie, polegającą na przebudowie wraz z dociepleniem i zmianą kolorystyki elewacji oraz montażem instalacji odgromowej budynków Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach przy ul. Medyków 18, zlokalizowanych na terenie działek nr 7/39 k.m. 62 i 1/11 k.m. (działka 1/11 została podzielona na działkę 1/12 i 1/13) 35 obręb Dz. Ligota, realizowaną w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Wykonanie termomodernizacji obiektów Zakładów Teorii Medycyny w Katowicach-Ligocie przy ul. Medyków 18 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach - etap I”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 16 sierpnia 2017 roku wykonawca D. Ś. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na czynności zamawiającego z dnia 10.08.2017r., polegające na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty w postępowaniu o udzielenie wyżej wskazanego zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p.:

- 1) art. 7 ust 1 i ust. 3 - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz poprzez niezgodny z przepisami ustawy P.z.p. wybór oferty najkorzystniejszej;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy firm Budotermika i Janmar w związku z brakiem spełniania warunków udziału w zakresie wymaganych osób zdolnych do wykonania zamówienia w związku z art. 22a ust 1 - 4, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.;
- 3) art 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z nieuzasadnioną zmianą treści oferty,
- 4) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy P.z.p. w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty, która jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.),
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 16 i/lub 17 w związku ze złożeniem nieprawdziwego oświadczenia wstępnego o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, podczas gdy

warunki w zakresie posiadania/dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia podmiot ten spełnia w oparciu o wiedzę, doświadczenie i kompetencje podmiotów trzecich.

W związku z powyższym odwołujący zażądał:

- 1) nakazania zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 10.08.2017 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazania zamawiającemu wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, przeprowadzenia ponownej oceny i ponownego badania złożonych ofert, a w konsekwencji wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

Odwołujący wskazał, że jego interes we wniesieniu odwołania polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a w konsekwencji nakazania zamawiającemu unieważnienia wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórnej oceny i badania złożonych ofert, to odwołującemu powinno zostać udzielone przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający w s.i.w.z. w rozdziale XIII wyraźnie wskazał, że ofertę należy sporządzić na załączonych formularzach zgodnie z wymaganiami określonymi w s.i.w.z. Oferta, której treść nie będzie odpowiadała treści s.i.w.z., z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. W treści formularza ofertowego, a więc dokumentu stanowiącego istotę składanej oferty i nie podlegającego uzupełnieniu, zamawiający w pkt. 12 zobowiązał wykonawców do wskazania części opłaty ryczałtowej, która będzie podlegała przeliczeniu w przypadku zmian, o których mowa w art. 142 ust. 5 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że wykonawca nie wypełnił w tym zakresie treści oferty, co nie może zostać w jakichkolwiek sposób poprawione, w tym w szczególności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Utrwalone orzecznictwo w tym zakresie wskazuje, że nie jest możliwe dokonanie poprawienia omyłki, w tym w szczególności w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. o ile informacje w tym zakresie nie wynikają z treści złożonej oferty. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt. KIO 22/17, sygn. akt. KIO 44/17 i inne.

Odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy zawiera inne istotne wady uniemożliwiające uznanie jej za sporządzoną zgodnie z prawem.

Jak wynika z treści formularza ofertowego, ofertę złożył podmiot o nazwie „Budotermika Sp. z o.o. Sp.k.” - prawdopodobnie wykonawca zamierzał złożyć ofertę w formie konsorcjum. Jednocześnie w treści formularza ofertowego oraz oświadczeń na

potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazuje podmiot, który rzekomo ma być konsorcjantem, jako podwykonawcę do realizacji części przedmiotu zamówienia. Stanowi to wewnętrzną sprzeczność treści oferty co do samego określenia podmiotu, który tę ofertę składa. Podmiot o nazwie JANMAR s.c. składa również zobowiązanie, w którym zobowiązuje się do udostępnienia zasobów technicznych i zawodowych (brak określenia jakich), co stanowi naruszenie art. 22a ust. 2 ustawy P.z.p. w związku z § 9 ust. 1 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący stwierdził, iż wpisanie ZRB „Janmar” jako podwykonawcy zostało dokonane nieprawidłowo również z punktu widzenia art. 36 b ust. 1 i ust. 1a ustawy P.z.p. W treści oferty, wbrew ww. przepisom, nie określono zakresu podwykonawstwa. Z treści sformułowania „ogólny zakres określony dokumentacją techniczną” nie stanowi wypełnienia obowiązku wynikającego z art. 36b ust. 1 i ust. 1b ustawy Pzp. Zamawiający, za obowiązującymi przepisami prawa, wskazał, że wykonawca jest zobowiązany do wskazania części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcy. W treści złożonej oferty nie wskazano części zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że zobowiązanie w zakresie podwykonawstwa determinuje zakres czynności, jakie są wykonywane samodzielnie oraz jakie są wykonywane przez inny podmiot biorący udział w postępowaniu, brak określenia informacji w tym zakresie i ewentualnie próba dokonywania w tym zakresie jakichkolwiek zmian, korekt, czy doprecyzowania stanowi nieuprawnioną zmianę treści oferty, a co za tym idzie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., a w konsekwencji konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający, wyjaśniając tę kwestię, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. W wyniku złożonych wyjaśnień, stwierdził on, że informacja o podwykonawstwie została wpisana omyłkowo i przedstawił na tę okoliczność umowę konsorcjum.

