

Sygn. akt: KIO 910/19

WYROK
z dnia 6 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20.05.2019 r.** przez wykonawcę **P. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Firma Ogólnobudowlana IZO-BUD P. K., ul. Ogrodowa 45, 62-070 Dopiewo** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Wielkopolskie Samorządowe Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego Nr 2 w Poznaniu, ul. Mostowa 6, 61-855 Poznań** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa na nowoczesne centrum kształcenia budynku WSCKZiU nr 2 w Poznaniu przy ul. Mostowej 6 – II etap”

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **PPHU TEL-POŻ-SYSTEM ISKRA Spółka z o.o., ul. Krańcowa 11, 61-022 Poznań** oraz **M. J.** prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą **PHU Kama M. J., ul. Dworcowa 21, 62-045 Pniewy** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **P. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Firma Ogólnobudowlana IZO-BUD P. K., ul. Ogrodowa 45, 62-070 Dopiewo** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P. K.** prowadzącego

działalność gospodarczą pod firmą **Firma Ogólnobudowlana IZO-BUD P. K., ul. Ogrodowa 45, 62-070 Dopiewo** tytułem wpisu od odwołania,

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 16 października 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 6 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 910/19

Zamawiający – Wielkopolskie Samorządowe Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego Nr 2 w Poznaniu, ul. Mostowa 6, 61-855 Poznań prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa na nowoczesne centrum kształcenia budynku WSCKZiU nr 2 w Poznaniu przy ul. Mostowej 6 – II etap”

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 04.03.2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 520814-N-2019.

W dniu **15.05.2019** r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20.05.2019** r. w przez wykonawcę **P. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Firma Ogólnobudowlana IZO-BUD P. K., ul. Ogrodowa 45, 62-070 Dopiewo** od czynności podjętej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Przebudowa na nowoczesne centrum kształcenia budynku WSCKZiU nr 2 w Poznaniu przy ul. Mostowej 6 - II etap, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pod sygn. WSCK2.A.381.3.2019, zwanym dalej „postępowaniem”.

I. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy poprzez podjęcie czynności w postępowaniu polegającej na dokonanie wyboru oferty Konsorcjum firm w skład, którego wchodzi:

- lider Konsorcjum - PPHU TEL-POŻ-SYSTEM ISKRA Sp. z o. o. siedzibą w Poznaniu przy ul. Krańcowej 11,61-022 Poznań,

uczestnik Konsorcjum - PHU KAMA M. J. siedzibą w Pniewach przy ul. Dworcowej 21, 62-045 Pniewy, zwanego dalej „Konsorcjum”, pomimo tego, iż:

1) podlega ono wykluczeniu z postępowania na podstawie:

a) art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy, ze względu na to, że nie potwierdziło ono spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia;

b) art. 24 ust. 1 pkt. 14 ustawy, ze względu na to, że potwierdziło braku podstaw do wykluczenia w zakresie niekaralności M. P. i R. R. prokurentów spółki PPHU TEL-POŻ-SYSTEM ISKRA za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt. 13 ustawy oraz, że nie zostali skazani na karę aresztu za wykroczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt. 5 ustawy;

2) oferta przez nie złożona podlega także odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy ze względu na to, że wyjaśnienia z dnia 15.04.2019 r. dotyczące treści oferty Konsorcjum podpisała osoba nie posiadająca umocowania do składania oświadczeń woli w jego imieniu.

II. Mając na względzie powyższe Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

3) dokonania czynności wykluczenia Konsorcjum z postępowania lub odrzucenie oferty złożonego przez nie w postępowaniu;

4) dokonanie czynności wyboru oferty złożonej przez Firmę Ogólnobudowlaną „IZO-BUD” P. K. jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

III. Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia albowiem z uwagi na wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy, nieudzielenie zamówienia Odwołującemu spowoduje powstanie szkody (utrącone korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego), bowiem oferta Odwołującego przedstawia, jako druga w kolejności najniższą realną ceną, a zatem jest ofertą najkorzystniejszą spośród pozostałych i tą którą powinien Zamawiający wybrać w niniejszym postępowaniu.

IV. Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawą do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 15.05.2019 r. Termin na wniesienie odwołania wynikający z art. 182 ust. 1 pkt. 2 ustawy został zachowany.

V. Odwołujący przekazał kopią odwołania Zamawiającemu w dniu 20.05.2019 r., tj. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy, na dowód czego składam potwierdzenie jej przekazania.

UZASADNIENIE ODWOŁANIA

1. Zamawiający w pkt. 6.3.1 SIWZ opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia, w następujący sposób:

Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia, jeżeli wykaze, że w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał co najmniej 2 roboty budowlane, z których każda polegała na budowie lub rozbudowie lub nadbudowie lub przebudowie budynku o powierzchni użytkowej wybudowanego budynku lub powierzchni użytkowej części dobudowanej lub nadbudowanej lub przebudowanej budynku nie mniejszej niż 900 m² i ilości kondygnacji nie mniejszej niż 2, a zakres każdej z tych robót obejmował wykonanie robót:

ogólnobudowlanych, instalacyjnych elektrycznych, instalacyjnych sanitarnych w tym dotyczących instalacji centralnego ogrzewania, wodnych, kanalizacyjnych i wentylacji mechanicznej, instalacyjnych telekomunikacyjnych i teletechnicznych w tym okablowania: instalacji LAN, systemu kontroli dostępu, systemu sygnalizacji włamania i napadu, systemu alarmu pożarowego, instalacji monitoringu wizyjnego i telewizyjnej, o łącznej wartości tych robót nie mniejszej niż 3 500 000,00 zł.

