

Sygn. akt KIO 683/12

Sygn. akt KIO 687/12

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS-BUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (pełnomocnik), Synkret Spółki Akcyjnej w Bytomiu oraz w dniu 6 kwietnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MOLEWSKI Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chodczu (pełnomocnik), Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Kazimierzu Biskupim, PROFITECT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łasku, Firma Projektowo-Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. w Kaliszu

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Zabrze oraz Zabrzeńskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Spółki Akcyjnej w Gliwicach (pełnomocnik), HYDROINSTALMET Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. w Zabrzu, Zakład Instalacji Budowlanych Witold Szostak, Andrzej Duda Spółki jawnej w Gliwicach, Reminstal Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach, Miejskie przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 683/12 oraz KIO 687/12 po stronie zamawiającego;
- MOLEWSKI Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chodczu (pełnomocnik), Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Kazimierzu Biskupim, PROFITECT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łasku, Firma

Projektowo-Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w Kaliszu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 687/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS-BUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (pełnomocnik), Synkret Spółki Akcyjnej w Bytomiu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MOLEWSKI Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chodczu (pełnomocnik), Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Kazimierzu Biskupim, PROFITECT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łasku, Firma Projektowo-Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w Kaliszu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS-BUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (pełnomocnik), Synkret Spółki Akcyjnej w Bytomiu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MOLEWSKI Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chodczu (pełnomocnik), Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Kazimierzu Biskupim, PROFITECT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łasku, Firma Projektowo-Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w Kaliszu;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS-BUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (pełnomocnik), Synkret Spółki Akcyjnej w Bytomiu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MOLEWSKI Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chodczu (pełnomocnik), Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Kazimierzu Biskupim, PROFITECT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łasku, Firma Projektowo-Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w Kaliszu kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z

tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w tym kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS-BUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (pełnomocnik), Synkret Spółki Akcyjnej w Bytomiu oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MOLEWSKI Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chodczu (pełnomocnik), Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Kazimierzu Biskupim, PROFITECT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łasku, Firma Projektowo-Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w Kaliszu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 683/12

Sygn. akt KIO 687/12

Uzasadnienie

Miasto Zabrze i Zabrzeńskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, zwani dalej łącznie „zamawiającym”, prowadzą w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. zwaną dalej „ustawą” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest kontrakt 6 pn. „Poprawa gospodarki ściekowej w dzielnicy Mikulczyce (Etap II i III)” w ramach Projektu pn. „Poprawa gospodarki wodnościekowej na terenie Gminy Zabrze. Etap II”.

Wartość zamówienia publicznego przewyższa kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 lipca 2011, pod numerem 2011/S 132-219383.

28 marca 2012 r. zamawiający *via fax* poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Zamawiający odrzucił oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Synkret Spółka Akcyjna w Bytomiu, zwanego dalej: „Konsorcjum IDS-BUD” oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MOLEWSKI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chodczu, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kazimierzu Biskupim, PROFITECT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łasku, Firma Projektowo-Budowlana Zakład instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o. Sp.k. w Kaliszu, zwanego dalej: „Konsorcjum MOLEWSKI”. Za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Spółka Akcyjna w Gliwicach, HYDROINSTALMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, Zakład Instalacji Budowlanych Witold Szostek, Andrzej Duda Spółka Jawna w Gliwicach, Reminstal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach, Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, zwanego dalej „Konsorcjum PRUiM”.

Wobec wymienionych czynności zostały wniesione odwołania.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum IDS-BUD (KIO 683/12):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego;

- art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty;
- art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „specyfikacją” niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;
- art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum PRUiM;
- art. 7 ust. 1 Pzp i innych przepisów ustawy wymienionych w treści odwołania. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności: wyboru Jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum PRUiM, odrzucenia oferty odwołującego oraz o nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty, poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania wywołanego wniesieniem odwołania.

W uzasadnieniu podniósł, że nie może stać się podstawą odrzucenia oferty wskazanie w załączniku nr 2 do oferty 21 miesięcy jako „Czasu na Ukończenie”, mimo iż zgodnie z pkt 8 Instrukcji dla wykonawców, zwanej dalej: „IDW”, termin wykonania zamówienia określony został przez zamawiającego na 18 miesięcy. Odwołujący wskazał, że w pkt 1.1) i 1.2) Formularza Oferty zawarł oświadczenie, że zapoznał się z treścią specyfikacji i że gwarantuje wykonanie całości zamówienia zgodnie z treścią: specyfikacji, wyjaśnień do specyfikacji oraz jej zmian, a w pkt 1.6) tego Formularza zadeklarował, że akceptuje bez zastrzeżeń Wzór Umowy przedstawiony w Części II specyfikacji. Odwołujący uznał, że choćby z pkt 1.2) Formularza Oferty w zw. z pkt 8 IDW, stanowiącej część specyfikacji, wynika zobowiązanie do wykonania zamówienia w czasie na ukończenie wynoszącym 18 miesięcy.