W ocenie odwołującego, przedłożona umowa konsorcjum jest nieważna, bowiem została podpisana przez jeden z podmiotów wchodzących w skład spółki cywilnej. Umowę datowaną na dzień 23.06.2017 r. podpisał jedynie Pan J. R., podczas gdy ujawnione w dokumentacji postępowania pełnomocnictwo do ewentualnych działań w imieniu spółki jedynie przez tę osobę datowane jest na dzień 26.06.2017. Odwołujący podkreślił, że bez wątpienia umowa została sporządzona dopiero w dacie składania wyjaśnień, aby spróbować ukryć zaistniały istotny błąd. Jeśli podstawą do złożenia oferty jest nieważna umowa w

sprawie zawarcia Konsorcjum, to oferty w tym postępowaniu nie złożyło Konsorcjum, a jedynie Budotermika Sp. z o.o. Sp.k. Zamawiający z analizy wszystkich załączonych dokumentów w sprawie nie jest jednak w stanie jednocześnie stwierdzić, jaki podmiot ofertę złożył, co ma istotny wpływ na dalsze czynności w tym postępowaniu, tj. ocenę spełniania warunków, ocenę skuteczności i realności udzielonych zasobów.

Odwołujący podniósł, że w konstrukcji złożonej oferty, poza wadami wskazanymi powyżej, istnieje wada dotycząca charakteru podmiotów w niej uczestniczących. Z jednej strony pojawia się sformułowanie konsorcjum, a z drugiej strony, wśród załączonych dokumentów, znajduje się zobowiązanie do przekazania firmie „Budotermika” zasobów do wykonania zamówienia. Jeśli zatem mamy do czynienia z podmiotem trzecim, który udostępnia zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia i/lub wymaganej kadry, to z treści zobowiązania nie wynika jednak, na jaki okres, jakich zasobów i na potwierdzenie spełniania jakiego warunku zasoby zostały udostępnione. Tym samym, jeśli mamy do czynienia z udostępnieniem zasobów przez podmiot trzeci, to istnieje wada w zakresie samego zobowiązania, która powoduje, że zamawiający nie jest w stanie ocenić realności udzielonego zasobu.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu postawił warunki w zakresie dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Zgodnie z wymogami s.i.w.z., wykonawca był zobowiązany do wykazania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia, tj. posiadającymi prawo do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie czyli odpowiednie uprawnienia budowlane w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności:

- a) konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń,
- b) elektrycznej bez ograniczeń,

lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów (...)

W przypadku korzystania przez wykonawcę w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu - zdolność techniczna lub zawodowa - z zasobów innych podmiotów w oparciu o art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wymagał, aby podmiot ten zrealizował te usługi, do wykonania których zdolność techniczna lub zawodowa jest wymagana.

Odwołujący wskazał, że w treści formularza ofertowego w pkt. 7 wpisano, że podwykonawcą będzie Zakład Remontowo-Budowany JANMAR S.C. Z. W., J. R.. Do oferty

załączono oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia ww. podmiotu oraz zobowiązanie (wadliwe, co zostało już wykazane).

Odwołujący wskazał, że na skutek wezwania a trybie 26 ust. 2 ustawy P.z.p., okazało się, że wykonawca zamierza korzystać również z podmiotów trzecich w zakresie potencjału osób niezbędnych do realizacji zamówienia. Jednakże w ofercie nie ujawniono tych zasobów poprzez złożenie wymaganego zobowiązania.

Odwołujący wskazał, że z treści oferty wynika, że warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym i osobowym wykonawca spełnia sam, tym samym wstępne oświadczenie o spełnianiu warunków jest oświadczeniem nieprawdziwym (naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 16 i ust. 17 ustawy P.z.p.). Jak bowiem okazało się po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p., wykonawca zamierza spełniać warunki za pomocą podmiotu trzeciego, pana inż. M. W., któremu przypisano funkcję kierownika budowy oraz pana inż. A. B., za pomocą którego wykonawca miał zamiar potwierdzić spełnianie warunków i realizować zamówienie w zakresie świadczenia usług kierownika robót elektrycznych. Osoby te złożyły zobowiązanie, które zostało ujawnione dopiero po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p.

Odwołujący stwierdził, że w treści wykazu zamawiający wyraźnie wskazał, w jakim terminie i w jakich okolicznościach należy załączyć zobowiązanie. Zobowiązanie powinno zostać załączone do oferty oraz w przypadku, gdy wykonawca polega na osobach zdolnych do wykonania zamówienia (tzw. podmioty trzecie), w związku z czym informacja w tym zakresie (zobowiązanie) powinno od samego początku znaleźć się w ofercie, osoby te ujawnione w pkt. 7 jako podwykonawcy, a zamawiający był zobowiązany do weryfikacji tych osób z punktu widzenia braku istnienia w stosunku do nich przesłanek wykluczenia. Odwołujący wskazał, że obowiązek wykazania tych osób jako podwykonawców wynika zarówno z s.i.w.z., jak i obowiązku co do sposobu realizacji zamówienia przed terminem składania ofert. Ujawnienie tego po terminie składania ofert stanowi zmianę treści oferty (zmianę sposobu realizacji przedmiotu zamówienia), co musi skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy. Potwierdza to m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-387/14 Esaprojekt.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 sierpnia 2017 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że odwołujący podniósł w odwołaniu samodzielny zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., który stanowi, m.in., iż zamawiający

przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający zauważył, że w orzecznictwie podnosi się, że samodzielny zarzut naruszenia przepisu art. 7 ustawy P.z.p. ma zbyt ogólny charakter (wyrok KIO z dnia 21 września 2012r., sygn. akt: KIO 1918/12 oraz wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2012r., sygn. akt: KIO 1133/12) i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie. Samo powoływanie się na naruszenie ogólnych zasad wynikających z przepisu art. 7 ustawy P.z.p., sprawia, iż nie można mówić o skutecznie postawionym zarzucie. Koniecznym jest, zatem podnoszenie przez Odwołującego zarzutu naruszenia konkretnego przepisu ustawy P.z.p. w związku z przepisem art. 7 ustawy P.z.p., przy czym niezbędnym elementem jest także uzasadnienie zarzutu, czyli dokładne i precyzyjne wykazanie okoliczności na jego poparcie. Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. nie ma charakteru samodzielnego zarzutu.

Zamawiający stwierdził, że podobnie niezasadnie został sformułowany zarzut odwołania dotyczący przepisu art. 87 ustawy P.z.p. Wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że niemożliwe jest prowadzenie między podmiotami negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, za wyjątkiem oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz omyłek o innym charakterze. Celem przytoczonej instytucji jest, zatem umożliwienie wykonawcy wypowiedzenia się, co do treści złożonej przez siebie oferty, aby rozwiązać wątpliwości interpretacyjne zamawiającego i pozwolić mu na rzetelną i prawidłową ocenę oferty zgodną z rzeczywistą intencją zainteresowanego Wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że, dostrzegając pewne nieścisłości w ofercie wykonawcy, tj. brak wypełnienia jednej z rubryk, jak również wskazanie Janmar s.c. jako podwykonawcy, pomimo zawartej między wykonawcami umowy konsorcjum, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień, pod rygorem oceny oferty złożonej w pierwotnym kształcie. W odpowiedzi Budotermika sp. z o.o. sp. k. w wyjaśnieniach wskazała, że wskazanie członka konsorcjum jako podwykonawcy było omyłką, zaś brak uzupełnienia wartości w pkt. 2 formularza ofertowego, należy interpretować, jako rezygnację z prawa do waloryzacji opłat ryczałtowych. Niewątpliwie takie działanie wykonawcy mieściło się w granicach dozwolonych wyjaśnień, bowiem nie prowadziło do dokonania jakiegokolwiek zmiany treści oferty.

Zamawiający wskazał, że w formularzu ofertowym, Budotermika sp. z o.o. sp. k. zawarła informację o umowie konsorcjum (na pierwszej stronie formularza, określając Budotermika sp. z o.o. sp. k., jako Partnera wiodącego konsorcjum, jak również w dalszej



części formularza, została przywołana umowa konsorcjum przez Janmar s.c.) a przy wskazaniu Janmar s.c. dopisała - partner konsorcjum, zatem wbrew twierdzeniom odwołującego, nie jest prawdziwa teza o dokonaniu w wyjaśnieniach zmiany w ofercie w powyższym zakresie.

Również w odniesieniu do pozostawienia pustej rubryki w ust. 2 formularza ofertowego, w części dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w razie zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, zamawiający podkreślił, że wykonawca jedynie wypowiedział się co do sposobu interpretacji tegoż pominięcia, wyjaśniając, że zrezygnował on z przysługującego mu prawa waloryzacji wynagrodzenia. Zarówno działanie zamawiającego, jak również charakter wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, mieściły się w dozwolonych przez art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. granicach, gdyż służyły jedynie doprecyzowaniu i wyjaśnieniu oświadczeń zawartych w ofercie, a tym samym nie prowadziło do jej niedozwolonej zmiany. Biorąc powyższe pod uwagę, oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełniała wymagania ustawowe oraz zawarte w s.i.w.z., a zatem - wbrew twierdzeniom odwołującego - nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. Co więcej, zamawiający nie rozstrzygnął w s.i.w.z. jak ma się zachować wykonawca rezygnujący z waloryzacji wynagrodzenia, która ze swej natury nie była obligatoryjna ~ w tym także na podstawie przepisów powszechnie obowiązujących.

Zamawiający podkreślił, że wykonawców nie łączył stosunek podwykonawstwa. Nietrafione są tym samym zarzuty odwołującego, jakoby oświadczenia złożone przez wykonawców w formularzu były nieprawdziwe, jak również twierdzenia dotyczące nieokreślonego zakresu stosunku podwykonawstwa. Obaj wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, zaś podstawą ich wspólnego działania jest umowa konsorcjum, zatem twierdzenia strony odwołującej nie znajdują oparcia w stanie faktycznym

Zamawiający podkreślił, że nietrafione są również argumenty dotyczące rzekomej nieważności umowy konsorcjum z dnia 23 czerwca 2017 roku, jako podpisanej wyłącznie przez jednego ze wspólników spółki Janmar s.c. W świetle, bowiem art. 866 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), w braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników, każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw. Oznacza to, że każdy wspólnik może reprezentować spółkę oraz prowadzić jej sprawy samodzielnie, w ramach zwykłego zarządu. Wynika to wprost z art. 865 § 1-3 kc, z zastrzeżeniem, że przepisy te mają charakter dyspozytywny, co oznacza, że

postanowienia umowy bądź uchwała wspólników, mogą uregulować odmiennie zasady reprezentacji.

