

Sygn. akt: KIO 1298/18

WYROK
z dnia 23 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2018 r. przez wykonawcę **M. K.**, prowadzącego działalność gospodarczą w Lublinie pod nazwą **DAJK P.H.U. M. K.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Potok Górny z siedzibą w Potoku Górnym**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **D. N. i A. N.**, prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą **P.W. Budmet, D. N., A. N.**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **D. N. i A. N.**, prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą **P.W. Budmet, D. N., A. N.** w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia:
 - a) oświadczeń, o których mowa w pkt 5.3.5 - 5.3.7 SIWZ złożonych w imieniu każdego ze współników spółki cywilnej z osobna,
 - b) dowodów opłacenia składki dla złożonych polis odpowiedzialności cywilnej i aneksów do nich,
 - c) certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami i cechami określonymi w kryterium oceny ofert „efektywność energetyczna urządzeń”,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **M. K.**, prowadzącego działalność gospodarczą **w Lublinie pod nazwą DAJK P.H.U. M. K.** w części ½ i zamawiającego **Gminę Potok Górny z siedzibą w Potoku Górnym** w części ½ i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M. K.**, prowadzącego działalność gospodarczą **w Lublinie pod nazwą DAJK P.H.U. M. K.** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3.600 zł 00 gr poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
- 3.2. zasądza od **Gminy Potok Górny z siedzibą w Potoku Górnym** na rzecz wykonawcy **M. K.**, prowadzącego działalność gospodarczą **w Lublinie pod nazwą DAJK P.H.U. M. K.** kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Zamościu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Potok Górny z siedzibą w Potoku Górnym – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa infrastruktury umożliwiającej wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w gminie Potok Górny”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 lutego 2018 r., nr 2018/S 032-069365.

22 czerwca 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy M. K., prowadzącemu działalność gospodarczą w Lublinie pod nazwą DAJK P.H.U. M. K., zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze w części II jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. N. i A. N., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą P.W. Budmet, D. N., A. N., zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- 3) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
- 4) zaniechania czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu,
- 5) zaniechania czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych

odwołujący wniósł 2 lipca 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 4 i § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zaniechanie wykluczenia przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu z powodu okoliczności, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 15, 22 i ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp;

- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów w postaci certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami i cechami określonymi w kryteriach oceny ofert (efektywności energetycznej zaoferowanych pieców), pomimo że złożone przez niego dokumenty nie potwierdzają parametrów zadeklarowanych w ofercie;
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia wykazu dostaw, pomimo że informacje, które zostały przedstawione przez niego w wykazie z dnia 25 kwietnia 2018 r. nie pozwalają na dokonanie przez zamawiającego oceny, czy wykonawca spełnia postawiony przez zamawiającego warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
- 5) § 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez zaniechanie zwrócenia się do wystawcy referencji z dnia 10 kwietnia 2018 r. - F.H.U. MINI-MAX S.C. do przedstawienia dodatkowych informacji lub dokumentów, które potwierdzą wykonanie przez przystępującego dostaw, o których mowa w poz. 2 wykazu, na warunkach w nim określonych;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie przepisów kodeksu cywilnego (brak przedstawienia pełnomocnictwa w formie pisemnej), ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wymaganych pełnomocnictw - pełnomocnictwa do złożenia oferty przez D. N. oraz pełnomocnictwa do reprezentowania obydwu wykonawców, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp;
- 7) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez udzielenie zamówienia przystępującemu, pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenia przystępującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
- 4) ewentualnie - wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów w postaci:
 - a) pełnomocnictwa do złożenia oferty dla wykonawcy D. N.;
 - b) certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami i cechami określonymi w kryteriach oceny ofert (efektywności energetycznej zaoferowanych pieców);

- c) wykazu dostaw wraz z dowodami, że wymienione w nich usługi zostały wykonane należycie;
- d) oświadczeń, o których mowa w pkt 5.3.5, 5.3.6 i 5.3.7 SIWZ, tj. oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia na podstawie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 15, 22 i ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że przystępujący nie wykazał, że spełnia postawiony przez zamawiającego warunek w postaci posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, pomimo że został wezwany do uzupełnienia złożonych w tym zakresie dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Dokumenty, które zostały złożone przez przystępującego w dniach 16 maja i 19 czerwca 2018 r., nie zawierają dowodu uiszczenia przez niego składek ubezpieczeniowych na rzecz ubezpieczyciela, który wystawił na jego rzecz polisy odpowiedzialności cywilnej nr 63841398 i nr 63294312. Samo złożenie ww. polis przez konsorcjum świadczy jedynie o zawarciu umów ubezpieczenia; nie dowodzi zaś posiadania odpowiedniego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, tj. powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela. Odwołujący wywiódł, że faktem jest, że obecnie obowiązujące rozporządzenie nie zawiera wyrażonego wprost prawa do żądania przez zamawiającego „opłaconej polisy”, podczas gdy takie sformułowanie było zawarte w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r., które zostało zastąpione aktem z dnia 26 lipca 2016 r., oraz w rozporządzeniu z dnia 30 grudnia 2009 r. Zamawiający mógł żądać od wykonawcy opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Brak w obecnie obowiązującym rozporządzeniu prawa do żądania (wprost) opłaconej polisy, daje wykonawcy swobodę w wyborze dokumentu, za pomocą którego dowiedzie zamawiającemu, że posiada odpowiednie ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej. Nie zmienia to jednak zasady, że polisa, aby mogła zostać uznana za dokument potwierdzający spełnianie warunku, powinna zostać złożona wraz z dowodem zapłaty składki ubezpieczeniowej. Odwołujący wywiódł, że w aktualnym stanie prawnym jeżeli wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, składa zamawiającemu dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, a dokumentem tym jest polisa, ma obowiązek udowodnienia, w formie dokumentu, że uiszczył wymaganą dla powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela składkę ubezpieczeniową.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie spełnienia ww. warunku przystępujący przedstawił łącznie trzy dokumenty:

1. polisę odpowiedzialności cywilnej nr 63841398, potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczenia na okres od dnia 15 maja 2018 r. do dnia 14 maja 2019 r. - suma gwarancyjna 2.000.000 zł;
2. polisę odpowiedzialności cywilnej nr 63294312, potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczenia na okres od dnia 31 maja 2017 r. do dnia 30 maja 2018 r. r. - suma gwarancyjna 200.000 zł;
3. aneks nr 1 z dnia kwietnia 2018 r. do polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 349-17- 499-63294312, podwyższający sumę gwarancyjną w/w polisy do wysokości 2.000.000 zł.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający wymagał, by wykonawca posiadał ubezpieczenie na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 2.000.000 zł. Tym samym przedstawiony przez przystępującego zestaw dokumentów (dwie polisy wraz z aneksem) mógł potwierdzać spełnianie warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, pod warunkiem że wykazałby, że przedstawione polisy zostały opłacone, tj. że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność z tytułu zawartych umów ubezpieczenia. Odwołujący podniósł, że polisa nr 63841398, która została złożona przez przystępującego w dniu 16 maja 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (art. 26 ust. 1 ustawy Pzp), potwierdzała zawarcie umowy ubezpieczenia na okres od dnia 15 maja 2018 r. do dnia 14 maja 2019 r. (suma gwarancyjna 2.000.000 zł), podczas gdy termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął wraz z dniem 10 kwietnia 2018 r. Do przedmiotowej polisy nie został również dołączony dowód zapłaty składki ubezpieczeniowej. Na powyższe okoliczności zwrócił uwagę zamawiający w piśmie z dnia 15 czerwca 2018 r., w którym, działając na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 2.000.000 zł. Wywiódł, że w aktualnym stanie prawnym wykonawca powinien wykazać spełnianie warunków w postępowaniu na dzień składania ofert, co jest związane z treścią oświadczeń składanych w jednolitym europejskim dokumencie zamówieniu. Odwołujący wskazał także, że zamawiający zwrócił również uwagę na fakt, iż przystępujący nie przedstawił dokumentu potwierdzającego zapłatę składki.