W ocenie Odwołującego tak postawiony warunek nie zezwala wykonawcom w celu wykazania potwierdzenia jego spełniania na łączenie dwóch różnych robót dotyczących tego samego obiektu. Jak wskazał Odwołujący dostarczona referencja dotycząca wykonania robót budowlanych na obiektach Politechniki Poznańskiej - Dom Studencki nr 5 oraz Dom Studencki nr 6 - obejmuje dwa różne postępowania.

2. Odwołujący wskazał, że wygaśnięcie prokury, zgodnie z art. 1098 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j. - Dz. U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.), zwanej dalej „KC”, przedsiębiorca będący spółką prawa handlowego powinien zgłosić do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego nie później niż w terminie 7 dni od dnia odwołania prokury (art. 22 ustawy z dnia 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym - t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 986 zwanej dalej „uKRS”).

W trakcie postępowania Konsorcjum, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 02.05.2019 r. do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących prokurentów spółki PPH U TEL-POŻ-SYSTEM ISKRA, tj. Panów M. P. i R. R., w dniu 06.05.2019 r. dostarczyło uchwałę zarządu spółki PPHU TEL-POŻ-SYSTEM ISKRA z dnia 01.04.2019 r. odwołującą prokurę dla tych osób.

W ocenie Odwołującego działanie Konsorcjum stanowi fikcję, mającą na celu uniknięcia konsekwencji związanych z niemożnością uzyskania przedmiotowych informacji z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzających niekaralność tych osób. Fikcję tą potwierdza fakt, że

osoby te figurują nadal w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego jako prokurenci.

W związku z tym, że odpis z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego stanowi podstawę działania Zamawiającego do żądania złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących niekaralności między innymi członków organu zarządzającego i prokurentów od wykonawców, to Konsorcjum zobowiązane było do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących tych osób. Powyższe stanowisko Odwołującego wynika z regulacji w art. 17 uKRS zgodnie z którą domniemywa się, że dane wpisane do rejestru są prawdziwe, a jeżeli dane wpisane do rejestru są niezgodne ze względu na brak zgłoszenia, podmiot ten nie może zasłaniać się wobec osoby trzeciej działającej w dobrej wierze zarzutem, że dane te nie są prawdziwe, jeżeli zaniedbał wystąpić niezwłocznie z wnioskiem o sprostowanie, uzupełnienie lub wykreślenie wpisu.

3. W dniu 12.04.2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez nie oferty. W odpowiedzi na to wezwanie w dniu 15.04.2019 r. Konsorcjum złożyło przedmiotowe wyjaśnienia, które podpisał prokurent PPHU TEL-POŻ-SYSTEM ISKRA Sp. z o. o. Pan M. P. W trakcie postępowania Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie z dnia 02.05.2019 r. do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących prokurentów spółki PPHU TEL-POŻ-SYSTEM ISKRA, w tym informacji dotyczącej Pana M. P., w dniu 06.05.2019 r., dostarczyło uchwałą zarządu spółki PPHU TEL-POŻ-SYSTEM ISKRA z dnia 01.04.2019 r. odwołującą prokurą między innymi dla tej osoby.

W następstwie tego Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia pełnomocnictwa, którego treść miała potwierdzać umocowanie dla Pana M. P. do składania oświadczeń woli w postępowaniu w imieniu Konsorcjum. W odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum złożyło pełnomocnictwo, które zostało tylko podpisane przez upoważnionego przedstawiciela Lidera konsorcjum - PPHU TEL-POŻ-SYSTEM ISKRA Sp. z o. o.

Zgodnie z art. 106 KC pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa. Wraz z ofertą Konsorcjum złożyło pełnomocnictwo dla Lidera konsorcjum - PPHU- TEL-POŻ-SYSTEM ISKRA Sp. z o. o. jednakże z jego treści nie wynika substytucja, co oznacza, że dla ważności pełnomocnictwa dla Pana M. P. wymagane jest jego podpisanie przez prawnie upoważnionych wszystkich przedstawicieli Konsorcjum, a nie tylko przez jego lidera.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, niniejsze odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w rankingu ofert. W ramach wniesionego odwołania podniósł on zarzuty i żądania zmierzające do wykluczenia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą oraz do odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przedmiotem postępowania są roboty budowlane obejmujące przebudowę na nowoczesne centrum kształcenia budynku WSKZiU nr 2 w Poznaniu przy ul. Mostowej 6 – II etap.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w następujący sposób określił w treści SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia:

Rozdział 6 SIWZ. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OŚWIADCZENIA LUB DOKUMENTY, POTWIERDZAJĄCE SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