Umowa spółki Janmar s.c, z dnia 1 kwietnia 1996 roku, w § 1 zawiera jedynie sformułowanie, że spółkę mogą reprezentować obaj wspólnicy, co a contrario mogłoby oznaczać, że spółkę również może reprezentować jeden wspólnik samodzielnie. Nawet, jeżeli jednak uznać, że przytoczone postanowienie umowne jest na tyle nieprecyzyjne, że trudno jednoznacznie przyznać wspólnikowi prawo do samodzielnej reprezentacji, to należy podkreślić, że do umowy zawartej przez jednego ze wspólników z przekroczeniem zasad reprezentacji, stosuje się zasady dotyczące rzekomego pełnomocnika (vide: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom V. Zobowiązania. Część szczegółowa, komentarz do art. 866, publ. LEX 2017). Oznacza to, że czynność prawa dwustronnie zobowiązująca, zawarta przez osobę nieuprawnioną do samodzielnej reprezentacji, nie byłaby - jak twierdzi odwołujący - dotknięta sankcją bezwzględnej nieważności, lecz jedynie jej ważność zależałaby od potwierdzenia jej – w tym przypadku – przez drugiego z wspólników spółki cywilnej.

Jednocześnie zamawiający stwierdził, że zgodnie z obowiązującymi przepisami, zarówno umowa spółki cywilnej, jak również umowa konsorcjum, nie kreują nowych, odrębnych od stron umowy podmiotów, lecz jedynie zawierają zobowiązanie do wspólnego działania, co w konsekwencji oznacza, że wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są wyłącznie strony tejże umowy. W sprawie niniejszej, formularz ofertowy zawiera podpisy wszystkich podmiotów, a zatem również obu wspólników Janmar s.c., co należy rozumieć dwojako. Po pierwsze, w odniesieniu do osoby wykonawców, jakim są oba podmioty, a zatem Budotermika sp. z o.o., sp. k., jak również obaj wspólnicy Janmar s.c, działający wspólnie w ramach umowy konsorcjum, a po drugie, - w razie uznania, że umowa konsorcjum została zawarta z naruszeniem zasad dotyczących reprezentacji, należy to traktować jako swoiste potwierdzenie ważności umowy konsorcjum, na co również wskazuje udzielenie pełnomocnictwa przez obu wspólników Janmar s.c, spółce Budotermika sp. z o.o. sp. k., do reprezentacji spółki cywilnej w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający podkreślił, iż aby skutek w postaci „nieważności” był zarzutem o cesze trafnej, skutek taki musiałby wynikać z przepisu prawa, a takich regulacji w przedmiotowym zakresie brak.

W ocenie zamawiającego, zarzuty odwołującego w zakresie nieważności umowy konsorcjum, które powinny skutkować niemożnością ustalenia osoby wykonawcy, są całkowicie nietrafione. Oferta została złożona przez podmioty działające wspólnie, co

jednoznacznie wynika z formularza ofertowego, zaś wątpliwości dotyczące istnienia stosunku pod wykonawstwa zostały rozwiane wskutek złożonych przez wykonawcę wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego polegania na zasobach podmiotu trzeciego, zamawiający zauważył, że wykonawcy w treści oferty złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a zatem o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. posiadającymi prawo do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Jednocześnie każdy z wykonawców złożył oświadczenie o poleganiu na zasobach drugiego z nich, co miało zapewne na celu podkreślenie chęci wspólnego wykonania zamówienia, natomiast z punktu widzenia zamawiającego - z uwagi na złożenie oświadczenia o dysponowaniu zasobami samodzielnie - było bezprzedmiotowe.

Indyferentny charakter miało również załączone do oferty zobowiązanie Janmar s.c, do przekazania Budotermika sp. z o.o., niezbędnych zasobów technicznych i zawodowych do wykonania zamówienia, a co za tym idzie - niezasadne są tezy stawiane przez odwołującego, jakoby treść wspomnianego zobowiązania była niezgodna z wymogami wskazanym w s.i.w.z. Tym samym stanowisko odwołującego nie znajduje uzasadnienia w świetle całokształtu okoliczności niniejszej sprawy, zaś ewentualne braki treściowe złożonego oświadczenia nie rzutują na prawidłowość przeprowadzenia postępowania przez zamawiającego ze względu na jego „obojętność” prawną z punktu widzenia prawidłowości spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że oba podmioty działają jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, co skutkuje niemożliwością ustanowienia stosunku podwykonawstwa, a nadto, jak zostało wskazane powyżej, obaj wykonawcy złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, spółka Budotermika sp. z o.o. sp. k. udokumentowała również doświadczenie w prowadzeniu robót budowlanych określonego rodzaju. Zamawiający zatem słusznie oparł się na oświadczeniu zawartym w formularzu ofertowym, których złożenie spowodowało brak konieczności powoływania się na zasoby podmiotów trzecich.

W odniesieniu do zarzutu, jakoby powołanie osób skierowanych do realizacji zamówienia, dopiero po ocenie oferty, jako najkorzystniejszej, w trybie uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp, z pominięciem wskazania tychże osób w treści oferty, jako podmiotów, z których zasobów zamierza skorzystać wykonawca, powinno skutkować odrzuceniem oferty, zamawiający zauważył, iż treść s.i.w.z. nie daje podstaw dla poczynienia powyższych tez.