W odpowiedzi na wezwanie przystępujący złożył polisę odpowiedzialności cywilnej nr 63294312, potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczenia na okres od dnia 31 maja 2017 r. do dnia 30 maja 2018 r. (suma gwarancyjna 200.000 zł) wraz z aneksem nr 1 z kwietnia 2018 r., w którym podwyższono sumę gwarancyjną ubezpieczenia do wysokości 2.000.000 zł. Uzupełniając złożone dokumenty w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przystępujący nie dołączył jednak żadnego dokumentu, który potwierdziłby uiszczenie składek od obydwu umów ubezpieczenia. Wykonawca złożył w tym zakresie jedynie

oświadczenie o treści: „Oświadczamy, że polisa została opłacona”. Odwołujący podniósł, że złożenie oświadczenia o opłaceniu składki ubezpieczeniowej jest niewystarczające, gdyż wykonawca powinien wykazać ten fakt dokumentem. Odwołujący wywiódł, że rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, wyraźnie odróżnia oświadczenia od dokumentów. W przypadku warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, rozporządzenie wyraźnie stanowi o obowiązku złożenia przez wykonawcę odpowiednich dokumentów. Konieczność przedstawienia dokumentu potwierdzającego zapłatę składki ubezpieczeniowej wynika z faktu, że zgodnie z treścią rozporządzenia wykonawca ma wykazać, że *„(...) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.”* Nie chodzi zatem o wykazanie samego faktu zawarcia umowy ubezpieczenia, bo nie ma on znaczenia dla udowodnienia znajdowania się w odpowiedniej, wymaganej przez zamawiającego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, lecz o udokumentowanie istnienia odpowiedzialności ubezpieczyciela.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z treścią art. 814 § 1 KC, *jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty.* Wskazywał, że przepis ten stanowi, iż decydującym dla momentu powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela jest zatem nie samo zawarcie umowy, lecz zapłata składki. Podnosił, że jakkolwiek cytowany przepis art. 814 § 1 KC dopuszcza możliwość zawarcia w umowie ubezpieczenia odmiennych postanowień dotyczących początku odpowiedzialności ubezpieczyciela (np. wraz z momentem zawarcia umowy), co z kolei pozwalałoby zamawiającemu na zaakceptowanie - jako dokumentu dowodzącego posiadanie ubezpieczenia - samej polisy ubezpieczeniowej, to w niniejszym stanie faktycznym, ze względu na treść ogólnych warunków ubezpieczenia wymienionego w polisach nr 63841398 i nr 63294312, nie jest to możliwe. Wywodził, że zgodnie z treścią obydwu polis ogólne warunki ubezpieczenia zostały określone uchwałą zarządu Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A, nr 187/2015 (dalej jako „OWU”). Zgodnie z treścią OWU: *„Odpowiedzialność Allianz rozpoczyna się od dnia oznaczonego w dokumencie ubezpieczenia jako początek okresu ubezpieczenia, nie wcześniej jednak niż dnia następującego po zawarciu umowy i nie wcześniej niż dnia następującego po zawarciu umowy i nie wcześniej niż dnia następnego po opłaceniu składki lub jej pierwszej raty, chyba że został indywidualnie wyznaczony inny termin płatności składki.”* Argumentował, że żadna z przedstawionych przez przystępującego polis nie zawiera żadnego postanowienia, które świadczyłoby o uregulowaniu w umowie ubezpieczenia odmiennych postanowień dot. początku odpowiedzialności ubezpieczyciela.

Należy zatem przyjąć, że warunkiem „posiadania ubezpieczenia”, objętego polisami nr 63841398 i nr 63294312, jest zapłata wymienionych w tych dokumentach składek ubezpieczeniowych, co jednak nie zostało wykazane przez przystępującego żadnym dokumentem. Odwołujący wywiódł, że obowiązek wykazania, że warunki danej umowy ubezpieczenia przewidują powstanie odpowiedzialności ubezpieczyciela od innego momentu niż moment zapłaty składki, spoczywa na wykonawcy.

Odwołujący wskazał także, że nawet gdyby uznać, iż przystępujący był uprawniony do wykazania uiszczenia składek ubezpieczeniowych za pomocą własnego oświadczenia, to oświadczenie, które złożył w piśmie z dnia 19 czerwca 2018 r., dotyczy jedynie polisy nr 63294312. Argumentował, że przystępujący pomimo wezwania go przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w dalszym ciągu nie złożył choćby oświadczenia, które wskazywałoby na dokonanie przez niego zapłaty składki od umowy ubezpieczenia, której zawarcie potwierdza polisa nr 63841398.

Kolejnym powodem, dla którego samo przedstawienie polis nie może stanowić dowodu na to, że przystępujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego, jest fakt, że obydwie polisy zostały wystawione przed upływem terminu zapłaty składek - polisa nr 63841398 została wystawiona w dniu 14 maja 2018 r. (termin zapłaty składki do dnia 15 maja 2018 r.), zaś polisa nr 63294312 w dniu 19 maja 2017 r. (termin zapłaty składki do dnia 30 maja 2017 r.).

Według odwołującego przystępujący nie złożył również żadnego dokumentu, który potwierdzałby zapłacenie przez niego, w terminie do dnia 10 kwietnia 2018 r., dodatkowej składki ubezpieczeniowej z tytułu zawarcia aneksu z dnia 9 kwietnia 2018 r. W konsekwencji nie wykazał ciągłości posiadania ubezpieczenia także w okresie od dnia 10 kwietnia 2018 r. do dnia 31 maja 2018 r. W konsekwencji odwołujący wywiódł, że zamawiający bezprawnie uznał, że przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, pomimo że wykonawca ten nie przedstawił dokumentu potwierdzającego posiadanie przez niego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie wymaganym przez zamawiającego.

Według odwołującego uznanie przez zamawiającego, że przystępujący wykazał spełnianie warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jest również nieprawidłowe ze względu na złożenie przez tego wykonawcę w dniu 19 czerwca 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, kopii polisy nr 63294312, która nie została poświadczona za zgodność z oryginałem. Przystępujący poświadczył za zgodność z oryginałem jedynie dwie pierwsze strony dokumentu; na ostatniej stronie umieścił zaś jedynie pieczęć spółki cywilnej oraz podpis wspólnika D. N.. Pozostałe strony polisy, a także wszelkie inne dokumenty, które przystępujący składał w kopiach, zawierały także

oświadczenie „za zgodność z oryginałem”. Zgodnie z treścią przepisu § 14 ust. 2 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, inne niż oświadczenia, składane są w oryginale lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem. Warunkiem koniecznym dla uznania, że dana kopia dokumentu została poświadczona za zgodność z oryginałem w sposób wymagany rozporządzeniem, jest złożenie na niej oświadczenia „za zgodność z oryginałem”. Z uwagi na brak poświadczenia za zgodność z oryginałem całości kopii polisy nr 63294312, należy uznać, że dokument ten w istocie w ogóle nie został złożony. Jest bowiem niekompletny. Istotnym jest również to, że brak poświadczenia za zgodność z oryginałem dotyczy najważniejszej części dokumentu - strony trzeciej, która miałaby zawierać podpis przedstawiciela ubezpieczyciela. To, że zamawiający ma świadomość wymagań w zakresie możliwości uznania kopii dokumentu za należyście poświadczoną, potwierdza w niniejszym przypadku treść SIWZ. Odwołujący wywiódł także, że złożony przez przystępującego dokument pozostaje zatem bezpośrednio niezgodny także z treścią SIWZ. Koniecznym jest przy tym zauważyć, że osoba, która złożyła swój podpis na trzeciej stronie polisy nr 63294312 (wspólnik D. N.), nie posiadała - z przyczyn, o których mowa w dalszej części odwołania - prawa do poświadczania w imieniu przystępującego dokumentów za zgodność z oryginałem.