Wywiódł, że zamawiający działając z należytą starannością, do której jest zobowiązany, powinien dostrzec rozbieżność pomiędzy deklaracjami zawartymi w Formularzu Oferty a informacją zawartą w Załączniku do Oferty. Podniósł, że skoro oferta stanowi oświadczenie woli wykonawcy, to obowiązkiem zamawiającego było dokonanie samodzielnej oceny oświadczeń odwołującego z uwzględnieniem art. 65 k.c. prowadzącej do uznania, iż rzeczywistą wolą odwołującego było wykonanie zamówienia w terminie 18 miesięcy lub zwrócenie się do odwołującego z żądaniem wyjaśnienia dotyczącego zadeklarowanego terminu wykonania zamówienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Odstąpienie od wyjaśnień nie tylko narusza przywołany przepis, lecz jest niezgodne z pkt 26.2 IDW.

Odwołujący wywiódł, że deklaracje zawierane w formularzach oferty służą nadaniu ofercie charakteru stanowczego - potwierdzają zdecydowaną i jednoznaczną wolę wykonawcy

zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w specyfikacji, zatem wykładnia innych elementów oferty winna być dokonywana przez pryzmat takich deklaracji. Zamawiający nie może ich bagatelizować, a tym bardziej pomijać przy badaniu i ocenie ofert.

Odwołujący wskazał na art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp przyznający wykonawcy prawo odmowy zgody na poprawienie omyłki, jeżeli ingerencja zamawiającego zniekształca rzeczywistą wolę wykonawcy. Wskazał również, że dzień wcześniej przed złożeniem odrzuconej oferty odwołujący składał u tego samego zamawiającego, dwie inne oferty na dwa inne zadania w ramach tego samego projektu (Kontrakty Nr 1 i 3). Oferty różniły się wyłącznie nazwą zadania, ewentualnie składem wykonawców oraz Czasem na ukończenie, który w przypadku Kontraktów nr 1 i nr 3 wynosił 21 miesięcy. Uznał, że powyższe wskazuje na omyłkowy charakter uchybienia odwołującego oraz skłania do rozważenia zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp - uznania nieprawidłowości w Formularzu Oferty za oczywistą omyłkę pisarską.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum MOLEWSKI (KIO 687/12):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu bezzasadne odrzucenie jego oferty, zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu potwierdzenia następstwa prawnego pomiędzy wykonawcą Piotrem Kłosińskim prowadzącym działalność gospodarczą jako osoba fizyczna, a spółką „Firma Projektowo - Budowlaną Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o. Sp.k. w Kaliszu i tym samym dokonanie błędnego wyboru najkorzystniejszej oferty Wskazując na naruszenie w szczególności art. 7 ust. 1 i 3, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 i 2 Pzp wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, uznania, iż najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez odwołującego.

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający błędnie uznał, że ofertę złożył wykonawca niezaproszony do składania ofert. Powołał, że w skład konsorcjum składającego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wchodził między innymi wykonawca Piotr Kłosiński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Projektowo - Budowlana „PROTEK” Zakład Instalacji Sanitarnych. W okresie po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a przed złożeniem oferty, wykonawca dokonał zmian organizacyjnych i prawnych – wniósł całe swoje przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ k.c. jako wkładu niepieniężnego do spółki Firma Projektowo - Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o. Sp.k. w Kaliszu. Wynika to wprost z § 2 ust. 4 i § 8 ust. 1 pkt. 2 aktu notarialnego rep. A 6662/2011. Akt ten dołączono do oferty konsorcjum wraz z

oświadczeniem z dnia 2 lutego 2012 roku, z którego wynika następstwo prawne (sukcesja uniwersalna). Oznacza to, że spółka stała się ogólnym następcą prawnym przedsiębiorcy Piotra Kłosińskiego w zakresie prowadzonego przez niego przedsiębiorstwa i nabyła wszelkie prawa związane z tym przedsiębiorstwem, w tym w szczególności prawa związane z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wywiódł, że ustawodawca nie zakazuje w postępowaniu przetargowym w trybie przetargu ograniczonego możliwości dokonania zmian podmiotowych po stronie wykonawcy. Powołał orzecznictwo Izby: postanowienie z dnia 23 lutego 2011 roku - sygn. akt. KIO/295/11, wyrok z dnia 12 października 2009 roku - sygn. akt. KIO/UZP 1216/09 oraz opinię UZP z dnia 16 marca 2010 roku. Wskazał również postanowienie z dnia 25 stycznia 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 5/10 z którego wynika, że zamawiający winien zbadać jaki w rzeczywistości podmiot złożył ofertę oraz, że źródłem wiedzy o składzie konsorcjum jest nie tylko formularz ofertowy ale również pozostałe złożone wraz z ofertą dokumenty i oświadczenia.