Zamawiający wskazał na ust. 4 pkt. 2 rozdz. VII s.i.w.z., z którego wynika, iż złożenie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia wraz z dokumentacją potwierdzającą ich kwalifikacje zawodowe, powinno nastąpić dopiero na etapie wezwania do złożenia dokumentów wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej. Formularz ofertowy powinien zawierać jedynie oświadczenie o dysponowaniu odpowiednim zasobem, alternatywnie o poleganiu na podmiocie trzecim, z jednoczesnym złożeniem zobowiązania tegoż podmiotu. W niniejszej sprawie oferta złożona przez wykonawców zawierała oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie zamawiający podkreślił, że obie osoby, skierowane przez wykonawcę do realizacji i zamówienia, pozostają zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych, co w świetle złożonych przez wykonawców oświadczeń, umożliwia postawienie tezy, że osoby te pozostają do ich dyspozycji. Jak wynika ze złożonej przez wykonawcę dokumentacji, osoby te są zatrudnione na podstawie umowy o współpracy oraz umowy zlecenia, jak również zobowiązały się do pełnienia określonych funkcji na etapie realizacji zamówienia, co jednoznacznie potwierdza, że pozostają w zasobie (potencjale) osobowym wykonawców. Stanowisko przeciwne prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców, jak również wspomnianego już nadmiernego formalizmu ze strony zamawiającego.

Zamawiający zauważył, że przytoczone przez odwołującego orzecznictwo dotyczy wyłącznie sytuacji, w której wykonawca, wbrew twierdzeniom zawartym w ofercie, nie dysponuje odpowiednim zasobem osobowym, co z kolei powoduje konieczność skorzystania z potencjału osoby trzeciej, a ta okoliczność nie powinna zostać ujawniona na późniejszym etapie postępowania, aniżeli w momencie składania ofert. W sprawie niniejszej natomiast, wykonawca złożył oświadczenie o dysponowaniu zasobem własnym, co zostało jednoznacznie potwierdzone w przedstawionym wykazie osób, skierowanych do realizacji zamówienia publicznego.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Oferta, która została uznana za najkorzystniejszą, na stronie tytułowej w lewym górnym rogu, zawiera napis:

„KONSORCJUM FIRM:

1. „BUDOTERMIKA Sp. z o.o.  
28-100 Busko Zdrój ul. Bohaterów W-wy 120

NIP 655 197 41 84

2. ZRB „JANMAR” s.c. inż. Z. W. & J. R.

41-200 Sosnowiec ul. Królowej Jadwigi 2

NIP 644-10-83-202 tel: 32 297-25-55

e-mail: [zrbjanmar@interia.pl](mailto:zrbjanmar@interia.pl)"

W formularzu ofertowym jako wykonawcę wskazano:

BUDOTERMIKA SP. Z O.O. SP.K (Partner wiodący konsorcjum)

Ust. 1 pkt 7 Formularza ofertowego posiada brzmienie:

„7) zamierzam powierzyć do realizacji podwykonawcom część przedmiotu zamówienia:

Zakład Remontowo-Budowlany „JANMAR” S.C. Z. W., J. R. – partner konsorcjum

Ogólny zakres określony dokumentacją techniczną 50%”

Ust. 2 zawiera brzmienie:

„W związku z uregulowaniem zawartym we wzorze umowy § 14 ust. 2 pkt 7 dotyczącym zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy (jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę) w przypadku:

- 1) Zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3 – 5 ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę
- 2) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oświadczam, iż:

część opłaty ryczałtowej podlegająca przeliczeniu w przypadku zmiany art. 142 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp wynosi ....%

część opłaty ryczałtowej podlegającej przeliczeniu w przypadku zmiany art. 142 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp wynosi ....%”.

Wykonawca Budotermika Sp. z o.o. Sp. k. wraz z ofertą złożył dokument zatytułowany: „Oświadczenie dotyczące podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca”, gdzie oświadczył, że podmiot, na którego zasoby się powołuje w niniejszym postępowaniu, tj. Zakład Remontowo-Budowlany „JANMAR” S.C. Z. W., J. R., nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

Wykonawca Budotermika Sp. z o.o. Sp. k. wraz z ofertą złożył dokument zatytułowany „Oświadczenie składane na podstawie art. 25a ustawy z dnia 29 stycznia 2004

r. Prawo zamówień publicznych”, gdzie oświadczył, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt. 3 rozdziału VI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, polegam na zasobach następującego podmiotu: Zakład Remontowo-Budowlany „JANMAR” S.C. Z. W., J. R., 41-200 Sosnowiec ul. Królowej Jadwigi 2, NIP 644-10-83-202, REGON: 273005299 w następującym zakresie kadry pracowniczej i sprzętu”.

Wykonawca Zakład Remontowo-Budowlany „JANMAR” S.C. Z. W., J. R. złożył dokument zatytułowany „Oświadczenie składane na podstawie art. 25a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”, gdzie oświadczył, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt. 3 rozdziału VI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, polegam na zasobach następującego podmiotu: „BUDOTERMIKA Sp. z o.o. Sp. k. 28-100 Busko Zdrój ul. Bohaterów W-wy 120, KRS nr 0000649285 w Kielcach, NIP 655 197 41 84 w następującym zakresie: Umowa konsorcjum”.