Odwołujący wywiódł także, że przystępujący nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy (urządzenia) parametrów, które zostały przez niego zadeklarowane w ofercie. Zgodnie z treścią jego oferty piec przystępującego model: FOREST gwarantuje sezonową efektywność energetyczną ogrzewanych pomieszczeń na poziomie 85,2 % (dla wszystkich zakresów mocy) oraz posiada współczynnik efektywności energetycznej na poziomie klasy A++ (zgodnie z rozporządzeniem delegowanym Komisji [UE] 2015/1187 z dnia 27 kwietnia 2015 r. uzupełniającym dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/30/UE w odniesieniu do etykiet efektywności energetycznej dla kotłów na paliwo stałe i zestawów zawierających kocioł na paliwo stałe, ogrzewacze dodatkowe, regulatory temperatury i urządzenia słoneczne). Zamawiający, na potwierdzenie zadeklarowanych parametrów, wymagał złożenia „*certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami i cechami określonymi w kryteriach oceny ofert*”.

Odwołujący podniósł, że przystępujący złożył następujące dokumenty:

1. świadectwo nr 8/2017 z dnia 20 marca 2017 r. wystawione przez dyrektora Instytutu Chemicznej Przeróbki Węgla;
2. zaświadczenie dla zleceniodawcy badań wg PN-EN 303-5:2012 nr 11/2017 z dnia 14 marca 2017 r.;

3. dwie, niezawierające podpisu przedstawiciela jednostki oceniającej zgodność, strony, które mogłyby zostać uznane za fragment sprawozdania z badań.

Według odwołującego dokument, o którym mowa w pkt 1, potwierdza posiadanie przez oferowane piece zadeklarowanej efektywności energetycznej ogrzewanych pomieszczeń. Żaden ze złożonych dokumentów nie potwierdza jednak zadeklarowanej przez przystępującego efektywności energetycznej urządzeń. Takich informacji nie zawiera zaświadczenie, o którym mowa w pkt 2. Odwołujący przyznał, że dwie, niezawierające żadnych podpisów (poza poświadczeniem kopii za zgodność z oryginałem) strony zawierają (częściowo) informacje, na podstawie których zamawiający mógłby wyliczyć klasę energetyczną (na stronach tych pojawia się również oznaczenie zadeklarowane oświadczenie A++), niemniej jednak dokument ten nie stanowi ani żądanego przez zamawiającego certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność, ani też sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Zawarte na tych stronach informacje i obliczenia, by mogły zostać uznane za sprawozdanie z badań, powinny obejmować (co najmniej) szczegółową metodologię przeprowadzonych badań oraz dokumentować ich przebieg w sposób, który mógłby zostać zweryfikowany przez zamawiającego oraz pozostałych wykonawców. Zgodnie z definicją zawartą w słowniku języka polskiego PWN sprawozdanie oznacza «przedstawienie przebiegu jakiejś działalności, szczegółowe zdanie sprawy z czegoś». Niepodpisany dokument, co do którego nie można zidentyfikować jego wystawcy, a także który przedstawia jedynie fragmentaryczne informacje i wyliczenia (osiągnięte na podstawie nie wiadomo jakich założeń), nie może zostać uznany ani za certyfikat, ani za sprawozdanie z badań w rozumieniu rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (§ 13 ust. 1 pkt 2), a w konsekwencji także w rozumieniu SIWZ. Tym samym przystępujący nie przedstawił wymaganych przez zamawiającego dokumentów na potwierdzenie parametrów, które zostały zadeklarowane w jego ofercie.

Według odwołującego istotnym jest również to, że przystępujący nie wykazał, że w niniejszym przypadku nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, które były żądane przez zamawiającego, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, a brak dostępu do tych dokumentów nie może być przypisany jedynie mu (art. 30b ust. 4 ustawy Pzp). Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdzał, że zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentu w postaci certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami i cechami określonymi w kryteriach oceny ofert (efektywności energetycznej), co stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł także, że przystępujący nie złożył wraz z ofertą pełnomocnictwa, które upoważniałoby wykonawcę D. N. (wspólnika spółki cywilnej) do złożenia oferty oraz

poświadczenia za zgodność z oryginałem przedstawionych wraz z nią oraz na żądanie zamawiającego dokumentów. W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców działających w formie spółki cywilnej traktuje się jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w rozumieniu przepisu art. 23 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący argumentował, że oferta przystępującego została podpisana jedynie przez wspólnika D. N., który nie przedstawił wraz z ofertą pełnomocnictwa upoważniającego go do złożenia oferty także w imieniu wspólnika A. N.. Złożony w tym zakresie przy piśmie z dnia 16 maja 2018 r. aneks nr 1/XII/2010 z dnia 20 grudnia 2010 r. do umowy spółki cywilnej, nie może zostać uznany za żadne z wymaganych przepisami pzp pełnomocnictw choćby ze względu na brak zachowania formy pisemnej (oryginał) lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza. Istotnym jest przy tym fakt, że przystępujący złożył tę umowę nie wraz z ofertą (do czego - jeżeli traktować by ją jako pełnomocnictwo - był zobowiązany), lecz samodzielnie, bez wezwania zamawiającego przy okazji składania dokumentów w odpowiedzi na pismo z dnia 10 maja 2018 r. Ma to ten skutek, że wykonawca, który nie został wezwany do uzupełnienia dokumentu przez zamawiającego, lecz uzupełnił go samodzielnie, nie może zostać ponownie wezwany do jego uzupełnienia w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wywiódł także, że brak obowiązku złożenia pełnomocnictwa do złożenia oferty oraz pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawców przed zamawiającym dotyczy jedynie przypadków, których swoje podpisy pod ofertą złożyli obydwaj wspólnicy. W konsekwencji odwołujący wywiódł, że zamawiający powinien był odrzucić ofertę przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jako nieważną na podstawie odrębnych przepisów (k.c.) Ewentualnie zaś na wypadek uznania przez Izbę, że zamawiający powinien był uprzednio wezwać przystępującego do uzupełnienia ww. pełnomocnictwa, Odwołujący wskazał na naruszenie w tym względzie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne zaniechanie dokonania tego wezwania.

Odwołujący zarzucił także, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazał, że ww. warunek zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał należycie: zamówienia polegające na dostawie wraz z montażem minimum 100 kotłów na biomasę - w ramach maksymalnie trzech kontraktów, umów lub zleceń. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku przystępujący złożył wykaz dostaw z dnia 25 kwietnia 2018 r., w którym wskazał na wykonanie dwóch dostaw:

1. dostawa i montaż 49 kotłów na biomasę na terenie województwa śląskiego, data wykonania 30 marca 2018 r., wartość zamówienia 650.041 zł brutto, zamawiający - Gmina Załuski;
2. dostawa i montaż 52 kotłów na biomasę na terenie województwa śląskiego, data wykonania przełom 2016 i 2017 r., wartość 752.000 zł brutto, zamawiający - F.H.U. MINI-MAX S.C.

Odwołujący wskazał, że do przedmiotowego wykazu przystępujący załączył referencje wystawione przez Gminę Załuski z dnia 7 kwietnia 2018 r. („oświadczenie w sprawie realizacji zamówienia”) oraz referencje z dnia 10 kwietnia 2018 r. („zaświadczenie”) wystawione przez A. M. - wspólnika F.H.U. MINI-MAX s.c. Odwołujący kwestionował fakt wykonania przez przystępującego dostaw, o których mowa w poz. 2 wykazu. W ocenie odwołującego złożone przez przystępującego w tym zakresie dokumenty powinny spowodować co najmniej zwrócenie się przez zamawiającego, na podstawie § 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, do wystawcy referencji z dnia 10 kwietnia 2018 r. - F.H.U. MINI-MAX s.c.