Odwołujący podniósł, że błędne jest utożsamianie czynności zamawiającego polegającą na wystosowaniu zaproszenia do składania ofert z uprawnieniem wykonawcy do złożenia oferty. Zaadresowanie zaproszenia do konsorcjum z udziałem Piotra Kłosińskiego, ma charakter wyłącznie wady formalnej dotyczącej czynności zamawiającego, ale w żadnym wypadku nie pozbawia spółki nabywającej przedsiębiorstwo prawa do złożenia oferty, które weszło w skład nabywanego przedsiębiorstwa. Zarzucił, że jeżeli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości dotyczącej oferty odwołującego, to powinien zażądać ewentualnie złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a tego bezpodstawnie nie uczynił.

Odwołujący stwierdził, że ustawa nie zawiera żadnego przepisu wskazującego, że odwołujący nie dopełnił aktu staranności informując przed złożeniem oferty o zbyciu przedsiębiorstwa przez jednego z członków Konsorcjum MOLEWSKI.

Podkreślił, że konsorcjum jest faktycznie zobowiązane podawać tego rodzaju informacje i dowody Zamawiającemu, ale negatywne konsekwencje mogą nastąpić dopiero po prawidłowym wezwaniu wykonawcy do przedstawienia odpowiednich wyjaśnień i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, o których stanowi art. 25 ust. 1 zd. 1 Pzp. Odwołujący wywiódł, że art. 25 ust. 1 Pzp odnosi się nie tylko do dokumentów potwierdzających spełnienie warunków podmiotowych i przedmiotowych udziału w postępowaniu czy pełnomocnictw. Nadto odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp nakłada na zamawiającego udowodnienia przesłanek zastosowania tego przepisu - zamawiający musi zgromadzić dowody na potwierdzenie faktu, że Firma Projektowo - Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o. Sp.k. nie jest następcą prawnym Piotra Kłosińskiego.

Odwołujący uznał za niezrozumiały zarzut zamawiającego o wadzie pełnomocnictwa wystawionego dla Katarzyny Knapińskiej. Wywiódł, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa Izby nie powinien budzić wątpliwości fakt, że działała ona w imieniu i na rzecz całego Konsorcjum MOLEWSKI oraz że zamawiający miał obowiązek wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa, a tego nie uczynił. Przywołał wyroki Izby z dnia 26 lipca 2011 roku, sygn. akt KIO 1467/11, z dnia 7 kwietnia 2011 roku, sygn. akt KIO 635/11, a także wyrok z dnia 18 maja 2010 roku, w sprawie KIO/UZP 773/10.

Wskazał, że prawidłowość takiego rozumowania oparta jest na wykładni art. 60, 61, 65 k.c. w zw. z art. 14 Pzp.

Izba ustaliła w czasie posiedzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, a wobec zgłoszenia sprzeciwu przez przystępującego odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie.

Strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska, odwołujący złożył kopie pism wskazanych w odwołaniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum IDS-BUD (KIO 683/12):

Odwołujący spełnił przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę z ceną drugą w kolejności, po odrzuconej ofercie Konsorcjum MOLEWSKI. Cena jest jedynym kryterium oceny ofert. Naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego godzą w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz grożą poniesieniem przez niego szkody.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

Zgodnie z pkt 8 Instrukcji dla wykonawców, zwanej dalej: „IDW”, termin wykonania zamówienia wynosi 30 miesięcy, z czego czas na ukończenie wynosi 18 miesięcy, zaś okres zgłaszania wad wynosi 12 miesięcy.

Zamawiający sporządził wzór formularza oferty. Pkt 1.1) i 1.2) Formularza Oferty zawiera oświadczenie wykonawcy, że zapoznał się z treścią specyfikacji i że gwarantuje wykonanie całości zamówienia zgodnie z treścią: specyfikacji, wyjaśnień do specyfikacji oraz jej zmian. Pkt 1.6) stanowi oświadczenie wykonawcy, że akceptuje bez zastrzeżeń Wzór Umowy przedstawiony w Części II specyfikacji.

Wzór umowy nie wskazuje terminu na ukończenie, odsyła w tym zakresie do załącznika do oferty.

Zamawiający wskazał w pkt 12.2.3 IDW, by stosowne wypełnienia we wzorach dokumentów stanowiących załączniki do IDW i wchodzących w skład oferty wykonawcy wykonali ręcznie, komputerowo lub maszynowo. Załącznik nr 2 do oferty podlega wypełnieniu przez wykonawców również w części dotyczącej wskazania czasu na ukończenie.

Odwołujący złożył formularz oferty o treści ustalonej przez zamawiającego, a w załączniku nr 2 do oferty wskazał 21 miesięcy jako „czas na ukończenie”.