Wykonawca Zakład Remontowo-Budowlany „JANMAR” S.C. Z. W., J. R. wraz z ofertą złożył dokument zatytułowany: „Oświadczenie dotyczące podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca”, gdzie oświadczył, że podmiot, na którego zasoby się powołuje w niniejszym postępowaniu, tj. BUDOTERMIKA Sp. z o.o. Sp. k. 28-100 Busko Zdrój ul. Bohaterów W-wy 120, KRS nr 0000649285 w Kielcach, nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

Do oferty dołączono pełnomocnictwo wspólników spółki cywilnej Zakład Remontowo-Budowlany „JANMAR” S.C. Z. W., J. R. z dnia 26.06.2017 r. dla Pana J. R. do reprezentowania spółki Zakład Remontowo-Budowlany „JANMAR” S.C. Z. W., J. R. i samodzielnego (jednoosobowego) składania wszelkich oświadczeń woli w imieniu spółki. Pełnomocnictwo upoważnia Pana J. R. do reprezentowania spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do dokonywania wszelkich czynności prawnych związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą przez spółkę cywilną, do prowadzenia rozmów i negocjacji w imieniu spółki, składania oświadczeń i wniosków, podpisywania dokumentów i pism, deklaracji, zawierania innych umów cywilnoprawnych jak również podejmowania innych czynności, które okażą się konieczne z punktu widzenia prowadzonej działalności gospodarczej”.

Do oferty dołączono pełnomocnictwo wspólników spółki cywilnej Zakład Remontowo-Budowlany „JANMAR” S.C. Z. W., J. R. z 26.06.2017 r. dla Pana M. K., reprezentującego Budotermika Sp. z o.o. Sp. k. do reprezentowania Spółki w postępowaniu przetargowym na wykonanie termomodernizacji obiektów Zakładów Teorii Medycyny w Katowicach-Ligocie,

polegającej na przebudowie wraz z dociepleniem i zmianą kolorystyki elewacji oraz montażem instalacji odgromowej budynków Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach przy ul. Medyków 18, zlokalizowanych na terenie działek nr 7/39 k.m. 62 i 1/11 k.m. (działka 1/11 została podzielona na działkę 1/12 i 1/13) 35 obręb Dz. Ligota, realizowanej w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Wykonanie termomodernizacji obiektów Zakładów Teorii Medycyny w Katowicach-Ligocie przy ul. Medyków 18 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach - etap I”.

Do oferty dołączono zobowiązanie wspólników spółki cywilnej Zakład Remontowo-Budowlany „JANMAR” do przekazania Budotermika Sp. z o.o. niezbędnych zasobów technicznych i zawodowych do wykonania przedmiotowego zadania.

Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień, pod rygorem oceny oferty złożonej w pierwotnym kształcie.

Pismem z dnia 13 lipca 2017 roku wykonawca Budotermika Sp. z o.o. Sp. k. wyjaśnił, że oferta została złożona przez konsorcjum firm, którego liderem jest Budotermika Sp. z o.o. Sp. k., natomiast ZRB „JANMAR” s.c. jest członkiem konsorcjum. Wskazał, że omyłkowo wskazał członka konsorcjum, firmę ZRB „JANMAR”, jako podwykonawcę. Poinformował, że w przypadku wyboru oferty jako najkorzystniejszej, członkowie konsorcjum będą odpowiadać solidarnie za wykonane roboty budowlane. Wyjaśnił, że przez brak wpisania wartości w pkt. 2 formularza ofertowego, wykonawca robót nie zamierza zmieniać wysokości przedmiotu, o którym mowa w art. 142 ust. 5, bowiem zostało ono uwzględnione w wynagrodzeniu ryczałtowym.

Do pisma dołączono umowę konsorcjum z 23 czerwca 2017 roku zawartą pomiędzy Budotermika Sp. z o.o. Sp. k. a Z. W. i J. R., działającymi łącznie w ramach spółki cywilnej pod firmą: Zakład Remontowo-Budowlany „JANMAR” S.C. Z. W., J. R., reprezentowaną przez Pana J. R. – jak wskazano – wspólnika uprawnionego do samodzielnej reprezentacji spółki. Przedmiotowa umowa ze strony spółki JANMAR została podpisana przez Pana J. R.

W związku z faktem, iż oferta konsorcjum została oceniona najwyżej, zamawiający wezwał wykonawców do złożenia dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. Wykonawcy złożyli wykaz osób, zawierający nazwiska Pana M. W. i Pana A. B. Jako podstawę dysponowania osobą Pana M. W. wskazano „osoba współpracująca”, natomiast Pana A. B. – umowa zlecenie.

Wykaz został sporządzony na formularzu, stanowiącym załącznik nr 5 do s.i.w.z. Na formularzu znajduje się informacja, iż jeżeli wykonawca polega na osobach zdolnych do wykonania zamówienia, a podstawy dysponowania nie stanowi umowa o pracę, o dzieło lub

umowa zlecenie, wykonawca do oferty musi załączyć pisemne zobowiązanie takiej osoby, iż zgłasza ona gotowość do wykonywania na rzecz wykonawcy robót stanowiących przedmiot zamówienia.

Wykonawcy z dokumentami, o których mowa wyżej, złożyli pisemne zobowiązanie Pana M. W. i Pana A. B., z których wynika, iż w przypadku wygrania przetargu i wyboru konsorcjum, będą pełnili funkcje kierownika budowy, kierownika robót instalacji elektrycznych w okresie realizacji przedmiotowego zadania.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu dotyczącego wadliwego określenia podmiotów składających ofertę oraz w zakresie charakteru dysponowania osobą Pana M. W..