W ocenie odwołującego przystępujący nie przedstawił w zakresie dostawy, o której mowa w poz. 2 wykazu, żadnych informacji, które mogłyby stanowić podstawę do oceny przez zamawiającego, czy ww. dostawa została faktycznie wykonana przez przystępującego oraz jaki był jej zakres. Przystępujący oświadczył w wykazie, że dostawa i montaż w ilości 52 sztuk kotłów została zrealizowana na przełomie 2016 i 2017 r. Tego rodzaju oświadczenie jest jednak wysoce niekonkretne. Jego prawdziwość budzi również wątpliwości w świetle złożonego przez obydwu wspólników w JEDZ oświadczenia, iż data początkowa rozpoczęcia realizacji tego zamówienia stanowiła 3 stycznia 2016 r., zaś data końcowa (zakończenie realizacji) 31 grudnia 2017 r. W ocenie odwołującego w niniejszym przypadku zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że przedmiotowe dostawy zostały w istocie wykonane przez przystępującego w ramach więcej niż „trzech kontraktów, umów lub zleceń”, o których mowa w treści warunku udziału w postępowaniu. Długi (blisko dwuletni) okres realizacji tego zamówienia wskazuje w ocenie odwołującego na to, że były to jednostkowe zlecenia, realizowane przez przystępującego na rzecz F.H.U. MINI-MAX s.c. w ramach dłuższej współpracy, a nie jedna, zawarta w dniu 3 stycznia 2016 r. umowa. Zastanawiające jest, dlaczego strony zawarły tę umowę już 3 stycznia 2016 r., skoro wykonanie dostaw nastąpiło - zgodnie z oświadczeniem przystępującego zawartym w wykazie - dopiero na „przełomie 2016 i 2017 r.”, więc po blisko dwóch latach od zlecenia dostaw.

Odwołujący zwracał uwagę, że zgodnie z treścią SIWZ (wzoru wykazu dostaw - załącznik nr 7 do SIWZ) obowiązkiem wykonawców lub „podanie nazwy inwestycji i miejsca jej realizacji z opisem pozwalającym na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu”. Tymczasem przystępujący określił miejsce wykonania zamówienia jako „teren województwa

śląskiego”. W ocenie odwołującego potwierdza to okoliczność, że współpraca z F.H.U. MINI-MAX s.c., która została potwierdzona zaświadczeniem z dnia 10 kwietnia 2018 r., oraz którą przystępujący umieścił w treści wykazu, wynika nie z jednej zawartej między tymi stronami umowy, lecz dotyczy długofalowej współpracy, w ramach wielu zleceń. Zamawiający powinien był zatem uznać, że przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia złożonych w tym zakresie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ewentualnie zaś powinien był zwrócić się do właściwego podmiotu, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.

Odwołujący podniósł także, że pomimo wystosowanego przez zamawiającego wezwania z dnia 15 czerwca 2018 r., przystępujący nie przedstawił złożonych osobno, w imieniu i na rzecz poszczególnych wspólników, oświadczeń, o których mowa w pkt 5.3.5, 5.3.6 i 5.3.7 SIWZ, tj. oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia na podstawie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 15, 22 i ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Ww. oświadczenia, które zostały złożone przez przystępującego przy piśmie z dnia 19 czerwca 2018 r, zostały złożone przez obydwu wspólników w imieniu i na rzecz spółki cywilnej P.W. BUDMET D. N., A. N., podczas gdy powinny one dotyczyć - osobno - sytuacji każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (wspólników). Złożenie przez wspólników wymaganych przez zamawiającego oświadczeń w imieniu spółki cywilnej, a nie w imieniu poszczególnych wspólników, zostało wprost wskazane w treści tych dokumentów. Ma to szczególnie istotne znaczenie z perspektywy oświadczeń, za pomocą których wykonawcy mieli potwierdzić brak występowania w stosunku do nich okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 i ust. 5 ustawy Pzp, a to ze względu na powszechnie uznawaną podmiotowość prawnopodatkową spółki cywilnej. W konsekwencji zamawiający bezprawnie uznał, że przystępujący wykazał brak podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu okoliczności, o których mowa w przepisach art. 24 ust. 1 pkt 15, 22 i ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Zamawiający powinien był wykluczyć przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia D. N. i A. N., prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą P.W. Budmet, D. N., A. N.. Złożyli pismo procesowe, w którym wnieśli o oddalenie odwołania. W piśmie oraz w trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje treści SIWZ, wyjaśnienia treści SIWZ, ofertę przystępującego, wezwania zamawiającego do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp skierowane do przystępującego 10 maja 2018 r., odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 15 maja 2018 r. wraz z załącznikami, pismo zamawiającego skierowane do Instytutu Chemicznej Przeróbki Węgla z 28 maja 2018 r., odpowiedź ww. Instytutu na ww. pismo z dnia 5 czerwca 2018 r., pismo zamawiającego skierowane do F.H.U. Mini-Max s.c. z 28 maja 2018 r., wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w dniu 15 czerwca 2018 r., odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 18 czerwca 2018 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. N. i A. N., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą P.W. Budmet, D. N., A. N. uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą przystępującego, którą wybrano jako najkorzystniejszą. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu lub zaniechał odrzucenia jego oferty, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności,

czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Za zasadny uznano zarzut dotyczący niewykazania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, o którym mowa w rozdziale 4 pkt 4.2.2. lit. b SIWZ, z powodu nieprzedstawienia dowodów opłacenia złożonych polis i aneksów. Za chybiony uznano natomiast zarzut dotyczy niewykazania ww. warunku z powodu niezachowania formy składanej polisy.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (...). Z kolei w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Ustalono, że w rozdziale 4 pkt 4.2.2. lit. b SIWZ zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający wymagał, aby *wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 2 mln zł dla części II zamówienia* (wersja po modyfikacji SIWZ z 19 marca 2018 r.).

W pkt 5.3.10 SIWZ zamawiający zastrzegł, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wykonawca na wezwanie zamawiającego zobowiązany będzie złożyć dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 2 mln zł (dla części II zamówienia).

W pkt 5.13 SIWZ zamawiający zastrzegł, że *oświadczenia, o których mowa w pkt 5.1.1., 5.1.5, 5.2, 5.3.5-5.3.7, należy złożyć w formie oryginału, zaś pozostałe dokumenty, o których mowa w pkt 5.3. należy złożyć w formie oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę z zastrzeżeniem pkt 5.14.*

W pkt 7.17 SIWZ wskazano, że *ilekroć w SIWZ, a także w załącznikach do SIWZ, występuje wymóg podpisywania dokumentów lub oświadczeń lub też potwierdzenia dokumentów za zgodność z oryginałem, należy przez to rozumieć, że oświadczenia i dokumenty powinny być opatrzone podpisem (podpisami) osoby (osób) uprawnionej do reprezentowania wykonawcy, zgodnie z zasadami reprezentacji wskazanymi we właściwym rejestrze lub osobę (osoby) upoważnioną do reprezentowania wykonawcy na podstawie pełnomocnictwa.*

Wreszcie w pkt 7.19 SIWZ zastrzeżono, że *w przypadku potwierdzania dokumentów za zgodność z oryginałem, na dokumentach tych muszą się znaleźć podpisy wykonawcy (i odpowiednio podmiotów wymienionych w pkt. 5.14), według zasad, o których mowa w pkt. 5.17 i 5.18 oraz klauzula "za zgodność z oryginałem". W przypadku dokumentów wielostronicowych, należy poświadczyć za zgodność z oryginałem każdą stroną dokumentu, ewentualnie poświadczenie może znaleźć się na jednej ze stron wraz z informacją o liczbie poświadczanych stron.*

Ustalono również, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył przystępujący tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia D. N. i A. N., prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą P.W. Budmet, D. N., A. N..