6.3.1 W zakresie doświadczenia:

Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia, jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał, co najmniej 2 roboty budowlane, z których każda polegała na budowie lub rozbudowie lub nadbudowie lub przebudowie budynku o powierzchni użytkowej wybudowanego budynku lub powierzchni użytkowej części dobudowanej lub nadbudowanej lub przebudowywanego budynku nie mniejszej niż 900 m² i ilości kondygnacji nie mniejszej niż 2, a zakres każdej z tych robót obejmował wykonanie robót: ogólnobudowlanych instalacyjnych elektrycznych, instalacyjnych sanitarnych w tym dotyczących instalacji centralnego ogrzewania, wodnych, kanalizacyjnej i wentylacji mechanicznej, instalacyjnych telekomunikacyjnych i teletechnicznych w tym okablowania: instalacji LAN, systemu kontroli dostępu, systemu sygnalizacji włamania i napadu, systemu alarmu pożarowego, instalacji monitoringu wizyjnego i telewizyjnej, o łącznej wartości tych robót nie mniejszej niż 3 500 000,00 zł.

Jak wynika z dokumentacji postępowania Przystępujący Konsorcjum PPHU TEL-POŻ-SYSTEM Iskra Spółka z o.o. oraz p. M. J. prowadząca działalność gospodarcza pod firmą PHU KAMA M. J. złożyli w postępowaniu ofertę z ceną ofertową wynoszącą 9.839.995,08 zł. Odwołujący p. P. K. prowadzący działalność gospodarcza pod firmą Firma Ogólnobudowlana IZO-BUD P. K. złożył ofertę z ceną ofertową wynoszącą 10.773.516,73 zł.

Przystępujący na potwierdzenie warunku w zakresie doświadczenia wskazał 3 zadania o następującej wartości 4.341.468,10 zł, 2.359.506,00 zł oraz 1.800.000,00 zł.

Dodatkowo do oferty Przystępującego zostało dołączone pełnomocnictwo z dnia 03.04.2019 r. ustanawiające PPHU TEL-POŻ-SYSTEM ISKRA Spółka z o.o. pełnomocnikiem Konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy Pzp. Do oferty została również dołączona

umowa wykonawca konsorcjum z dnia 02.04.2019 r. Z dołączonego do oferty Przystępującego wydruku KRS z dnia 29.01.2019 r. dla Lidera Konsorcjum wynika, że dla podmiotu tego zostało ustanowionych trzech prokurentów samoistnych, w tym p. M. P. oraz p. R. R.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 12.04.2019 r., działając na podstawie art 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty wskazując m.in., co następuje.

Po analizie złożonej przez Państwa oferty wzywam Państwa do złożenia wyjaśnień dotyczących jej treści w poniżej określonym zakresie.

1) W dokumentacji wykonawczej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu został zawarty następujący opis dotyczący wykonania ocieplenia budynku:

- program prac konserwatorskich zatwierdzony przez Biuro Miejskiego Konserwatora Zabytków w Poznaniu, pkt. 6.13: Z uwagi na całkowity zakaz ingerowania w zabytkową elewację budynku oraz konieczność uzyskania wymaganego współczynnika izolacyjności cieplnej ścian zewnętrznych, projektuje się ocieplenie ścian od wewnątrz pomieszczeń w systemie ociepleniowym StoTherm In (lub inny o podobnych i nie gorszych parametrach), dedykowanym dla obiektów zabytkowych.

- Projekt wykonawczym branży architektonicznej, pkt. 10.1.

W celu uzyskania wymaganego przepisami współczynnika przenikania ciepła ($J-0,2 \text{ W/m}^2\text{K}$ (wartość maksymalna) uwzględniając wytyczne konserwatora zabraniające docieplania ścian od zewnątrz, zaprojektowano termoizolację ścian w postaci systemu ocieplenia ze zintegrowaną paroizolacją w formie folii aluminiowej z zastosowaniem płyt izolacyjnych z pianki poliuretanowej gr. 8 cm (rozwiązanie systemowe, mocowanie mechanicznie do istniejącej konstrukcji ścian za pomocą systemu szynowego). Jako warstwę wykończeniową zaprojektowano masy zbrojące + tynk + farbę (max 0,5 cm).

Mając na uwadze zaoferowaną przez Państwa cenę za ten element, wzywam Państwa do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowany przez Państwa system ociepleniowy jest systemem opisanym w dokumentach, czy systemem równoważnym?

W przypadku zaoferowania systemu równoważnego jednocześnie wzywam Państwa do złożenia wraz z wyjaśnieniami dokumentów potwierdzających równoważność zaoferowanego systemu z systemem opisanym w dokumentacji wykonawczej, np. karty katalogowe, aprobaty, itp.