W pozostałym zakresie odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wadliwego określenia podmiotów składających ofertę, Izba podkreśla, że dostrzeża w złożonej ofercie nieprawidłowości, które mogły budzić wątpliwości w tym zakresie. W formularzu oferty, w miejscu określenia wykonawcy, wskazano „Budotermika Sp. z o.o. Sp. k.” wraz z dopiskiem, iż jest to partner wiodący konsorcjum. Z kolei w miejscu przeznaczonym do wpisania nazwy podwykonawcy wskazano: „Zakład Remontowo-Budowlany „JANMAR” S.C. Z. W., J. R.”, ale z zaznaczeniem, iż jest to partner konsorcjum. Zgodzić się należy z odwołującym, iż oferta w tym zakresie jest wewnętrznie sprzeczna, niemniej jednak wykonawcy kwestię tę wyjaśnili, wskazując, że ofertę złożyło konsorcjum, którego liderem jest Budotermika Sp. z o.o. Sp. k., a ZRB „JANMAR” s.c. jest członkiem konsorcjum. Do wyjaśnień wykonawcy dołączyli umowę konsorcjum z dnia 23 czerwca 2017 roku.

Złożone wyjaśnienia w zakresie podmiotów składających ofertę Izba uznała za wystarczające. Wykonawcy wskazali w formularzu oferty obydwu członków konsorcjum, mimo że jeden z nich (ZRB „JANMAR”) – uwidocznił się nie w tym miejscu, gdzie powinien. Wykonawcy zaznaczyli jednak, który ze wskazanych podmiotów pełni określoną rolę w konsorcjum. Zamawiający był uprawniony do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Złożone wyjaśnienia nie doprowadziły do zmiany treści oferty.

Jednakże, jak słusznie podniósł odwołujący, umowa konsorcjum została podpisana przez jednego członka spółki cywilnej, Pana J. R.. Pełnomocnictwo dla Pana J. R.,



dołączone do oferty, zostało udzielone w dniu 26 czerwca 2017 roku, czyli już po zawarciu umowy. Izbie nie przedstawiono żadnego dokumentu, z którego wynikałoby uprawnienie Pana J. R. do zawarcia umowy konsorcjum w imieniu spółki, istniejące w dniu 23 czerwca 2017 roku. Uprawnienia takiego nie sposób również wywieść z powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Zgodnie z art. 866 K.c., w braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników, każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw. Zasady, na podstawie których wspólnik jest uprawniony do prowadzenia spraw spółki, określa natomiast art. 865 K.c. Z § 1 tegoż artykułu wynika, iż każdy wspólnik jest uprawniony i zobowiązany do prowadzenia spraw spółki, natomiast z § 2 zdanie pierwsze – że każdy wspólnik może bez uprzedniej uchwały wspólników prowadzić sprawy, które nie przekraczają zakresu zwykłych czynności spółki.

Wskazując na powyższe podkreślić należy, iż ustalenie zakresu umocowania wspólnika spółki cywilnej do jej reprezentowania nie jest możliwe bez zapoznania się z treścią umowy spółki cywilnej. Umowa ta może bowiem ograniczać lub rozszerzać zakres reprezentacji oraz zawierać postanowienia, na podstawie których możliwe będzie ustalenie zakresu zwykłych czynności spółki. Wyrażenie „zwykłe czynności spółki” jest wyrażeniem bliżej niedookreślonym. Nie da się z góry skategoryzować czy dana czynność należy do zakresu zwykłych czynności, czy też przekracza ten zakres. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 1997 r. (I CKN 70/97) „Przy rozstrzyganiu, czy dana czynność prawna należy, czy też nie należy do zwykłych czynności spółki cywilnej, trzeba mieć na względzie okoliczności konkretnego przypadku, a w szczególności cel i determinowany nim rodzaj działalności spółki, przynależność ocenianej czynności do tego rodzaju działalności oraz jej doniosłość z punktu widzenia rozmiaru tej działalności”. Zachowania przekraczające zakres zwykłych czynności wiążą się chociażby z użyciem większych środków finansowych, czy z zaciąganiem zobowiązań. Natomiast zwykłe czynności dotyczą głównie bieżących spraw spółki, tudzież zawierania drobnych umów.

W ocenie Izby, zawarcie przez spółkę cywilną umowy konsorcjum, której celem jest złożenie oferty za cenę przekraczającą 10 mln zł, może przekraczać zakres zwykłych czynności spółki. Jak już wyżej wskazano, zamawiający, mimo że podnosił, iż znany mu jest sposób reprezentacji spółki na podstawie dokumentów złożonych w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie przedstawił tych dokumentów Izbie, w związku z czym twierdzenie to Izba uznała za nieudowodnione.

Zgodnie z art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w

terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu wezwanie wykonawców do złożenia pełnomocnictwa uprawnającego Pana J. R. do zawarcia w imieniu spółki umowy konsorcjum, ważnego na dzień zawarcia tejże umowy.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący niewypełnienia formularza ofertowego w zakresie wskazania części opłaty ryczałtowej, która będzie podlegała przeliczeniu w przypadku zmian, o których mowa w art. 142 ust. 5 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 142 ust. 5 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p., umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
  - zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Z treści wskazanego przepisu wynika, iż nie w każda wskazana wyżej zmiana będzie skutkować zmianą wysokości wynagrodzenia wykonawcy, ale jedynie taka, która będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia.