Celem wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w dniu 10 maja 2018 r. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przystępujący złożył polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 63841398 wystawioną przez TUiR Allianz S.A. Polisa ta została podpisana w dniu 14 maja 2018 r. W polisie tej wskazano jako okres ubezpieczenia „od 15.05.2018 r. g. 00.00 do 14.05.2019 r. g. 24.00”. W polisie tej wskazano, że składka łączna za polisę wynosi 3.117 zł i jest płatna jednorazowo przelewem do dnia 15 maja 2018 r.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazał przystępującemu, że złożone przez niego dokumenty zawierały następujące braki: *polisa ubezpieczeniowa została wystawiona 15.05.2018 r., a więc po dacie otwarcia ofert i potwierdzała spełnienie warunku dopiero po tej dacie, polisa powinna też zostać opłacona (wniesienie składki).* Wobec powyższego zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest złożyć dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 2 mln zł (dla części II zamówienia).

Ustalono również, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 18 czerwca 2018 r. W piśmie tym oświadczył, że składa aktualną na dzień składania oferty polisę ubezpieczeniową w zakresie OC od prowadzonej działalności wystawioną w dniu

19.05.2017 r. wraz z aneksem do niej z dnia 9.04.2018 r. na mocy którego zwiększono sumę ubezpieczenia, a to w celu zapewnienia możliwości ubiegania się o niniejsze zamówienie. Oświadczył, że polisa została opłacona.

Do pisma załączył polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 63294312 wystawioną przez TUIR Allianz S.A. Polisa ta została podpisana w dniu 18 maja 2017 r. W polisie tej wskazano jako okres ubezpieczenia „od 31.05.2017 r. g. 00.00 do 30.05.2018 r. g. 24.00”. W polisie tej wskazano, że suma gwarancyjna wynosi 200.000 zł. Z polisy wynika także, że składka łączna za polisę wynosi 1.050 zł i jest płatna jednorazowo przelewem do dnia 30 maja 2017 r. Dokument polisy składał się z 3 stron. Został złożony w formie kserokopii. Na dwóch pierwszych stronach znajduje się adnotacja „za zgodność z oryginałem” oraz podpis jednego ze współników s.c. Budmet i pieczęć firmowa spółki. Na ostatniej stronie dokumentu znajdowały się oświadczenia szczególne ubezpieczającego do polisy oraz podpis przedstawiciela ubezpieczyciela. Na ostatniej stronie kserokopii polisy znajduje się podpis współnika spółki cywilnej wraz z pieczęcią firmową spółki cywilnej przystępującego bez adnotacji „za zgodność z oryginałem”.

Ponadto złożono aneks nr 1 do ww. polisy z dnia 9 kwietnia 2018 r. W aneksie tym podwyższa się sumę gwarancyjną do wysokości 2.000.000 zł. Dodatkowa składka z tytułu powyższej zmiany wynosi 228 zł i jest płatna do dnia 10 kwietnia 2018 r.

Co do zarzutu dotyczącego niezłożenia przez przystępującego dowodów uiszczenia składki od przedstawionych polis ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej i aneksu, Izba stwierdziła, że zarzut ten się potwierdził w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

Zamawiający w ślad za rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów zażądał od wykonawców złożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na określonej sumę gwarancyjną. Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z art. 814 § 1 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, *jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty.*

Jak słusznie zatem dostrzegł odwołujący, co do zasady odpowiedzialność ubezpieczyciela nie powstaje w związku z samym faktem zawarcia umowy ubezpieczenia, ale dopiero kolejnego dnia po uiszczeniu składki (pierwszej raty składki). W analizowanej sprawie przystępujący, po którego stronie leżało wykazanie warunku, nie udowodnił zamawiającemu, że w analizowanej sprawie ochrona ubezpieczeniowa rozpoczęła się z momentem zawarcia samej umowy ubezpieczenia. Nic takiego nie wynikało bowiem z treści przedłożonych polis i aneksów, w których rozpoczęcie okresów ubezpieczenia przypadało po dacie opłacenia składek. Na powyższe wskazywały także ogólne warunki ubezpieczenia,

jakie odwołujący załączył do odwołania. Jak wynikało z załącznika do uchwały Zarządu TUIR Allianz Polska S.A. nr 187/2015 „Ogólne warunki ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej” *„Odpowiedzialność Allianz rozpoczyna się od dnia oznaczonego w dokumencie ubezpieczenia jako początek okresu ubezpieczenia, nie wcześniej jednak niż dnia następującego po zawarciu umowy i nie wcześniej niż dnia następującego po zawarciu umowy i nie wcześniej niż dnia następnego po opłaceniu składki lub jej pierwszej raty, chyba że został indywidualnie wyznaczony inny termin płatności składki.”*. W tym konkretnym stanie faktycznym złożenie przez przystępującego polis i aneksów dowodziło jedynie, że zostały zawarte umowy ubezpieczenia. Przystępujący nie wykazał jednak tymi dokumentami, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, a taki wymóg wynikał z postawionego w SIWZ warunku.

Wbrew stanowisku zamawiającego i przystępującego niewystarczające było poprzestanie na oświadczeniu własnym wykonawcy o opłaceniu składki jednej z polis. Po pierwsze oświadczenie to dotyczyło jednej z polis, a nie obu polis i aneksu. Po drugie zaś, oświadczenie własne wykonawcy w świetle SIWZ jak i § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 poz. 1126) nie jest „dokumentem potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej”. Dostrzeżenia wymaga, że tam gdzie autor rozporządzenia pozwala na poprzestanie na oświadczeniu własnym wykonawcy wskazuje na to wyraźnie (por. choćby treść § 2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia). W przypadku ubezpieczenia OC wyraźnie jest zaś mowa o dokumentach, a nie oświadczeniu własnym wykonawcy. W konsekwencji, przystępujący miał obowiązek złożenia dowodów opłacenia składek, czego jednak nie uczynił.

Wbrew jednak stanowisku odwołującego, w okolicznościach danej sprawy przedwczesnym byłoby wykluczanie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu niewykazania warunku. Możliwość wykluczenia wykonawcy z powodu niewykazania warunku na tej podstawie aktualizuje się dopiero, gdy brak nie zostanie usunięty pomimo prawidłowego wezwania do uzupełniania dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W analizowanej sprawie zamawiający wprawdzie kierował wezwaniem do przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże, w ocenie Izby, zamawiający w wezwaniu z dnia 15 czerwca 2018 r. nie dość precyzyjnie formułował swe oczekiwania względem przystępującego. Zamawiający wskazał jedynie, że polisa OC powinna być opłacona, ale w wezwaniu nie zażądał wyraźnie od wykonawcy złożenia dowodu opłacenia polisy. Powyższe mogło wprowadzić przystępującego w błąd co do tego, że wystarczające może być w tym zakresie złożenie oświadczenia własnego.

Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba uznała, że zarzut okazał się zasadny. Dostrzeżenia przy tym wymagania, że Izba przy wyrokowaniu nie jest związana żądaniem odwołującego, a jedynie zarzutami (por. art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Izba nakazała zatem zamawiającemu wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dowodów opłacenia składek od złożonych polis i aneksu.

Za chybiony uznano natomiast zarzut dotyczący formy złożonej polisy nr 63294312.

Istotnie kserokopia tego dokumentu składała się z trzech stron, z czego dwie pierwsze zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez współnika spółki cywilnej przystępującego. Rzeczywiście także, na ostatniej, trzeciej stronie kserokopii znajdował się jedynie podpis współnika wraz z pieczęcią firmową spółki cywilnej bez adnotacji „za zgodność z oryginałem”. W ocenie Izby powyższe uchybienie, w okolicznościach danej sprawy, nie dyskwalifikowało przedstawionego dokumentu. Wprawdzie nie można zgodzić się z zamawiającym i przystępującym, że trzecia dokumentu miała jedynie charakter formalny. Znajdowały się na niej wprawdzie oświadczenia ubezpieczającego do polisy, ale także jedyny na polisie podpis przedstawiciela ubezpieczyciela, który ewidentnie odnosił się do całego dokumentu, a nie tylko jego ostatniej strony. Brak było bowiem podpisu ubezpieczyciela na stronie pierwszej i drugiej kserokopii. Tym niemniej jednak, w tej konkretnej sprawie nie sposób pomijać faktu, że dokument ten jednak został poświadczony za zgodność na dwóch pierwszych stronach. Z kolei na trzeciej stronie znajdował się podpis współnika i pieczęć spółki cywilnej, co świadczyło o intencji poświadczenia całego dokumentu za zgodność z oryginałem. Wreszcie wraz z samą polisą przedstawiono aneks do niej podpisany przez tę samą osobę ze strony ubezpieczyciela. Odwołujący nie kwestionował zaś prawidłowości poświadczenia aneksu, z tym również podpisu tej samej osoby działającej w imieniu ubezpieczyciela, tj. pani A. Ś. W ocenie Izby w tej sytuacji wykluczenie wykonawcy z tego powodu stanowiłoby jedynie wyraz nadmiernego formalizmu. Wobec powyższego Izba uznała zarzut za chybiony.

Za zasadny uznano zarzut dotyczy zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami i cechami określonymi w kryterium oceny ofert „efektywność energetyczna urządzeń”.

Ustalono, że zamawiający w pkt 5.3.11 lit. b SIWZ wymagał, by wykonawcy składający ofertę na część II zamówienia, w celu potwierdzenia parametrów oferowanych urządzeń wymaganych przez zamawiającego złożyli certyfikat wydany przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę jako środek dowodowy potwierdzający zgodność z wymaganiami i cechami określonymi w

kryteriach oceny ofert. Z kolei jak wynikało z rozdziału 12 SIWZ w części II zamówienia zamawiający opisał dwa pozacenowe kryteria oceny ofert: „sezonowa efektywność energetyczna ogrzewanych pomieszczeń” oraz „współczynnik efektywności energetycznej kotła”.

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył przystępujący. W swym formularzu ofertowym zadeklarował zaoferowanie pieców model Forest. Zadeklarował, że piece te gwarantują sezonową efektywność energetyczną ogrzewanych pomieszczeń na poziomie 85,2 %. Zadeklarował także, że oferuje współczynnik efektywności kotłów na poziomie A++.

Ustalono także, że w odpowiedzi na wezwanie z 10 maja 2018 r. skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiającego przystępujący złożył:

- 1) świadectwo nr 8/2017 z dnia 20 marca 2017 r. wystawione przez Dyrektora Instytutu Chemicznej Przeróbki Węgla, określające sezonową efektywność energetyczną pomieszczeń dla kotła Forest,
- 2) zaświadczenie dla zleceniodawcy badań wg PN-EN 303-5:2012 nr 11/2017 z dnia 14 marca 2017 r. wystawione przez Dyrektora Instytutu Chemicznej Przeróbki Węgla;
- 3) dwie strony bliżej niesprecyzowanego dokumentu, w którym pojawia się wzmianka o klasie efektywności energetycznej A++ kotłów Forest.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 28 maja 2018 r. zwrócił się do Instytutu Chemicznej Przeróbki Węgla. W piśmie tym zamawiający poprosił o oświadczenie, czy świadectwo nr 8/2017 oraz zaświadczenie nr 11/2017 mogą być uznane za certyfikat w rozumieniu § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. pismo Instytut w piśmie z 28 maja 2018 r. oświadczył, że ww. dokumenty są jedynie załącznikami do sprawozdania nr 7/2017, będącego w posiadaniu przystępującego. Oświadczył, że w sprawozdaniu tym znajdują się wymagane informacje, m.in. wartość sezonowej efektywności energetycznej i współczynnik efektywności energetycznej kotła (...).

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że przystępujący wykazał złożonymi dokumentami wartość zadeklarowaną w kryterium oceny ofert „sezonowa efektywność energetyczna ogrzewanych pomieszczeń”. Sporne natomiast było to, czy złożono zamawiającemu wymagany certyfikat lub sprawozdanie z badań jako środek dowodowy potwierdzający zgodność z wymaganiami i cechami określonymi w kryterium „współczynnik efektywności energetycznej kotła”.

Izba stwierdziła, że dokument, jaki przystępujący złożył zamawiającemu nie odpowiadał wymogom SIWZ, w której wymagano certyfikatu lub sprawozdania z badań.

Wprawdzie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego, że w SIWZ nie narzucono jakiegś szczególnej formy certyfikatu lub sprawozdania z badań. Tym niemniej jednak, pewne minimalne zakresy tych opracowań można ustalić w oparciu o prawidłową analizę spornych postanowień SIWZ, z uwzględnieniem reguł wykładni językowej i celowościowej oraz systemowej.

Po pierwsze, dostrzeżenia wymagało, że nie mógł to być dokument pochodzący od dowolnego podmiotu. W SIWZ zastrzeżono wyraźnie, że jego autorem ma być jednostka oceniająca zgodność. Skoro tak, to dane tego podmiotu co najmniej powinny wynikać z przedstawionego dokumentu i poddawać się weryfikacji. Po drugie, jeśli zamawiający oczekiwał certyfikatu lub sprawdzania z badań jako dokumentu, to należało złożyć jego całą treść. Z żadnego fragmentu postanowienia nie wynikało, aby zamawiający zezwolił wykonawcom na przedstawienie jedynie fragmentu dokumentu. Po trzecie zaś, dokument ten, jak wskazano w SIWZ miał służyć określonej celowi. Jak wyraźnie zastrzeżono, miał być środkiem dowodowym służącym potwierdzeniu zgodności z wymaganymi i cechami określonymi w kryterium „współczynnik efektywności energetycznej”. Innymi słowy, celem dokumentu było zweryfikowanie dokumentem pochodzącym od niezależnego podmiotu prawidłowości deklaracji czynionych przez wykonawcę w ofercie co do wartości współczynnika.

W ocenie Izby dokument przedstawiony przez przystępującego nie spełniał żadnych z tych wymagań. Zamawiającemu przedstawiono dwie strony bliżej niesprecyzowanego dokumentu. W oparciu o jego lekturę nie można zidentyfikować autora dokumentu i ustalić czy jest jednostką oceniającą zgodność. Dokument nie został złożony w całości, ale w formie dwóch przypadkowych stron. Nie można określić przedmiotu opracowania, ani prześledzić w oparciu o nie, czy zadeklarowane w ofercie wartości są prawidłowe. Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego do uzupełnienia brakującego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Za chybiony uznano zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

Ustalono, że SIWZ zawierała następujące postanowienia.