Oferta odwołującego nie podlega poprawieniu i zamawiający prawidłowo dokonał jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przywołany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 89 ust. 2 pkt 3. Ten z kolei przepis nakazuje zamawiającemu poprawienie omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi integralne oświadczenie woli wykonawcy, którego jednokrotne złożenie wywiera skutki prawne.

Zgodnie bowiem z art. 82 ust. 1 i 3 Pzp wykonawca może złożyć jedną ofertę, której treść musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nadto art. 87 ust. 1 Pzp wprowadza zakaz negocjacji treści oferty oraz, za wyjątkami wskazanymi w ust. 1a i 2, dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Wskazany art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest regulacją będącą wyjątkiem od powołanych reguł, zatem nie może podlegać wykładni rozszerzającej.

Omyłka we wskazaniu czasu na ukończenie nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, jej stwierdzenie nie jest możliwe bez odwołania się do innych dokumentów: specyfikacji i ofert złożonych w innych postępowaniach.

Do poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp niezbędne jest łączne spełnienie dwóch przesłanek: zaistnienia niezgodności oferty ze specyfikacją skutkiem omyłki, nieistotności zmian wprowadzonych przez poprawę. Wymienione przesłanki mają charakter ocenny oraz nieostry i podlegają badaniu *ad casum* w danych okoliczności sprawy.

Nie jest sporne między stronami, że podanie czasu na ukończenie 21 miesięcy nastąpiło skutkiem omyłki. Złożone przez odwołującego formularze ofertowe z innych postępowań prowadzonych przez zamawiającego w tym samym czasie, w ramach tego samego projektu, stanowią dowody na okoliczność bezsporną. Sporna jest między stronami jedynie dopuszczalność poprawienia tej omyłki – przesłanka istotności.

W ocenie Izby, z samego faktu złożenia przez odwołującego sprzecznych ze sobą oświadczeń, nie można wywodzić obowiązku zamawiającego domniemywania woli wykonawcy i dokonywania poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wewnętrzna sprzeczność oferty jest możliwa do usunięcia jedynie w granicach określonych przepisem.

O nieistotności ewentualnej zmiany nie może przesądzać, że odwołujący złożył blankietowe oświadczenie o woli realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, które zresztą nie wskazuje czasu na ukończenie. Sama deklaracja o wykonaniu zamówienia zgodnie ze specyfikacją nie sanuje uchybień zaistniałych w treści oferty. Wszak samo złożenie oferty w danym postępowaniu wyraża wolę wykonawcy wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Nietrafnie przywołuje odwołujący pkt 26.2 instrukcji dla wykonawców, w którym zamawiający wskazał, iż „Ocena zgodności oferty z treścią SIWZ przeprowadzona zostanie na podstawie analizy dokumentów i materiałów, jakie Wykonawca zawarł w swej ofercie, z zastrzeżeniem treści art. 26 ust. 3.” Odwołanie do art. 26 ust. 3 Pzp wskazuje, że to postanowienie specyfikacji odnosi się do dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp potwierdzających w danym postępowaniu spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań zamawiającego. Załącznik nr 2 do formularza oferty, nie jest dokumentem o charakterze przedmiotowym, więc podlegającym uzupełnieniu, lecz stanowi o treści oferty. Jest to okoliczność bezsporna, gdyby bowiem czas na ukończenie nie stanowił treści oferty niemożliwe byłoby jego poprawianie, czego domaga się odwołujący.

Wbrew twierdzeniom odwołującego odwołanie się do art. 65 k.c. pozwolić może wyłącznie na ustalenie, że odwołujący dopuścił się omyłki – wskazał czas na ukończenie taki sam jak w innych ofertach składanych temu samemu zamawiającemu w tym samym czasie. Nie pozwala natomiast na ustalenie, jaki był rzeczywisty zamysł wykonawcy, ani tym bardziej nie wskazuje nieistotności ewentualnie dokonanej zmiany.

Poprawienie czasu na ukończenie w ten sposób, że w miejsce 21 miesięcy zostałyby wskazanych 18 na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, może nastąpić jedynie w razie ustalenia, że zmiana taka miałaby charakter nieistotny dla całości oferty.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego i uznała, że zmiana czasu na ukończenie o 3 miesiące ma w okolicznościach sprawy charakter istotny.

Nie bez powodu ustawodawca wskazał w art. 86 ust. 4 Pzp termin jako jeden z elementów obligatoryjnie podawanych przez zamawiającego podczas otwarcia ofert – oprócz nazw i adresów wykonawców, cen, terminu wykonania zamówienia i okresu gwarancji. Zamówienia publiczne stanowią element finansów publicznych, których cechą jest dokonywanie wydatków w określonych terminach. Ranga tego elementu oferty wymaga badania możliwości dokonywania poprawy ze szczególną uwagą. Izba nie podziela natomiast poglądu zamawiającego, że wprowadzenie jakichkolwiek zmian w zakresie terminu zawsze będzie powodowało istotną zmianę treści oferty. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp pozwala na poprawienie każdego z elementów oferty, w tym również w zakresie *essentialia negotii*, o ile

zostaną spełnione przesłanki ustawowe. Czym innym jest bowiem istotny przedmiotowo element oferty, a czym innym istotny charakter poprawy treści oferty.

Zamawiający wskazał w informacji o odrzuceniu oferty, że termin wykonania robót jest dla niego istotny. Nadto w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie argumentował dodatkowo, że 3 miesiące, o jakie zmiana zostałaby dokonana jest długim okresem. Oceniał, że zmiana czasu na ukończenie odpowiadałaby istotnej zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego, której dokonanie jest zakazane z mocy art. 144 ust. 1 Pzp.

Odwołujący, nie odniósł się do tej argumentacji, mimo iż był o to pytany wprost w czasie rozprawy. Twierdzenia zamawiającego nie zostały zatem odparte. Nieistotność żądanej poprawy oferty odwołujący opierał jedynie na fakcie złożenia oświadczeń, w szczególności o deklaracji wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją. Jak wskazano wcześniej argumentacji tej Izba nie podziela.

Zatem zarówno ocena własna Izby, jak i stan sprawy ustalony w czasie rozprawy stosownie do art. 191 ust. 1 Pzp w oparciu o stanowiska stron i złożone dowody, nie potwierdzają tezy o możliwości poprawienia oferty odwołującego.

Skoro brak jest możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W konsekwencji zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 Pzp oraz innych przepisów wskazanych w odwołaniu. Omyłka, popełniona przez odwołującego ma charakter istotny, próżne jest zatem wyjaśnianie treści oferty.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum MOLEWSKI (KIO 687/12):

Odwołujący spełnił przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę z najniższą ceną. Cena jest jedynym kryterium oceny ofert. Naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego godzą w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz grożą poniesieniem przez niego szkody.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

Pismem z 11 sierpnia 2011r. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MOLEWSKI Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Sp. z o.o., PROFITECT Sp. z o.o., Piotr Kłosiński prowadzący działalność pod firmą Firma Projektowo-Budowlana PROTEK Zakład instalacji Sanitarnych Piotr Kłosiński. Ostatni z wykonawców złożył zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej z 29 lipca 2011r.

Po uzupełnieniu przez wymienionych wykonawców oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, pismem z 28 października 2011 zamawiający uznał, że wykonawcy spełnili warunki udziału w postępowaniu i 12 grudnia 2011r. dopuścił ich do udziału w postępowaniu i zaprosił ich do złożenia oferty.

Zamawiający otworzył oferty 8 lutego 2012r. Ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MOLEWSKI Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Sp. z o.o., PROFITECT Sp. z o.o., Firma Projektowo-Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o. Sp.k..

Wraz z ofertą złożono akt notarialny z 1 lipca 2011r. rep. A 6662/2011 w którym zawarto umowę - Firma Projektowo-Budowlana Zakład instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o. Sp.k.- zwanej dalej również jako: „spółka komandytowa”.

§ 2 ust. 4 umowy stanowi, że celem spółki komandytowej jest kontynuacja i dalszy rozwój przedsiębiorstwa działającego pod firmą Piotr Kłosiński Firma Projektowo-Budowlana „PROTEK” Zakład Instalacji Sanitarnych. § 8 ust. 1 pkt. 2 stanowi m.in., że Pan Piotr Kłosiński wnosi również wkład niepieniężny w postaci zorganizowanego przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ kodeksu cywilnego o wartości 7.873.000 zł, na które składa się w szczególności środki trwałe, wyposażenie oraz składniki niematerialne, ustalona renoma, zdolność kredytowa, doświadczenie zawodowe, organizacyjne i techniczne z referencjami. § 8 ust. 2 wskazuje, że Pan Piotr Kłosiński zobowiązuje się wnieść wkład niepieniężny w terminie dwóch miesięcy od dnia wpisu spółki do rejestru. Do oferty złożono również oświadczenie Firmy Projektowo-Budowlanej Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o. Sp.k. z 2 lutego 2012 i 6 lutego 2012 roku, w którym wskazano rejestrację spółki komandytowej 29 sierpnia 2011r. oraz wniesienie jako wkładu niepieniężnego zorganizowanego przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ kodeksu cywilnego 1 listopada 2011r. Z odpisu z KRS z 10 listopada 2011r. wynika, że rejestracji spółki komandytowej dokonano w dacie powołanej w piśmie. Odpis pełny z KRS zawiera informację, że wpis o wniesieniu wkładu niepieniężnego został dokonany 22 listopada 2011r. Postanowienie sądu rejestrowego zostało złożone na rozprawie.