Zamawiający w treści formularza ofertowego w ust. 2 wymagał podania procentowej części stawki opłaty ryczałtowej podlegającej przeliczeniu w przypadku zmiany art. 142 ust. 5 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p. Podanie wymaganych informacji miało polegać na wstawieniu odpowiedniej wielkości procentowej w wyznaczonych miejscach. Zamawiający nie określił przy tym, w jaki sposób należy wypełnić wskazaną część formularza w przypadku, gdy wykonawca rezygnuje z określenia części opłaty ryczałtowej podlegającej przeliczeniu.

Wykonawcy, których oferta została uznana za najkorzystniejszą, miejsce przeznaczone na podanie części opłaty pozostawili puste. W złożonych wyjaśnieniach stwierdzili, iż przez brak wpisania wartości w pkt. 2 formularza ofertowego, wykonawca robót nie zamierza zmieniać wysokości przedmiotu, o którym mowa w art. 142 ust. 5, bowiem zostało ono uwzględnione w wynagrodzeniu ryczałtowym.

W działaniu wykonawców nie sposób dopatrzeć się nieprawidłowości. Wobec braku zaleceń co do sposobu wypełnienia wskazanej części formularza, pozostawienie jej niewypełnionej można interpretować jako świadome działanie wykonawców mające na celu rezygnację z określenia tej części opłaty. Gdyby zamawiający w treści s.i.w.z. wskazał, iż w sytuacji, gdy wykonawca rezygnuje ze wskazania części opłaty ryczałtowej podlegającej przeliczeniu, ma swe oświadczenie w tej kwestii wyrazić w określony sposób, np. poprzez wstawienie kreski, zera itp., formularz ofertowy wykonawców należałoby uznać za wadliwy. Jednakże, wobec braku takiego zalecenia bądź instrukcji, wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji niewypełnienia wskazanego miejsca, pomimo tego, że odwołujący okoliczność tę interpretuje inaczej.

W ocenie Izby fakt pozostawienia przez wykonawców niewypełnionego miejsca w ust. 2 formularza ofertowego nie może być rozpatrywany pod kątem możliwości bądź braku możliwości poprawienia tej części formularza na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Izba stoi na stanowisku, iż nie mamy tu do czynienia z omyłką po stronie wykonawców. Wykonawcy w złożonych wyjaśnieniach potwierdzili, iż świadomie nie wypełnili wskazanych miejsc. Ponadto, jak to już wyżej wskazano, pozostawienie pustego miejsca może być interpretowane jako rezygnacja z przeliczenia opłaty ryczałtowej, wobec czego nie może być tu mowy o omyłce.

W związku z tym, iż wykonawca Budotermika Sp. z o.o. Sp. k. stwierdził, iż ZRB „JANMAR” s.c. został wpisany do formularza oferty jako podwykonawca omyłkowo, Izba uznała zarzuty dotyczące niewłaściwego określenia zakresu podwykonawstwa oraz wadliwego zobowiązania do udostępnienia zasobów przez ten podmiot za bezprzedmiotowe.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący charakteru dysponowania osobą Pana M W., wskazanego przez wykonawców do pełnienia funkcji kierownika budowy. W wykazie osób wykonawcy wskazali, iż Pana M. W. jest osobą współpracującą i załączyli jego pisemne zobowiązanie do pełnienia funkcji kierownika budowy w okresie realizacji przedmiotowego zadania. Jednocześnie wykonawcy nie wskazali Pana M. W. jako podwykonawcy w przedmiotowym zadaniu.

Ze złożonych przez wykonawców dokumentów nie sposób wywieść, jaki będzie charakter współpracy wykonawców i Pana M. W. Zamawiający w sporządzonym przez siebie wzorze wykazu osób zawarł informację, że w sytuacji, gdy wykonawca polega na osobach zdolnych do wykonania zamówienia, a podstawy dysponowania nie stanowi umowa o pracę, umowa o dzieło lub umowa zlecenie, wykonawca do oferty musi załączyć pisemne zobowiązanie takiej osoby, iż zgłasza ona gotowość do wykonywania na rzecz wykonawcy robót stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia. Wykonawcy w wykazie osób nie

wskazali żadnego z trzech podanych przez zamawiającego rodzajów umów jako podstawy dysponowania osobą Pana M. W. i załączyli jego pisemne zobowiązanie, co mogłoby oznaczać, iż jest to podmiot, na którego zasobach wykonawca polega. Zgodnie zaś z art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p., w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, co oznacza, że powinny zostać wskazane w formularzu ofertowym jako podwykonawcy. W ocenie Izby istnieje zatem potrzeba wyjaśnienia wskazanych wątpliwości, wobec czego nakazała zamawiającemu wezwanie wykonawców do złożenia niezbędnych wyjaśnień.

Izba nie nakazała zamawiającemu wzywania wykonawców do złożenia analogicznych wyjaśnień dotyczących Pana A. B. W wykazie osób wykonawcy wskazali umowę zlecenie jako podstawę dysponowania osobą Pana A. B., stąd też złożone przez Pana A. B. zobowiązanie nie było konieczne i nie wymaga wyjaśnienia.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....