Pkt 4.7. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo w formie pisemnej (oryginał lub kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez notariusza) należy dołączyć do oferty. ”

Pkt 5.12. *W przypadku wnoszenia oferty przez wykonawców występujących wspólnie, wykonawcy muszą złożyć: pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawców występujących wspólnie w formie pisemnej (oryginał lub kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez notariusza), oświadczenia i dokumenty; o których mowa w niniejszym Rozdziale, z tym że dokumenty wymienione w pkt. 5.1.1, 5.3.1 - 5.3.7 (i odpowiednio pkt. 5.5) należy złożyć odrębnie dla każdego wykonawcy.*

Pkt 7.17 *Ilekcroć w SIWZ, a także w załącznikach do SIWZ, występuje wymóg podpisywania dokumentów lub oświadczeń lub też potwierdzenia dokumentów za zgodność z oryginałem, należy przez to rozumieć, że oświadczenia i dokumenty powinny być opatrzone podpisem (podpisami) osoby (osób) uprawnionej do reprezentowania wykonawcy, zgodnie z zasadami reprezentacji wskazanymi we właściwym rejestrze lub osobę (osoby) upoważnioną do reprezentowania wykonawcy na podstawie pełnomocnictwa.*

Pkt 7.19 *„W przypadku potwierdzania dokumentów za zgodność z oryginałem, na dokumentach tych muszą się znaleźć podpisy wykonawcy (i odpowiednio podmiotów wymienionych w pkt. 5.14), według zasad, o których mowa w pkt. 5.17 i 5.18 oraz klauzula "za zgodność z oryginałem. W przypadku dokumentów wielostronicowych, należy poświadczyć za zgodność z oryginałem każdą stronę dokumentu, ewentualnie poświadczenie może znaleźć się na jednej ze stron wraz z informacją o liczbie poświadczanych stron.”*

Pkt 7.20 *„Pełnomocnictwo, o którym mowa w pkt 5.17 w formie oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza należy dołączyć do oferty*

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył przystępujący, tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia D. N. i A. N., prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą P.W. Budmet, D. N., A. N.. Oferta została podpisana przez współnika s.c. pana D. N..

Ustalono również, że przystępujący do pisma z 15 maja 2018 r. załączył kserokopię aneksu nr 1 wraz z tekstem jednolitym umowy spółki cywilnej. W § 10 umowy spółki wskazano, że *każdy współnik jest uprawniony i zobowiązany do prowadzenia spraw spółki. Każdy ze współników jest uprawniony do samodzielnego reprezentowania spółki i zaciągania zobowiązań dotyczących majątku wspólnego współników.* Kserokopia została poświadczona za zgodność z oryginałem przez współnika spółki cywilnej D. N..

Odwołujący wywiódł, że przystępujący – współnicy spółki cywilnej wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie złożyli wraz z ofertą pełnomocnictwa dla D. N., w wymaganej przez zamawiającego formie, tj. w oryginale lub kopii poświadczonej notarialnie. Powyższe miało świadczyć o tym, że oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Stanowisko odwołującego należało ocenić jako chybione. Rzeczywiście w SIWZ nałożono na wykonawców obowiązek składania pełnomocnictw w formie oryginału lub kopii poświadczonych notarialnie. Jednakże w ocenie Izby wymóg ten nie dotyczył umowy spółki cywilnej, której kopia istotnie została poświadczona za zgodność z oryginałem przez jednego ze wspólników s.c. Jak słusznie wskazywał zamawiający w trakcie rozprawy, uprawnienie wspólnika spółki cywilnej do działania w imieniu spółki nie opiera się na stosunku pełnomocnictwa lecz jest określane w orzecznictwie jako przedstawicielstwo ustawowe. Zgodnie z art. 866 KC, *w braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw.* W konsekwencji zatem zastrzeżony w SIWZ wymóg co do formy pełnomocnictwa nie dotyczył umowy spółki cywilnej. Umowa ta w analizowanej sprawie stanowiła jedynie dowód, że wspólnicy nie zmienili reguł reprezentacji wynikających z art. 866 KC. Podkreślić także należy, że – jak wskazuje się w utrwalonym orzecznictwie Izby – nie można w toku badania ofert nakładać na wykonawców obowiązku składania dokumentów, o których milczała SIWZ. Skoro specyfikacja nie przewidywała szczególnej i odrębnej formy dla umowy spółki cywilnej (tak jak to czyniła dla pełnomocnictwa), to należało uznać, że zastosowana forma była prawidłowa. Zarzut jest zatem chybiony.

Za chybiony Izba uznała zarzut dotyczący zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Ustalono, że zamawiający w pkt 4.2.3. SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się ci wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonali należycie co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie wraz z montażem minimum 100 kotłów na biomasę w ramach maksymalnie trzech kontraktów, umów lub zleceń.

Jak wynikało z pkt 5.3.9 SIWZ w celu potwierdzenia ww. warunku na wezwanie zamawiającego wykonawca miał obowiązek złożyć wykaz wykonanych dostaw, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. (...) zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ.

Ustalono także, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 10 maja 2018 r. skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przystępujący złożył wykaz dostaw. W wykazie tym wskazał na dwie dostawy:

- 1) dostawa i montaż 49 kotłów na biomasę na terenie 3 gmin w dacie 30.03.2018 r. na rzecz gminy Załuski,
- 2) dostawa i montaż 52 kotłów na biomasę na terenie województwa śląskiego, na przełomie 2016 i 2017 roku, o wartości 752.000 zł brutto na rzecz F.H.U. Mini-Max s.c. w Rybniku.

Do wykazu załączono dokumenty referencyjne pochodzące od ww. podmiotów. W stosunku do dostawy nr 2 złożono zaświadczenie zleceniodawcy z 10 kwietnia 2018 r. w którym wskazał on, że przystępujący wykonał w sposób należyty dostawę z montażem 52 kotłów na pellet w ramach jednego zlecenia. Zamówienie zostało zrealizowane na przełomie 2016 i 2017 roku.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 28 maja 2018 r. zwrócił się do F.H.U. Mini-Max s.c. w Rybniku z prośbą o potwierdzenie, że przystępujący wykonał dla niego zamówienie polegające na dostawie wraz z montażem 52 szt. kotłów na pellet w ramach jednego zamówienia.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2018 r. zwrócił się do przystępującego o jednoznaczne potwierdzenie i wykazanie, że ww. dostawa i montaż zostały wykonane w ramach jednego kontraktu.

W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący w piśmie z 18 czerwca 2018 r. potwierdził, że dostawa na rzecz F.H.U. Mini-Max została wykonana w ramach jednego zamówienia (kontraktu), realizowanego nieprzerwanie w latach 2016 i 2017. Do pisma załączył oświadczenie F.H.U. Mini-Max s.c. z 15 czerwca 2018 r., w którym zleceniodawca wyjaśnia, że dostawa na rzecz F.H.U. Mini-Max została wykonana w ramach jednego zamówienia (kontraktu), realizowanego nieprzerwanie w latach 2016 i 2017.

Zarzut okazał się bezzasadny.

Okoliczność, że przystępujący w wykazie istotnie wskazał, iż dostawa realizowana była „na przełomie 2016 i 2017 r.” nie świadczyła o niewykazaniu warunku. Rzeczywiście we wzorze wykazu dostaw, zamawiający oczekiwał podania czasu dostaw przez podanie dnia, miesiąca i roku. Jednakże uchybienie, jakiego dopuścił się przystępujący pozostawało bez znaczenia z punktu widzenia zastrzeżonego warunku. Zgodnie bowiem z jego treścią istotne było jedynie to, aby referencyjne zamówienie zostało wykonane w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. W tej sytuacji niezależnie od tego, w którym dniu czy miesiącu 2016 lub 2017 r. zlecenie zostało wykonane to i tak mieściło się w wymaganym czasokresie.

Odwołujący podnosił także, że długi, bo dwuletni okres realizacji a także miejsce dostaw opisane jako teren województwa śląskiego, mogły świadczyć o tym, iż dostawa została zrealizowana w ramach dłuższej współpracy, a nie w ramach jednego kontraktu. Izba wzięła pod uwagę, że wątpliwości w tym zakresie zostały przez zamawiającego rozwiane. Pomimo wyraźnego oświadczenia w tym zakresie znajdującego się w wykazie dostaw zamawiający skierował wezwanie do wyjaśnień do przystępującego, a także wystąpił ze stosownym pismem także do wystawcy referencji. W efekcie zamawiający zarówno od przystępującego jak i zleceniodawcy otrzymał dodatkowe potwierdzenia, że zamówienie realizowano w ramach jednego kontraktu. W tej sytuacji niezrozumiały jest zarzut odwołującego, w którym podniósł, że zamawiający zaniechał wezwania zleceniodawcy lub przystępującego do przedstawienia dodatkowych informacji, skoro takie wezwania zamawiający skierował do obu podmiotów. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że zamawiający dołożył należytej staranności przy wyjaśnianiu tej kwestii. Wobec trzech jednoznacznych, jednoznacznych oświadczeń, oraz braku możliwości skutecznego nałożenia na którykolwiek z ww. podmiotów obowiązku złożenia dodatkowych dokumentów, zamawiający nie miał innego wyjścia, jak tylko uznać, że warunek został przez wykonawcę wykazany w sposób wymagany w SIWZ. W tej sytuacji jeśli odwołujący uważał, że oświadczenia są niezgodne z rzeczywistością powinien na tę okoliczność przedstawić stosowne dowody zgodnie z treścią art. 6 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem odwołujący na poparcie swych twierdzeń nie przedstawił żadnego dowodu. Zarzut okazał się zatem chybiony.

Za zasadny uznano zarzut dotyczy niewykazania przez przystępującego braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Ustalono, że zamawiający w pkt 4.8 SIWZ wskazał, że wykluczy z postępowania wykonawców, którzy nie wykażą, że nie zachodzą wobec nich przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 13-23 i art. 24 ust. 5 pkt 1, 2, 4, i 8 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał także w SIWZ, że w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu wykonawca na wezwanie zamawiającego zobowiązany będzie złożyć m.in.:

5.3.5. - oświadczenie wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo — w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności, wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności - sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik Nr 6 do SIWZ,

5.3.6. oświadczenie wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne - sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik Nr 6 do SIWZ,

5.3.7. oświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716), zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ.

Nadto, w pkt 5.12 SIWZ zastrzeżono, że w przypadku wnoszenia oferty przez wykonawców występujących wspólnie, wykonawcy muszą złożyć: pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawców występujących wspólnie w formie pisemnej (oryginał lub kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez notariusza), oświadczenia i dokumenty, o których mowa w niniejszym Rozdziale, z tym, że dokumenty wymienione w pkt. 5.1.1, 5.3.1 - 5.3.7 (i odpowiednio pkt. 5.5) należy złożyć odrębnie dla każdego wykonawcy.

Ustalono również, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył przystępujący, tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia D. N. i A. N., prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą P.W. Budmet, D. N., A. N..

Ustalono także, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 10 maja 2018 r. przystępujący złożył oświadczenie o treści wynikającej z pkt 5.3.5.-5.3.7 SIWZ. Oświadczenie to zostało podpisane przez współnika s.c. D. N. działającego w imieniu „P.W. Budmet D. N., A. N.”.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2018 r. zwrócił się do przystępującego o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazał, że oświadczenia i dokumenty z pkt 5.3.5-5.3.7 SIWZ, zostały, wbrew dyspozycji pkt 5.12 SIWZ złożone wyłącznie przez spółkę, podczas gdy zamawiający wymagał złożenia ich odrębnie przez każdego współnika.

Ustalono również, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący do pisma z 18 czerwca 2018 r. załączył:

- a) oświadczenie o treści wynikającej z pkt 5.3.5.-5.3.7 SIWZ, które zostało podpisane przez współnika s.c. D. N. działającego w imieniu „P.W. Budmet D. N., A. N., NIP 6540006788”,
- b) oświadczenie o treści wynikającej z pkt 5.3.5.-5.3.7 SIWZ, które zostało podpisane przez współnika s.c. A. N. działającego w imieniu „P.W. Budmet D. N., A. N., NIP 6540006788.

Zarzut okazał się zasadny.

Rzeczywiście wbrew pkt 5.12 SIWZ, oświadczenia o których mowa w pkt 5.3.5-5.3.7 SIWZ zostały złożone pierwotnie przez spółkę. Tymczasem w pkt 5.12 SIWZ, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (a za takich należało uznać współników s.c.), wymagano złożenia tych oświadczeń dla poszczególnych wykonawców, tutaj współników cywilnej. Wbrew stanowisku zamawiającego nieprawidłowe

okazały się także oświadczenia złożone przez przystępującego przy piśmie z 18 czerwca 2018 r. Wprawdzie oświadczenia te odrębnie składali wspólnicy s.c. D. N. i A. N.. Jednak w dalszym ciągu oświadczenia złożono w imieniu spółki cywilnej (NIP 6540006788). Powyższe nie jest prawidłowe, gdyż wspólnicy s.c. są odrębnymi przedsiębiorcami, a ponadto posiadają odrębną od spółki podmiotowość prawnopodatkową. Jak słusznie wskazywał odwołujący na gruncie podatku VAT spółka cywilna posiada odrębną podmiotowość prawnopodatkową. W przypadku podatków i opłat lokalnych podatnikami są natomiast wspólnicy s.c. Wreszcie, wobec wspólników s.c. jako przedsiębiorców, a nie wobec spółki wydawane są tytułem środka zabezpieczającego zakazy ubiegania się o udzielenie zamówienia.

W tej sytuacji oświadczenia złożone przez przystępującego należało uznać za nieprawidłowe. Jednakże w ocenie Izby wykluczanie przystępującego z tego powodu w okolicznościach danej sprawy byłoby przedwczesne. Dostrzec należało, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu niewykazania braku podstaw wykluczenia musi być poprzedzone prawidłowym wezwaniem do uzupełnienia brakujących oświadczeń kierowanym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem Izby wezwanie, jakie zamawiający skierował do przystępującego 15 czerwca 2018 r. okazało się nie dość precyzyjne. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że oświadczenia z pkt 5.3.5-5.3.7 SIWZ zostały złożone przez spółkę, a wymagał ich złożenia odrębnie przez każdego wspólnika. Takie uzasadnienie wezwania nie jest jednoznaczne. Kierując się tym wezwaniem przystępujący złożył dwa oświadczenia, które literalnie zostały jednak złożone odrębnie przez wspólników, tyle że nie w ich imieniu. Problem nie w tym „przez kogo” jest składane oświadczenia (co artykułował zamawiający), ale kogo oświadczenie dotyczy. I tego powinno dotyczyć wezwanie. Zamawiający w swych wezwaniach powinien jasno artykułować swe oczekiwania wskazując, jakie oświadczenie należy złożyć, wyjaśniając dlaczego złożony dokument jest nieprawidłowy i do czego się wykonawcę wzywa. Tej precyzji w wezwaniu zabrakło, dlatego zamawiający powinien swe wezwanie powtórzyć. Wobec powyższego Izba nie będąc związana żądaniem odwołania, a tylko zarzutami, nakazała jak w sentencji.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8

grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 i 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie Izby, przez wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp należy rozumieć wybór danej oferty jako najkorzystniejszej.

W analizowanej sprawie wynik postępowania, ustalony przez zamawiającego był taki, że za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez przystępującego. Stwierdzone przez Izbę naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyrażały się w zaniechaniu przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw wykluczenia i dokumentów przedmiotowych. Zamawiający przedwcześnie uznał, że przystępujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą. Naruszenia przepisów ustawy Pzp mogą mieć zatem istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie przystępującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wskazanych w sentencji, z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości

zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we

Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku $\frac{1}{2}$ i chybione w takiej samej części. Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem zamawiającego i odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izba w maksymalnie dopuszczalnej wysokości 3.600 zł i koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł (łącznie 22.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.100 zł (22.200,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500 zł (18.600 – 11.100,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a, § 5 ust. 4 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 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: