

Znak sprawy: IZP-I.271.5.2021

Iłowa, dnia 07 lipca 2021r.

LMX Sp. z o.o.
Ul. Rzeźnicka 86
68-100 Żagań

Sprawa dotyczy: **Termomodernizacji budynku świetlicy wiejskiej w Jankowej Żagańskiej**

Działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r. poz. 2019 ze zmianami) odrzucam ofertę złożoną w postępowaniu przetargowym prowadzonym w trybie podstawowym - wariant I pn. **Termomodernizacja budynku świetlicy wiejskiej w Jankowej Żagańskiej** ogłoszonym 24 marca 2021r. nr 2021/BZP 00022274/01 z uwagi na brak spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit a) Specyfikacji Warunków Zamówienia.

W dniu 15 kwietnia 2021r. Wykonawca LMX Sp. z o.o. ul. Rzeźnicka 86, 68-100 Żagań, złożył ofertę w postępowaniu przetargowym jw. W pkt 5 załącznika nr 2 do SWZ - *Formularz ofertowy* Wykonawca wskazał, że nie zamierza powierzyć części zadania podwykonawcom. Do oferty Wykonawca dołączył załącznik nr 3 do SWZ, który w pkt. 3 *Oświadczenie dotyczące podmiotu, na zasoby podmiotu którego powołuje się Wykonawca* zostało przekreślone, oraz załącznik nr 4 *Oświadczenie Wykonawcy dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu*, z którego w pkt *Informacja w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów* wynika, że Wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie polega na zasobach innych podmiotów.

W toku analizy złożonej oferty Zamawiający pismem z dnia 25 maja 2021r. wezwał do złożenia dokumentów wymienionych w Rozdziale XVII Specyfikacji Warunków Zamówienia, celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym w terminie do dnia 2 czerwca 2021r. W odpowiedzi Wykonawca w dniu 02 czerwca 2021r. złożył:

- informację o wniesieniu aportem do spółki LMX doświadczenia firmy LIMAR Mariusz Linkiewicz,
- postanowienie Sądu Rejonowego w Zielonej Górze z dnia 10 września 2019r. o wpisie do Krajowego Rejestru Sądowego spółki LMX Sp. z o.o. pod nr 0000803364,
- umowę wniesienia aportu do spółki LMX Sp. z o.o. z dnia 15 lutego 2021r. polegającego na wniesieniu doświadczenia firmy LIMAR Mariusz Linkiewicz do spółki LMX Sp. z o.o.,
- Wykaz robót zgodnie z załącznikiem nr 6 do SWZ,
- Wykaz osób zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWZ,

- Oświadczenie wykonawcy dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ o treści zgodnej ze złożonym załącznikiem do oferty z dnia 15 kwietnia 2021r.,
- oświadczenie Wykonawcy dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ o treści zgodnej ze złożonym załącznikiem do oferty z dnia 15 kwietnia 2021r.

Na podstawie złożonych dokumentów Zamawiający pismem z dnia 14 czerwca 2021r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie przedmiotu, sposobu i trybu wniesienia aportu doświadczenia firmy LIMAR Mariusz Linkiewicz ul. Parkowa 2/7, 68-100 Żagań do spółki LMX Sp. z o.o. ul. Rzeźnicka 86, 68-100 Żagań.

W toku analizy dokumentów Zamawiający ustalił, że Wykonawca, firma LMX s. o.o. w załączniku nr 7 do SWZ – Wykaz robót budowlanych wskazał w zakresie doświadczenia robotę budowlaną wykonaną przez firmę LIMAR Mariusz Linkiewicz, ul. Parkowa 2/7, 68-100 Żagań. Do dokumentów dołączono również umowę wniesienia aportu do spółki LMX z o.o. z dnia 15 lutego 2021r. obejmującą wartość niematerialną i prawną w postaci doświadczenia firmy LIMAR Mariusz Linkiewicz. Przedłożona umowa określa przedmiot aportu jako doświadczenie uzyskane przez p. Mariusza Linkiewicza. Z przekazanych dokumentów nie wynika, aby umową albo innym aktem dokonano przeniesienia innych składników LIMAR Mariusz Linkiewicz. W związku z powyższym Zamawiający wniósł o wskazanie, czy ww. umowa jest jedyną umową w zakresie wniesienia aportem składników majątkowych lub niemajątkowych przez p. Mariusza Linkiewicza do Spółki wnosząc jednocześnie - w przypadku zawarcia również innych umów w tym zakresie – o ich przestanie w celu wyjaśnienia skuteczności przeniesienia doświadczenia na Spółkę. Ponadto Zamawiający za zasadne uznał ustosunkowanie się Wykonawcy do kwestii, prawnej dopuszczalności przeniesienia na Spółkę doświadczenia, bez przeniesienia innych zasobów LIMAR Mariusz Linkiewicz - o ile takie nie nastąpiły.

Zamawiający powziął – niezależnie od ww. kwestii – wątpliwości dotyczące formalnoprawnej skuteczności wniesienia aportu. Wskazano, że skuteczność wniesienia zasobów do Spółki uzależniona jest od prawidłowości prawnej podjętej czynności. Na podstawie wyroku KIO z dnia 13 maja 2014 r., KIO 873/14, Zamawiający wskazał, że „zgodnie z art. 255 § 1 Kodeksu spółek handlowych zmiana umowy spółki wymaga uchwały wspólników i wpisu do rejestru. Zatem zmiana umowy spółki jest skuteczna z chwilą wpisu do rejestru. Wpis ten ma charakter konstytutywny. Wyraźne określenie w art. 255 § 1 k.s.h. momentu skuteczności wpisu - dotyczy tak osób trzecich, jak i wspólników, gdyż we wszystkich przypadkach zmiany umowy spółki do ich skuteczności niezbędny jest wpis do KRS”.

Mając na względzie tytuł nadany umowie z dnia 15 lutego 2021r. jak również klauzulę §1 pkt 1 ww umowy, nawiązujące do instytucji aportu Zamawiający wskazał, że aport może zostać wniesiony jako wkład do Spółki w celu pokrycia udziału jak również w celu objęcia udziałów, już po zarejestrowaniu spółki, w związku z podwyższeniem kapitału zakładowego (podwyższenie wartości nominalnej udziałów istniejących lub ustanowienie nowych).

Zamawiający zwrócił również uwagę, że zgodnie z art. 158 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000r. Kodeksu spółek handlowych (Dz. U. z 2020r. poz. 1526 ze zmianami) zwanej

dalej „K.s.h.” jeżeli wkładem do spółki w celu pokrycia udziału ma być w całości albo w części wkład niepieniężny (aport), umowa spółki powinna szczegółowo określać przedmiot tego wkładu oraz osobę wspólnika wnoszącego aport, jak również liczbę i wartość nominalną objętych w zamian udziałów. Z przepisu tego pośrednio wynika zatem również konieczność określenia wartości wnoszonego aportu.

W orzecznictwie wskazuje się, że nawet w sytuacji, gdy umowa spółki przewiduje możliwość podwyższenia kapitału zakładowego bez zmiany umowy spółki (w określonej wysokości i w określonym czasie), podjęcie uchwały wspólników o podwyższeniu kapitału zakładowego nie będzie wystarczające w wypadku wniesienia do spółki aportu. Przyjmując powyższe stanowisko, w każdym wypadku, gdy do spółki wnoszony jest aport, umowa spółki z o.o. powinna szczegółowo wskazywać ww. informacje dotyczące aportu.

W związku z niedającymi się uchylić wątpliwościami w zakresie skuteczności wniesienia aportu - niezależnie od wątpliwości dotyczących możliwości przeniesienia aportem wyłącznie, samodzielnego doświadczenia – Zamawiający wniósł o przekazanie aktualnej umowy spółki, której treść może wpływać na ustalenia o których mowa powyżej.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 257 § 1 K.s.h., jeżeli podwyższenie kapitału zakładowego następuje nie na mocy dotychczasowych postanowień umowy spółki, może ono nastąpić jedynie przez zmianę umowy spółki, a zmiana taka, zgodnie z art. 255 § 1 przywoływanej ustawy wymaga uchwały wspólników i wpisu do rejestru. Z powyższym związana jest dyspozycja art. 266 § 1 ustawy stanowiąca, że „zmianę umowy spółki zarząd zgłasza do sądu rejestrowego”. Wpis do rejestru ma charakter konstytutywny. Powyższe podkreśla się w orzecznictwie. Przykładowo WSA w Poznaniu w wyroku z dnia 23 marca 2017 r., III SA/Po 82/17 wskazał, że „we wszystkich przypadkach zmiany umowy spółki do ich skuteczności niezbędny jest wpis do KRS.”. „Skoro zarejestrowanie zmiany umowy spółki ma charakter konstytutywny, to z chwilą dokonania wpisu zmiana ta wywołuje skutek zarówno wobec osób trzecich, jak i w stosunkach wewnętrznych spółki.” (wyrok WSA w Poznaniu, z dnia 6 października 2016 r., I SA/Po 273/16).

Dokonana analiza KRS firmy LMX Sp. z o.o. (KRS nr 0000803364) z dnia 14 czerwca 2021r. w rubryce 8 podrubryka *Informacja o wniesieniu aportu* nie potwierdziła wniesienia aportu doświadczenia firmy LIMAR Mariusz Linkiewicz do spółki LMX Sp. z o.o. Opierając się zatem na aktualnym na dzień 14 czerwca 2021 r. odpisie pełnym KRS, Zamawiający uznał, że aport nie został wniesiony skutecznie.

Wykonawca, pismem z dnia 18 czerwca 2021r. złożył wyjaśnienia dotyczące umowy wniesienia aportu, zgodnie z którymi Wykonawca stwierdził, że wniesione umową z dnia 15 lutego 2021r. doświadczenie nie ma wartości materialnej, a tym samym nie wywołują zmiany struktury spółki LMX Sp. z o.o. Wykonawca za nietrafione uznał stanowisko Zamawiającego o konieczności zmiany umowy spółki, o której mowa w art. 255 § 1 ksh. Do wyjaśnień Wykonawca dołączył:

- umowę wniesienia aportu z dnia 15 lutego 2021r.
- Uchwałę nr 1/2021 Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników LMX Sp. z o.o. z dnia 15 lutego 2021r.

- Protokół Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników LMX Sp. z o.o. z dnia 15 lutego 2021r.
- listę obecności Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników LMX Sp. z o.o. z dnia 19 lutego 2021r.
- umowę użyczenia doświadczenia i referencji Mariusza Linkiewicza właściciela firmy LIMAR na rzecz spółki LMX Sp. z o.o. z dnia 5 kwietnia 2021r.

Zamawiający, po ponownej weryfikacji złożonych dokumentów uznał, że nie potwierdziły one spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4) SWZ wzywając jednocześnie do złożenia prawidłowego dokumentu, w którym nastąpi wykazanie dysponowania odpowiednim potencjałem w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający zwrócił również uwagę na fakt, że tezie o skutecznym wniesieniu doświadczenia p. Mariusza Linkiewicza aportem do spółki LMX zaprzecza również umowa użyczenia opatrzona datą sporządzenia 5 kwietnia 2021r.

Zamawiający wskazał, że złożona w dniu 18 czerwca 2021r. umowa użyczenia z dnia 5 kwietnia 2021r. ze względów formalnych nie może stanowić potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy P.z.p. precyzyjnie wskazuje termin, w którym Wykonawca winien określić, czy samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu czy też będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego. Zgodnie z cytowanym przepisem Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zaznaczono, że do oferty złożonej w dniu 15 kwietnia 2021r. Wykonawca nie dołączył zobowiązania, o którym mowa w art. 118 ust. 3 p.z.p. Ponadto sama oferta Wykonawcy złożona w przedmiotowym postępowaniu nie wskazuje, aby Wykonawca zamierzał w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego. Zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ Wykonawca w części dotyczącej oświadczenia o poleganiu na zasobach innego podmiotu wpisał „*nie dotyczy*”, co jednoznacznie wskazuje, nie zamierza polegać na zasobach innych podmiotów w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto zgodnie z art. 118 ust. 2 p.z.p. w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Cytowany przepis wskazuje, że w przypadku powoływania się na zasoby innego podmiotu, podmiot ten winien być podwykonawcą przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim swój zasób udostępnia. Nie ma bowiem w takim przypadku innej dopuszczalnej formy wykonywania robót budowlanych przez inny niż Wykonawca podmiot aniżeli poprzez podwykonawstwo. Powyższe stanowisko omówione zostało przez W. Dzierżanowskiego w Prawo zamówień publicznych. Komentarz (WKP 2021), który wskazał, iż „*W przypadku udostępnienia zasobów niezbędnych do wykazania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykształcenia, kwalifikacji*

zawodowych lub doświadczenia w postępowaniach na usługi lub roboty budowlane ustawa zakłada obowiązkowy udział podmiotu udostępniającego potencjał w wykonywaniu tej części zamówienia, do której dane zdolności są niezbędne. Powstaje więc zobowiązanie wykonawcy – gdyż to on jest stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego – do powierzenia wykonania odpowiedniej części zamówienia innemu podmiotowi. W związku z tym zamawiającemu przysługuje uprawnienie do żądania wykonania tej części zamówienia przez wskazany podmiot trzeci, którego podstawy prawnej należy poszukiwać bezpośrednio w przepisach ustawy – nie jest więc niezbędne regulowanie tej kwestii w umowie. Przepis ma charakter *ius cogens*, w związku z czym stronom umowy nie przysługuje uprawnienie do innego uregulowania udziału podmiotu trzeciego w opisanej sytuacji”.

Podobnie stwierdza H. Nowak i M. Winiarz w Prawo zamówień publicznych. Komentarz (UZP Warszawa 2021): „W myśl art. 118 ust. 2 Pzp wykonawca może powołać się na wymienione zdolności podmiotu trzeciego, jeśli podmiot ten **wykona** roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oznacza to, że w takich sytuacjach podmioty wspierające wykonawcę muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako **podwykonawcy**. Udział podmiotu trzeciego polegający np. wyłącznie na prowadzeniu działalności o charakterze doradczym lub szkoleniowym, nie gwarantuje, że wykonawcy zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia. Liczy się zatem tylko rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia. Zapobiec ma to również wsparciu pozornemu jedynie na etapie postępowania i jedynie w celu jego uzyskania przez wykonawcę. Wyklucza to możliwość prostego „zsumowania” doświadczenia wykonawcy z doświadczeniem podmiotu trzeciego. Powinno się uwzględniać tylko doświadczenie tego przedsiębiorcy, który rzeczywiście, tj. w sensie technicznym, wykona część zamówienia, do której doświadczenie się odnosi. Możliwość polegania na zdolnościach podwykonawcy w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia jest dana wykonawcy tylko w takim zakresie, w jakim **dysponuje zasobami** podwykonawcy, a więc tylko co do tej części zamówienia, której wykona-nie powierzy podwykonawcy.

Analiza oferty Wykonawcy z dnia 15 kwietnia 2021r. w pkt 5 jednoznacznie wskazuje, że Wykonawca nie zamierza powierzyć podwykonawcom żadnej części zadania.

Również wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 28 czerwca 2021r. (data wpływu 30 czerwca 2021r) wraz z dołączonymi dokumentami, w tym:

- zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby z dnia 14 kwietnia 2021r.
- oświadczeniem Wykonawcy dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ o treści niezgodnej ze złożonym załącznikiem do oferty z dnia 15 kwietnia 2021r.

nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit a) Specyfikacji Warunków Zamówienia. Analiza dokumentów, a zwłaszcza zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby z dnia 14 kwietnia 2021r. oraz treść zmienionego oświadczenia Wykonawcy dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu potwierdza wręcz, że Wykonawca nie spełnia samodzielnie postawionych przez

Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Także zawarte w piśmie datowanym na dzień 28 czerwca 2021r. wyjaśnienia nie mogą stanowić podstawy pozytywnej oceny złożonej oferty.

W pierwszej kolejności zwracam uwagę, że Zamawiający w korespondencji z Wykonawcą jednoznacznie w jasny sposób wzywał do złożenia wyjaśnień w zakresie przedmiotu, sposobu i trybu wniesienia aportu doświadczenia firmy LIMAR Mariusz Linkiewicz do spółki LMX Sp. z o.o. Ponadto ponownie wskazuję, że zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy P.z.p. Wykonawca, który polega na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby zobligowany jest złożyć wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zwracam uwagę, że wraz z ofertą Wykonawcy z dnia 14 kwietnia 2021r. żaden ze wskazanych dokumentów nie został załączony, a złożone dokumenty jednoznacznie wskazywały, że Wykonawca samodzielnie spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę wskazany powyżej stan prawny Zamawiający stwierdza, że Wykonawca LMX Sp. z o.o. ul. Rzeźnicka 86, 68-100 Żagań nie spełnia warunków określonych w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit a) Specyfikacji Warunków Zamówienia a oferta z dnia 15 kwietnia 2021r podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy P.z.p.

Aa IZP-I

BURMISTRZ

Paweł Lichtański