2) W dokumentacji wykonawczej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu został zawarty następujący opis dotyczący stolarki okiennej:

- program prac konserwatorskich zatwierdzony przez Biuro Miejskiego Konserwatora Zabytków w Poznaniu pkt. 6.13:

Projektuje się wymianę okien na nowe drewniane ze szkleniem zespolonym szybami 2-komorowymi w układzie niesymetrycznym 13-16-9 (szyby specjalne klejone) o współczynniku RF48 dB. Poprzez zastosowanie takich szyb możliwe będzie uzyskanie współczynnika R_w dla całego okna na poziomie RF46 (-1,-4) dB. (...) projekt wykonawczym branży architektonicznej, pkt. 13.13:

Projektuje się wymianę okien na nowe drewniane ze szkleniem zespolonym szybami 2-komorowymi w układzie niesymetrycznym 13-16-9 (szyby specjalne klejone) o współczynniku R_{wz} 48 dB. Poprzez zastosowanie takich szyb możliwe będzie uzyskanie współczynnika R_w dla całego okna na poziomie RF46 (-1,4) dB (...).

W związku z powyższym Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaferowanych rozwiązań odnoszących się do systemu ocieplenia oraz zaferowanego systemu stolarki okiennej.

Przystępujący pismem z dnia 15.04.2019 r. wskazał, że nawiązując do „wezwania do złożenia wyjaśnień” z dnia 12.04.2019 r. udziela następujących wyjaśnień: dot. pyt. I Zaferowany system ociepleniowy jest systemem opisanym w dokumentacji wykonawczej. W zakresie pytania nr 2 Przystępujący wskazał, że zaferowana stolarka okienna zostanie wykonana zgodnie z opisem zawartym w dokumentacji wykonawczej. Jak Izba ustaliła powyższe pismo zostało podpisane przez p. M. P.

Zamawiający pismem datowanym na dzień 02.05.2019 r. wezwał Przystępującego do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego wskazując, co następuje.

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych związanych z „Przebudową na nowoczesne centrum kształcenia budynku WSKZiU nr 2 w Poznaniu przy ul. Mostowej 6” - etap II.

Wzywam Państwa do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzające, że prokurenci M. P. oraz R. R. spółki PPHU TEL-POŻ-SYSTEM ISKRA, nie zostali skazani za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 13 uPzp oraz, że nie zostali skazani na karę aresztu za wykroczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt. 5 uPzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem składania oferty.

Przedmiotowe informacje należy złożyć w formie oryginału, albo kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez uprawnionego przedstawiciela spółki PPHU TEL-POŻ-SYSTEM ISKRA, albo osobę przez niego upoważnioną

UZASADNIENIE:

Zamawiający w dniu 19.04.2019 r. wezwał Państwa do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających przez Państwa Konsorcjum spełnianie warunków udziału w postępowaniu

oraz braku podstaw do wykluczenia przez uczestników Państwa Konsorcjum wyznaczając termin na ich złożenie do dnia 25.04.2019 r. do godz. 12:00.

Jednym z dokumentów wymaganych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia przez uczestników Państwa Konsorcjum były informacje z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzające, że członek organu zarządzającego oraz prokurenci, nie zostali skazani za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 13 uPzp oraz, że nie zostali skazani na karę aresztu za wykroczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt. 5 uPzp.

Zgodnie z danymi zawartymi w rejestrze przedsiębiorców prowadzonym przez Krajowy Rejestr Sądowy, prokurentami spółki PPHU TEL-POŻ-SYSTEM ISKRA są Pani A. M. P. oraz Panowie M. P. i R. R.

W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie złożyliście Państwo informacji z Krajowego Rejestru Karnego w przedmiotowym zakresie dotyczących prokurentów M. P. i R. R.

Przedmiotowe informacje w formie dla nich określonej należy złożyć w sekretariacie Wielkopolskiego Samorządowego Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego nr 2 w Poznaniu, ul. Grobla 26, 61-858 Poznań, w terminie do dnia 07.05.2019 r. do godz. 14:00 lub przesłać w tym terminie pocztą na podany uprzednio adres.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył Zamawiającemu uchwałę nr 1 Zarządu Spółki PPHU TEL-POŻ-SYSTEM Iskra z dnia 01.04.2019 r. w sprawie odwołania prokury. Z jej treści wynika, iż: „Zarząd spółki pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe TEL-POŻSYSTEM „ISKRA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (61-022), przy ul. Krańcowej 11 , działając w oparciu o przepis art, 208 7 k.s.h., niniejszym postanawia odwołać prokurę udzieloną:

- 1) M. P.,*
- 2) R. R.*

Do wykonania niniejszej uchwały wyznacza się Zastępcę Prezesa Zarządu P. M. P.”

Nadto Zamawiający pismem z dnia 14.05.2019 r. zatytułowanym "Wezwanie do złożenia pełnomocnictwa" i skierowanym do Przystępującego wskazał, co następuje.

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych związanych z „Przebudową na nowoczesne centrum kształcenia budynku WSCKZiU nr 2 w Poznaniu przy ul. Mostowej 6" - etap II.

Wzywam Państwa do złożenia pełnomocnictwa dla Pana M. P., którego treść winna potwierdzać jego umocowanie do składania oświadczeń w imieniu Państwa Konsorcjum w

postępowaniu. Przedmiotowe winno być złożone w formie oryginału lub notarialnie potwierdzonej kopii.