Zgodnie z art. 55¹ kodeksu cywilnego przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. Art. 55² stanowi, że czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo z przepisów szczególnych.

Pojęcie przedsiębiorstwa oraz zagadnienia związane ze zbyciem przedsiębiorstwa należą do skomplikowanych zagadnień prawa cywilnego. W doktrynie i orzecznictwie wyrażane są zarówno poglądy o uniwersalnym, jak i syngularnym charakterze sukcesji wynikającej z

umowy zbycia. Na syngularny charakter sukcesji wskazuje m.in. orzeczenie Sądu Najwyższego z 27 marca 2000 r. III CKN 633/98, *LEX nr 50709*.

Nadto spotkać się można ze stanowiskami wskazującymi zarówno na jedynie zobowiązujący, jak i zobowiązująco-rozporządzający skutek umowy mającej za przedmiot przedsiębiorstwo.

Należy też podkreślić, że zagadnienie leżące u podstaw niniejszego sporu nie występowało dotychczas w orzecznictwie Izby.

Teza zawarta w postanowieniu z 23 lutego 2011 roku (KIO 295/11) odnosiła się do kwestii relacji między wykonawcą a podmiotem udostępniającym swe zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, wyrok z 12 października 2009 roku (KIO/UZP 1216/09) za podstawę faktyczną miało przekształcenia spółek kapitałowych. Opinia UZP z 16 marca 2010 dotyczyła możliwości powołania się na wiedzę i doświadczenie uzyskane przy prowadzeniu zbywanego przedsiębiorstwa. Tymczasem zarzut odwołania dotyczy wniesienia przedsiębiorstwa przez osobę fizyczną do spółki osobowej, w sytuacji, gdy osoba ta po zbyciu przedsiębiorstwa kontynuuje – co najmniej formalnie – prowadzenie działalności gospodarczej. Rozstrzygnięcie sporu dotyka również kwestii momentu powstania uprawnienia do złożenia oferty i możliwości jego zbycia w sytuacji opisanego zbycia przedsiębiorstwa.

Badając odwołanie skład orzekający miał na względzie, że zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp Izba rozpoznaje odwołania wyłącznie od niezgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych czynności zamawiającego oraz zaniechania przez zamawiającego czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy oraz, że przepisy kodeksu cywilnego z mocy art. 14 Pzp nie mają pierwszeństwa przed przepisami ustawy.

Izba dostrzegła, że odwołujący na rozprawie prezentował inny pogląd prawny, nie zawarty w odwołaniu. W odwołaniu wskazywał postanowienia aktu notarialnego - umowy zawiązania spółki komandytowej i oświadczenia, zgodnie z którymi wniesienie przedsiębiorstwa przez Pana Piotra Kłosińskiego w formie aportu nastąpiło w dniu 1 listopada 2011r. Natomiast na rozprawie powoływał, że z uwagi na brzmienie art. 103 k.s.h. nakazującego z braku innych regulacji do spółki komandytowej stosowanie przepisów o spółce jawnej, należy odwołać się do brzmienia art. 48 § 3 k.s.h. stanowiącego, że prawa, które wspólnik zobowiązuje się wnieść do spółki, uważa się za przeniesione na spółkę. Odwołujący wskazywał w oparciu przywołane przepisy, że skutek zbycia przedsiębiorstwa nastąpił już w dacie zawiązania spółki.

Pogląd odwołującego stanowi *de facto* zarzut nie podniesiony w odwołaniu, gdyż zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie winno zawierać m.in. uzasadniające je okoliczności prawne, a przywołane okoliczności prawne nie zostały podniesione w treści odwołania.

Jednak nawet wzięcie go pod uwagę nie prowadzi do uznania, że odrzucenie oferty odwołującego narusza przepisy ustawy.

Zgodnie z art. 47 Pzp przetarg ograniczony to taki tryb udzielania zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a oferty składają wykonawcy zaproszeni do składania ofert. Kolejno art. 51 ust. 1 *in initio* Pzp wskazuje, że zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Zaproszenie do złożenia oferty może otrzymać jedynie taki wykonawca, który został zweryfikowany przez zamawiającego - uznany za wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu i zdolnego do realizacji zamówienia.

Przyjęcie poglądu odwołującego prezentowanego na rozprawie prowadzi zatem do uznania, że zamawiający ocenił spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz ustalił, że odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania uwzględniając w toku oceny przedsiębiorstwo Pana Piotra Kłosińskiego, który wyzbył się go już na rzecz podmiotu nie będącego członkiem konsorcjum.