UZASADNIENIE:

Pan M. P. w dniu 15.04.2019 r. w imieniu Państwa Konsorcjum podpisywał wyjaśnienia dotyczące treści Państwa oferty nie posiadając do tego umocowania.

Przedmiotowe pełnomocnictwo w formie dla niego określonej należy złożyć w sekretariacie Wielkopolskiego Samorządowego Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego nr 2 w Poznaniu, ul. Grobla 26, 61-858 Poznań, w terminie do dnia 15.05.2019 r. do godz. 12:00 lub przesłać pocztą w tym terminie na podany uprzednio adres.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył Zamawiającemu pełnomocnictwo z dnia 15.04.2019 r udzielone Panu M. P. do reprezentowania Konsorcjum firm PPHU TEL-POŻ-SYSTEM „ISKRA” sp. z o.o. oraz PHU KAMA M. J. i składania oświadczeń w imieniu w/w Konsorcjum w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych związanych z „Przebudową na nowoczesne centrum kształcenia budynku WSCKZiU nr 2 w Poznaniu przy ul. Mostowej 6” - etap II. Pełnomocnictwo to zostało podpisane przez p. P. P. – zastępcę Prezesa Zarządu Lidera Konsorcjum.

Jak wynika z pisma zatytułowanego „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej” z dnia 15.05.2019 r. za ofertę najkorzystniejsza została uznana oferta Przystępującego uzyskując łącznie 96 pkt w rankingu ofert. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert uzyskując łącznie 90,80 pkt.

Na powyższą czynność Odwołujący złożył w dniu 20.05.2019 r. odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. W zakresie zarzutu odnoszącego się do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp (brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia) Izba uznała, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Istniejący pomiędzy stronami spór dotyczy w szczególności interpretacji zawartego w treści SIWZ warunku dotyczącego doświadczenia oraz kwestii, czy Odwołujący wykazał na podstawie przekazanych Zamawiającemu dokumentów jego spełnienie. Zdaniem Odwołującego rozumienie powyższego warunku prowadzi do wniosku, iż uznany on zostanie za spełniony w przypadku, gdy każda z przedstawionych w ramach warunku robót budowlanych będzie charakteryzowała się wartością 3.500.000 zł. Zdaniem Zamawiającego i Przystępującego wartość tą należy uznać za sumę wartości robót wskazanych na potwierdzenie jego spełnienia.

Warunki udziału w postępowaniu należy zaliczyć do klasycznych oświadczeń woli podmiotu zamawiającego. Przez ich formułowanie, w granicach dopuszczalnej przepisami ustawy Pzp swobody, ujętej m.in. w zasadach prawa zamówień publicznych, podmiot zamawiający określa i wskazuje, jakim minimalnym zakresem zdolności (potencjału związanego z wiedzą i doświadczeniem, zasobami kadrowymi, technicznymi i finansowymi) winien dysponować wykonawca, aby został uznany za zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia. Stąd też warunki udziału w postępowaniu, jak każde oświadczenie woli, podlegają wykładni przy wykorzystaniu dorobku prawa cywilnego (doktryny i orzecznictwa), w tym przy uwzględnieniu regulacji art. 65 § 1 ustawy Kodeks cywilny mając na uwadze specyficzne okoliczności związane z faktem, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności ujęta w treści art. 9 ust. 1 ustawy Pzp.

Stąd też mając na uwadze powyższe, w pierwszej kolejności, konieczne jest sięgnięcie do wykładni literalnej spornego warunku celem odkodowania jego znaczenia w kontekście zaistniałego pomiędzy Stronami sporu.

W tym zakresie odnieść się należy do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2008 r. (sygn. akt XXIII Ga 446/08), w którego uzasadnieniu zostało wskazane, że: *„Postanowienia w zakresie warunków udziału (jak i przedmiotu zamówienia) należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną właśnie z uwagi na konieczność zapewnienia ewentualnym oferentom pełnej oceny własnych możliwości udziału w przetargu. Nie jest zatem właściwe stosowanie, w omawianym zakresie, innej wykładni wymogów zamawiającego niż wykładnia językowa i tylko takie wymagania powinni spełnić oferenci jakie wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia”*. Powyższa teza Sądu Okręgowego zasługuje na pełną aprobatę, gdyż wynika z niej, iż niedopuszczalne jest stosowanie wykładni rozszerzającej m.in. w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu i doszukiwanie się dodatkowych, nie ujętych w ich treści, wymagań, które spełnić winni wykonawcy. Z powyższego wynika, iż niedopuszczalne jest zaostżanie warunków w drodze ich wykładni na etapie oceny ich spełnienia.

Należy, dzieląc wypracowaną na przestrzeni lat zasadę, również wskazać, że w razie jakichkolwiek wątpliwości treści SIWZ, w tym w szczególności w odniesieniu do warunków

udziału w postępowaniu, winny one być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Źródłem powyższych wątpliwości może być konstrukcja samego warunku, w tym jego wielopoziomowa (kaskadowa) budowa.

W niniejszym wypadku mamy bowiem dom czynienia z dwukrotnym ujęciem w treści warunku pojęcia „(...) tych robót” co może budzić wątpliwość, do którego elementu warunku odnosi się ujęta w jego ostatnim zdaniu wartość 3.500.000 zł. Jednakże, co zostało pominięte przez Odwołującego, i na co zwracał uwagę w treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający oba sformułowania wykorzystujące zwrot „tych robót” zostały osadzone w zupełnie odmiennym kontekście, jak również i co najistotniejsze, posiadają one zupełnie odmienną budowę. Zamawiający bowiem we wstępie spornego warunku określili czasookres uwzględnianego doświadczenia (ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert), minimalną ilość zadań (co najmniej 2 roboty budowlane) jego charakter (budowa, rozbudowa, nadbudowa lub przebudowa z określoną powierzchnią min. 900 m²) wskazując, że zakres **każdej** (podkreślenie Izby) z tych robót obejmował wykonanie określonych i wymienionych enumeratywnie robót. Następnie w treści warunku, po zamknięciu listy rodzajów robót przecinkiem Zamawiający wskazał, że „(...) łączna wartość tych robót powinna być nie mniejsza niż 3.500.000 zł”. Porównanie obu sformułowania wykorzystujących zaimek „tych” pozwala na przyjęcie, że gdyby Zamawiający chciał odnieść wartość robót do każdej roboty z osobna wykorzystałby, jak ma to miejsce w zdaniu poprzedzającym wyliczenie charakteru robót, słowo „każdej” – czego w ostatnim zdaniu nie uczynił. Odmiennie sformułowania zatem uprawniają do całkowicie odrębnej wykładni obu tych odesłań powodując, że wykładnia dokonana przez Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w literalnej treści spornego warunku.

Nie sposób zatem uznać, że oba te zwroty mogą nieść identyczne znaczenie pomimo odmiennej ich budowy. Jak słusznie wskazywał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, w treści poddanego analizie warunku nie użyto w obu przypadkach zwrotu „każdej”, który jest typowy przy tego rodzaju konstrukcjach, przesądzając wówczas, że zawarte tam parametry (w tym wypadku parametr wartości) winny odnosić się do każdego jego elementu z osobna (w tym wypadku do każdego zadania obejmującego robotę budowlaną). Proces wykładni zaprezentowany przez Odwołującego opiera się na zabiegu, że aby uzyskać pożądaną przez tego ostatniego wynik, treść tego warunku winna zostać właśnie „uzupełniona” o element, którego on nie zawiera. Tylko swego rodzaju „uzupełnienie” treści warunku o słowo „każdego” pozwala na przyjęcie, że wskazana tam wartość 3.500.000 zł może odnosić się do każdego z zadań z osobna. Zamawiający chcąc uzyskać efekt postulowany przez Odwołującego, w ramach wykorzystanych w treści tego samego warunku zwrotów i dookreśleń, które zostały konsekwentnie wykorzystane w pierwszej jego części, powinien jego ostatniemu elementowi nadać treść „(...) o łącznej wartości każdej z tych robót nie

mniejszej niż 3.500.000 zł". Odmienne uregulowanie w zakresie wartości powoduje, że jego zakres znaczeniowy jest zupełnie odmienny i całkowicie zgodny ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

2. Odnosząc się do zarzutów związanych z treścią art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp (podstawa wykluczenia związana z karalnością osób uprawnionych do reprezentacji osoby prawnej - prokurenci) wskazać należy, że wpis prokury do rejestru, pomimo istnienia takiego obowiązku, ma charakter jedynie deklaratoryjny. Zgłoszenie prokury do rejestru przedsiębiorców ma charakter deklaratoryjny i nie stanowi przesłanki powstania umocowania po stronie prokurenta (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2005 r., sygn. akt II CK 120/05). Również zgłoszenie wygaśnięcia prokury ma znaczenie jedynie deklaratoryjne, lecz jednocześnie bardzo istotne z punktu widzenia ważności czynności prawnych dokonanych po wygaśnięciu prokury, a przed jej wykreśleniem z KRS. Nieujawienie w rejestrze prokury nie powoduje nieskuteczności jej udzielenia bądź wadliwości czynności prawnych dokonanych przez prokurenta. Przeciwnie, są one w pełni skuteczne i nie wymagają potwierdzenia przez przedsiębiorcę. Powyższe kwestie stanowią odzwierciedlenie jednoznacznych regulacji ustawy Kodeks cywilny oraz ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym. Kwestia ta jest również jednoznacznie postrzegana w orzecznictwie i doktrynie.

Przedsiębiorca, w tym spółka kapitałowa, ma pełną swobodę, co do wyboru osób wchodzących w skład jej organów lub reprezentujących ją na zewnątrz. Zarówno powołanie tych osób, jak i ich odwołanie jest kwestią woli i brak jest podstaw do przypisywania tej czynności pozorności, czy też intencjonalności. W przypadku prokury sytuacja jest o tyle odmienna, że jej odwołanie może nastąpić w każdej chwili decyzją samego Zarządu z pominięciem zgody, czy też aprobaty organów stanowiących spółki kapitałowej.

Stąd też Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego prezentowanego w ramach postawionego zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Izba zwraca również uwagę, iż przywołany przez Odwołującego w treści odwołania przepis w postaci art. 17 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym tworzy domniemanie prawne związane z treścią wpisów, którego znaczenie ma na celu dążenie do wzmocnienia ochrony osób trzecich działających w dobrej wierze w zaufaniu do treści rejestru służącego pewności obrotu prawnego. Domniemanie to chroni bowiem osoby trzecie przed ewentualnymi konsekwencjami czynności prawnych (w szczególności oświadczeniami woli) przedsięwziętych wobec osób ujawnionych w rejestrze wbrew rzeczywistemu stanowi rzeczy (Komentarz do art. 17 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym Legalis C.H. Beck red.

Osajda 2019, wyd. 1 P. Popardowski). Oznacza to, że domniemanie to odnosi się do ochrony osób trzecich wywodzących swoją wiedzę o podmiotach poprzez rejestr w ramach relacji z osobami ujawnionymi w rejestrze, w szczególności osobami uprawnionymi do reprezentacji podmiotu wpisanego do tego rejestru.

Oznacza to ni mniej, ni więcej, że przepis ten znajduje zastosowanie i umożliwia powoływania się przez podmiot ujawniony w rejestrze na nieprawdziwość danych wyłącznie w dwóch sytuacjach: 1) osoba trzecia powołująca się prawdziwość danych ujawnionych w rejestrze działała w złej wierze; 2) wpis został dokonany niezgodnie ze zgłoszeniem lub też bez zgłoszenia i podmiot, którego wpis dotyczył wystąpił niezwłocznie z wnioskiem o wykreślenie lub sprostowanie. Cel tej regulacji jest zatem jasny i nie sposób znajdować dla niego zastosowania w sytuacji, która stała się podstawą zarzutu sformułowanego w treści odwołania. Oczywiście Przystępujący nie realizując obowiązku ujawnienia w rejestrze zmiany danych (w tym wypadku będącej wynikiem odwołania prokury) naraża się na pewne ryzyko z tym związane, jest to jednak ryzyko o charakterze korporacyjnym związane z zasadami reprezentacji tego podmiotu i ewentualnymi konsekwencjami dokonanie czynności przez osobę trzecią z odwołanym prokurentem. Nie sposób zatem doszukać się dla jednego z członków Przystępującego Konsorcjum w tych okolicznościach żadnych innych konsekwencji poza wynikającymi wprost z celu, jakiem służyć ma regulacja ujęta w treści art. 17 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym.

Nie ulega również wątpliwości, że Zamawiającemu został przedstawiony dowód w postaci uchwały z dnia 01.04.2019 r. o odwołaniu prokury i brak jest jakichkolwiek przesłanek na kwestionowanie tej czynności.

Kierowane przez Odwołującego pod adresem Przystępującego zarzuty w postaci przypuszczeń o antydatowaniu treści uchwały o odwołaniu prokury, jak również o pozorności składanych oświadczeń nie zostały poparte żadnymi dowodami. W ocenie Izby nie zostały one również uprawdopodobnione przez Odwołującego. Można również założyć, iż odwołanie prokury np. p. M. P. był podyktowany ustanowieniem w umowie Konsorcjum z dnia 02.04.2019 r. Komitetu Wykonawczego, którego przedstawicielem z ramienia PPHU TEL-POŻ-SYSTEM Iskra Spółka z o.o. została właśnie ta osoba.

Zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne i zmierza do uzyskania z tego tytułu korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik

postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

W tym przypadku Izba miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą kontradiktoryjności, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i zgodnie z tą zasadą strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i uzasadnionego rozumowania.

Izba nie jest uprawniona do ustalania stanu faktycznego w oparciu o domniemania lub przypuszczenia formułowane przez Strony i uczestników postępowania odwoławczego, nawet wówczas, gdy sygnalizowane wątpliwości mogą wydawać się prawdopodobne. Izba jedynie dysponuje uprawnieniem do oceny przez pryzmat wiarygodności zgromadzonego materiału dowodowego.

Realizując powyższe uprawnienia Izba za zasadniczy dowód przyjęła złożoną Zamawiającemu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uchwałę z dnia 01.04.2019 r. o odwołaniu prokury. Mając na uwadze okoliczność, że odwołanie prokury staje się skuteczne z chwilą złożenia oświadczenia woli przez uprawnionych do tego organ (w tym wypadku Zarząd Spółki), zaś sam wpis (przez który rozumieć należy również wykreślenie danych) ma w tych okolicznościach jedynie wtórny (deklaratoryjny) charakter ten stan rzeczy przesądził o oddaleniu zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

3. W ramach zarzut z art. 89 ust. 1pkt 8 ustawy Pzp odnoszącego się do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na podpisanie wyjaśnień z dnia 15.04.2019 r. przez osobę nie posiadającą umocowania do składania oświadczeń Izba uznała, że zarzut ten również nie zasługuje na uwzględnienie.

Samo wezwanie do wyjaśnień i odpowiedź na nie, stosownie do treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może stanowić mechanizmu, a więc podstawy, do składania nowych oświadczeń woli lub modyfikacji dotychczas złożonych przez wykonawcę. Jak wynika z treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp *„W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców*

wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”

Oznacza to, że wyjaśnienia składane przez wykonawców, stanowią oświadczenia wiedzy, odnoszące się do treści złożonej oferty (a więc odnoszą się do ustalonego w procesie ofertowania stanu rzeczy) i jako takie nie wymagają zachowania sposobu reprezentacji właściwego dla oświadczeń woli, w ścisłym tego znaczeniu. Wyjaśnienia bowiem, jak sama nazwa wskazuje, nie służą i nie mogą stanowić modyfikacji wcześniej złożonych oświadczeń woli, a jedynie wskazują na ich rzeczywistą treść, która powinna być zgodna z intencją osoby, która złożyła oświadczenie woli w ramach procesu ofertowania. Jeżeli zatem Przystępujący nie zaoferował żadnego systemu równoważnego do określonego w dokumentacji wykonawczej, to potwierdzenie tego faktu (zawarte w piśmie z dnia 15.04.2019 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12.04.2019 r.) nie stanowi oświadczenia woli, lecz klasyczne oświadczenie wiedzy, które może być złożone przez osobę dysponującą tą wiedzą. Jak bowiem wynika ze złożonej Zamawiającemu umowy wykonawczej konsorcjum z dnia 02.04.2019 r. (podpisanej przez osoby uprawnione do reprezentacji obu członków Konsorcjum) p. M. P. jest członkiem Komitetu Wykonawczego ze strony PPHU TEL-POŻ-SYSTEM Iskra Spółka z o.o., zaś sama rola tego Komitetu dotyczy etapu realizacji robót, do którego odnosiło się wezwanie Zamawiającego z dnia 12.04.2019 r. (dotyczące sposobu realizacji robót w zakresie zaoferowanego systemu ociepleniowego oraz rodzaju zaoferowanej stolarki okiennej). Złożona Zamawiającemu umowa wykonawcza konsorcjum (podpisana zgodnie z reprezentacją przez obu członków Przystępującego Konsorcjum) uprawnia p. M. P. do składania oświadczeń woli i wiedzy odnoszących się do sposobu realizacji świadczenia w postaci robót budowlanych.

Zdaniem Izby zgodzić się również należy z Przystępującym, że ustawa Pzp nie zawiera wprost przesłanki odrzucenia oferty związanej z brakiem wyjaśnień jej treści. Zamawiający bowiem w każdym przypadku otrzymania niepełnych, niezrozumiałych wyjaśnień, jak również np. wadliwych z przyczyn formalnych (np. ze względu na niewłaściwa reprezentację) w każdym wypadku może takie wezwanie ponowić lub wezwać do uzupełnienia dokumentu wskazującego na właściwe umocowanie osoby, która je podpisała. Dodatkowo należy wskazać, iż za nieprawidłową należy również uznać podstawę prawną postawionego zarzutu. Nie można bowiem w tym wypadku mówić o okoliczności, że oferta jako całość jest niezgodna na podstawie odrębnych przepisów i z tego powodu powinna podlegać odrzuceniu. Zamawiający kierując do Przystępującego wezwanie oparte o treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oparł je na dwóch okolicznościach związanych z merytoryczną treścią oferty, tj. kwestią zaoferowanego systemu docieplenia obiektu oraz zaoferowanym

systemem stolarki okiennej wnosząc o wyjaśnienie, czy zaoferowane systemu są zgodne ze wskazanymi w projekcie wykonawczym, czy też są to rozwiązania równoważne. Gdyby Przystępujący zaoferował rozwiązania równoważne byłby zobligowany stosownymi dowodami wykazać istnienie tej równoważności. Zaniechanie w tym zakresie mogłoby skutkować ewentualnym odrzuceniem oferty, jednakże w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jeżeli proces wyjaśniania wykazał, że oferowane rozwiązania są zgodne z tymi, które wskazywał przykładowo projekt wykonawczy, jak wskazano na wstępie, oświadczenie w tym zakresie miało charakter typowego oświadczenia wiedzy o przedmiocie oferty, do którego złożenia był, w ocenie Izby, uprawniony p. M. P. – jako osoba umocowana przez obu członków Konsorcjum do reprezentowania Lidera w toku procesu inwestycyjnego – co jednoznacznie wynika z treści umowy wykonawczej konsorcjum z dnia 02.04.2019 r. Analiza wezwania do złożenia wyjaśnień pozwala bowiem na przyjęcie, że celem Zamawiającego było uzyskanie wiedzy na temat zakresu zaoferowanego świadczenia, nie zaś modyfikacja tego oświadczenia lub jego uzupełnienie. Stąd też Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Choć Zamawiający złożył wniosek o przyznanie kosztów zastępstwa procesowego Izba nie uwzględniła tego wniosku ze względu na brak dowodu ich poniesienia (w postaci rachunku, bądź faktury). Zgodnie z treścią § 3 pkt 2 lit. b) ww. Rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wynagrodzenie pełnomocników w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....