Wynikają z tego co najmniej dwie konsekwencje. Po pierwsze: zaproszenie do złożenia oferty uzyskał wykonawca, który nie został oceniony przez zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy. W toku oceny wniosku zamawiający został wprowadzony w błąd, co do stanu faktycznego i prawnego prezentowanego w dokumentach złożonych przez odwołującego. Po drugie: nawet przy przyjęciu, że samo złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu rodzi jakiegokolwiek prawo podmiotowe po stronie wykonawcy, to powstałe uprawnienie - w okolicznościach sprawy - nie mogło wejść w skład zbywanego przedsiębiorstwa. Złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Konsorcjum MOLEWSKI nastąpiło 11 sierpnia 2011r. - po dacie zawiązania spółki komandytowej 1 lipca 2011r.. Jeśli, jak utrzymuje odwołujący wniesienie aportu miałyby nastąpić 1 lipca 2011r., to nie budzi wątpliwości, że w dacie otwarcia wniosków Pan Piotr Kłosiński wprawdzie posiadał status przedsiębiorcy wynikający z konstytutywnego wpisu do ewidencji działalności gospodarczej, jednak wyzbył się już przedsiębiorstwa, w skład którego powstałe uprawnienie miałyby wejść.

Izba nie podzieliła też stanowiska zawartego w odwołaniu.

Art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy niezaproszonego do złożenia oferty.

Przepis ten wskazuje na wagę czynności zaproszenia oraz chroni interes zamawiającego polegający na dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców, którzy zostali przez niego ocenieni jako zdolni do realizacji zamówienia - spełniający warunki udziału w postępowaniu i nie podlegający wykluczeniu. Zaproszenie do złożenia oferty

stanowi zdarzenie prawne - oświadczenie woli zamawiającego skierowane do oznaczonego kręgu wykonawców zmierzające do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Doniosłość prawna zaproszenia do złożenia oferty prowadzi do oceny, że art. 89 ust 1 pkt 5 wskazuje pośrednio na konieczności informowania zamawiającego o okolicznościach mogących mieć znaczenie dla prawidłowego skierowania zaproszenia. Skoro wykonawca składający ofertę musi wywieść jej podpisanie w sposób należyty, to tym bardziej na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania zamawiającemu swego uprawnienia do uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia - stosownie do trybu postępowania i etapu na jakim dane postępowanie się znajduje (*arg. a minore ad minus*).

Nietrafnie powołuje odwołujący, że skierowanie zaproszenia do złożenia oferty do konsorcjum z udziałem Pana Piotra Kłosińskiego stanowi wadę formalną czynności zamawiającego. Przeciwnie, wskazuje na niedołożenie przez odwołującego należytej staranności. Odwołujący był wzywany przez zamawiającego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp i miał sposobność poinformowania o zmianach w składzie konsorcjum wynikających z zawarcia umowy spółki komandytowej oraz wskazania swego następcy prawnego w postępowaniu.

Izba w składzie rozpoznającym odwołanie nie sprzeciwia się możliwości zmian podmiotowych po stronie wykonawcy w toku postępowania, wyraża jednak pogląd, że możliwość uczestnictwa w postępowaniu następcy prawnego wykonawcy powinna być badana indywidualnie w każdym przypadku, a mając na względzie, że zamawiający działa na rzecz zaspokojenia potrzeb szerszej zbiorowości, również ze szczególną ostrożnością.

Nie można tracić z oczu, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy - art. 7 ust. 3 Pzp. Wykonawca wybrany zgodnie z przepisami ustawy, to wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę oraz wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Nie budzi wątpliwości, że zbycie przedsiębiorstwa nie ma znaczenia dla wykazania spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. W razie przejęcia pracowników zgodnie z przepisami kodeksu pracy dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie powinno być kwestionowane. Jednak już spełnianie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej przez następcę prawnego wykonawcy nie jest oczywiste w każdym przypadku i wymaga uwzględnienia okoliczności faktycznych i prawnych następstwa. Nadto wykazanie braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 - 8 Pzp może rodzić istotne trudności.

Najistotniejszą dla sprawy jest jednak kwestia, czy uprawnienie do złożenia oferty jest prawem, które weszło do zbywanego przedsiębiorstwa Pana Piotra Kłosińskiego i wraz z nim

zostało wniesione w formie aportu do Firmy Projektowo-Budowlanej Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o. Sp.k..

Izba wyraża opinię, że źródłem uprawnienia do złożenia oferty w przetargu ograniczonym nie jest złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ani nawet - jeśli zamawiający odrębnie przesyła informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaproszenie do złożenia ofert - otrzymanie przez wykonawcę informacji zamawiającego o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i dopuszczeniu do udziału w postępowaniu. Zgodnie z przywołanymi wcześniej art. 47 i art. 51 ust. 1 Pzp uprawnienie do złożenia oferty powstaje z chwilą otrzymania zaproszenia do tej czynności.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca nie kształtuje swojej sytuacji prawnej jedynie mocą swych czynności. W tej specyficznej procedurze źródłem zachowania uczestników postępowania jest działanie zamawiającego wyrażone w przewidzianej przepisami formie.

Można uznać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności prowadzonego w trybach wieloetapowych: przetargu ograniczonego, dialogu konkurencyjnego, negocjacji z ogłoszeniem lub bez ogłoszenia, tworzy się stan określany jako ekspektatywa prawa.

Stroniąc w tym miejscu od dalszych rozważań teoretycznych Izba wyraża pogląd, że w przetargu ograniczonym ekspektatywa prawa do złożenia oferty mogłaby ewentualnie powstać w sytuacji, gdy zamawiający oddzielenie informuje o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a dopiero potem zaprasza do składania ofert. Wówczas dopiero kształtuje się stan oczekiwania prawnego wykonawcy na wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia - przez złożenie oferty. Ekspektatywa jest rodzajem prawa tymczasowego i decydująca jest jej konkretyzacja w stopniu uzasadniającym przyjęcie, że uzupełnienie dodatkowego, brakującego elementu jest zdolne przekształcić je w pełne, definitywne prawo. Tym elementem konkretyzującym jest, w ocenie Izby, zaproszenie do złożenia oferty.

Samo złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest niewystarczające dla przyjęcia zaistnienia owego „prawa tymczasowego”. Złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niesie za sobą wyłącznie obowiązek oceny wniosku przez zamawiającego przez zamawiającego.

Istotny jest przy tym element czasu. Aby ekspektatywa prawa do złożenia oferty lub uprawnienie do złożenia oferty mogły wejść w skład przedsiębiorstwa Pana Piotra Kłosińskiego, otrzymanie informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i dopuszczeniu do udziału w postępowaniu lub zaproszenia do złożenia oferty powinno poprzedzać zbycie przedsiębiorstwa - wniesienie go w formie aportu do spółki komandytowej. Jeżeli najpierw zamawiający skierowałby stosowną informację do odwołującego, następnie a zawarto umowę spółki i dokonano wniesienia aportu, to w

momencie zbycia przedsiębiorstwa w jego skład wchodził już składnik niemajątkowy w postaci prawa do złożenia oferty lub wyraźnego załączka przyszłego prawa do złożenia oferty. Przy odwrotnej kolejności, w momencie zbywania przedsiębiorstwa, nie było takiej sytuacji prawnej.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt okoliczności faktycznych sporu, Izba uznała, że skoro zawarcie umowy spółki i wniesienie przedsiębiorstwa Pana Piotra Kłosińskiego nastąpiło przed zaproszeniem do złożenia oferty, to uprawnienie do złożenia oferty, ani ekspektatywa tego prawa (w myśl przedstawionych rozważań espektatywa nie powstała w ogóle) nie weszły w skład przedsiębiorstwa Pana Piotra Kłosińskiego. Uprawnienie do złożenia oferty nie mogło zatem podzielić losu prawnego przedsiębiorstwa i zostać wniesione jako aport do spółki komandytowej. W przypadku zbycia przedsiębiorstwa niezależnie od rodzaju sukcesji następcą prawny nie może uzyskać więcej praw, niż miał ich zbywca (zasada „*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*”).

W konsekwencji odwołujący nie jest wykonawcą uprawnionym do złożenia oferty. Uprawnienia tego nie posiada jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Firma Projektowo-Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o. Sp.k. co pociąga za sobą konieczność uznania, że uprawnienie to nie istnieje po stronie wszystkich wykonawców tworzących konsorcjum, a to stosownie do art. 23 ust. 3 Pzp.

Wobec powyższego zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

MOLEWSKI Sp. z o.o. – pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ustanowiony zgodnie z art. 23 ust. 2 Pzp 27 stycznia 2012r. udzielił pełnomocnictwa Pani Katarzynie Knapińskiej. Treść pełnomocnictwa upoważnia m.in. do samodzielnej reprezentacji spółki w badanym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W pełnomocnictwie stwierdzono również, że w razie jakichkolwiek wątpliwości, co do zakresu umocowania pełnomocnictwo to należy rozumieć jak najszerzej (t.j. jakby były działaniami samego Mocodawcy, podjętymi na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przywołane sformułowanie w sposób wystarczający wskazuje możliwość działania Pani Katarzyny Knapińskiej w imieniu wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Do wykładni oświadczenia woli, jakim jest pełnomocnictwo stosuje się art. 65 § 1 k.c. w związku z art. 14 Pzp.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko odwołującego, co jednak nie może przynieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania. Oferta odwołującego podlega odrzuceniu zatem uznanie, że ofertę podpisała osoba uprawniona, nie miałoby nawet hipotetycznego wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyników postępowania odwoławczego, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp Izba wydała orzeczenie łączne.

Przewodniczący: