Sygn. akt: KIO 1313/11

WYROK
z dnia 6 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2011 r. przez **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. z Lublina,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Uniwersytet Medyczny w Łodzi,**

przy udziale **PIXEL Technology s.c. A.Szczepanik, T. Szeler, J. Musiałek z Łodzi** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert, w tym wezwanie PIXEL Technology s.c. A. Szczepanik, T. Szeler, J. Musiałek z Łodzi do uzupełnienia oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia wspólników spółki cywilnej, T. Szelera i J. Musiałka.**

2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Medyczny w Łodzi** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. z Lublina** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Uniwersytetu Medycznego w Łódź,** na rzecz **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. z Lublina,** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi.**

Przewodniczący: ……

---

sygn. akt KIO 1313/11

UZASADNIENIE

Zamawiający, Uniwersytet Medyczny w Łodzi, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę systemu archiwizacji, dystrybucji obrazów dla Zakładu Diagnostyki Obrazowej Centrum Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi.
Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.
Pismem z dnia 14.04.2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty Pixel Technology s.c. A. Szczepanik, T. Szeler, J. Musiałek z Łodzi jako najkorzystniejszej.
W dniu 24.04.2011 r. CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. w Lublinie wniosła odwołanie wobec ww. czynności zamawiającego, w tym wobec:

- zaniechania zaniechaniu wezwania wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Tomasza Szelera, Adama Szczepanika oraz Jakuba

Musiałka - wspólników spółki cywilnej „PIXEL Technology" s.c. w Łodzi do uzupełnienia brakujących dokumentów tj. oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia dotyczących wszystkich wspólników spółki;

• zaniechania wykluczenia ww. wykonawców z udziału w postępowaniu.

Odwołujący zrzucił przy tym zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 Pzp w związku z § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) oraz w związku z pkt III.2.1 pkt 2, III.2.1.B ppkt 1, III.2.1 pkt 11 ogłoszenia o zamówieniu i pkt XIII.I lit. g, pkt IX.B pkt 1 i pkt 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz") przez zaniechanie wezwania wszystkich wspólników spółki cywilnej „PIXEL Technology" s.c. z siedzibą w Łodzi do złożenia oświadczenia o braku

---

podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy oświadczenie to złożył tylko jeden z trzech wspólników spółki.

2. art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp w związku pkt III.1.1 pkt 3 tiret czwarty ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt X.3 tiret czwarty siwz oraz w związku z art. 85 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz pkt IV.3.7 ogłoszenia o zamówieniu i pkt XII siwz poprzez zaniechanie wykluczenia i dokonanie wyboru oferty wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Tomasza Szelera, Adama Szczepanika oraz Jakuba Musiałka - wspólników spółki cywilnej „PIXEL Technology" s.c. w Łodzi w sytuacji, gdy nie wnieśli oni wadium w sposób zabezpieczający zamawiającego zgodnie z wymaganiami ustawy, ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, tj. umożliwiający skuteczne zatrzymanie wadium w całym okresie związania ofertą złożoną przez wskazanych wyżej wykonawców, co z kolei prowadzi do nierównego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzenia czynności oceny ofert;
3. wykluczenia wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Tomasza Szelera, Adama Szczepanika oraz Jakuba Musiałka - wspólników spółki cywilnej „PIXEL Technology" s.c. w Łodzi z udziału w postępowaniu;
4. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

ewentualnie o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzenia czynności oceny ofert;
3. wezwania wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Tomasza Szelera, Adama Szczepanika oraz Jakuba Musiałka - wspólników spółki cywilnej „PIXEL Technology" s.c. w Łodzi do złożenia brakujących dokumentów;

---

4. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odnośnie zarzutu pierwszego wskazano, iż zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia. Przepis art. 23 ust. 2 Pzp zezwala na wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne przez kilku wykonawców. Zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 Pzp do takich wykonawców stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy.

W ślad za regulacją ustawową zamawiający w pkt III.2.1 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, iż w postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący braku podstaw do wykluczenia

z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.
Zgodnie z treścią regulacji zawartej w zdaniu trzecim cytowanego punktu ogłoszenia Zamawiający przyjął, iż: „w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek określony w pkt 2 powinien spełniać każdy z Wykonawców samodzielnie".
Obowiązek złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wynikał wprost z treści pkt III.2.1.B ppkt 1 ogłoszenia. W pkt III.2.1.11 Zamawiający wskazał nadto, iż: „w przypadku oferty składanej przez Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego, dokumenty potwierdzające, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu składa każdy z Wykonawców oddzielnie".
Analogiczne regulacje zawierała specyfikacja istotnych warunków zamówienia (pkt XIII.I lit. g, pkt IX.B pkt 1 i pkt 11 SIWZ), zgodnie z którą: „w przypadku oferty składanej przez Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego, dokumenty potwierdzające, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu składa każdy z Wykonawców oddzielnie".
Zgodnie z informacją zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez „PIXEL Technology" s.c. w

---

Łodzi. Zamawiający wskazując oferenta zastosował pewnego rodzaju uproszczenie, albowiem w obowiązującym porządku prawnym bezspornym jest, iż spółka cywilna nie ma osobowości prawnej, a także nie ma zdolności do czynności prawnych. Spółka cywilna nie ma więc statusu wykonawcy, określonego w art. 2 pkt 11 PZP. Za uczestników postępowania można uważać jedynie wspólników spółki, których udział w postępowaniu traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 PZP (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 maja 2010 r., KIO/UZP 708/10).
Analiza treści oferty złożonej przez wspólników spółki PIXEL wskazuje, iż oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia złożył jedynie pan Adam Szczepanik. Tym samym do oferty nie dołączono oświadczeń pozostałych wspólników spółki cywilnej tj. panów Tomasza Szelera oraz Jakuba Musiałka. Biorąc pod uwagę jednoznaczne w swej treści postanowienia ogłoszenia oraz siwz oferta wspólników spółki PIXEL zawiera więc braki, które uniemożliwiały dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej.
Uwzględniając przytoczone okoliczności wskazać więc należy, iż obowiązkiem zamawiającego było wezwać wspólników spółki PIXEL do uzupełnienia brakujących oświadczeń. W braku tych dokumentów zamawiający nie mógł dokonać wyboru oferty tych wykonawców. Czynność wyboru ofert została więc dokonana przedwcześnie, a zamawiający swoimi czynnościami naruszył przepis art. 26 ust. 3 Pzp.
Odnośnie zarzutu nr 2 wskazano, iż zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 45 ust. 1 Pzp zażądał od wykonawców wniesienia wadium.
Warunki dotyczące wadium zamawiający określił w pkt III.1.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt X siwz. Na podstawie regulacji zawartych w ogłoszeniu i siwz wadium w kwocie 15.000 zł powinno zostać wniesione na okres związania ofertą wynoszący 60 dni (por. pkt IV.3.7 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt XII siwz). Termin składania ofert zamawiający ostatecznie ustalił na dzień 12 maja 2011 roku. Biorąc pod uwagę powołane wyżej postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i siwz okres związania ofertą upływał w dniu 10 lipca 2011 r. Na taki sam okres wykonawcy powinni ustanowić i wnieść wadium. Wspólnicy spółki cywilnej PIXEL złożyli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Zgodnie z treścią § 3 ust. 1 gwarancji (z uwzględnieniem późniejszych aneksów), „gwarancja obowiązuje od dnia 06.05.2011 do dnia 10.07.2011 włącznie i tylko wezwanie do zapłaty doręczone Gwarantowi do

---

tego dnia na wskazany w § 8 adres korespondencyjny spełniające wszystkie wymogi formalne określone w § 2 ust. 2 będzie powodowało obowiązek zapłaty z tytułu gwarancji".
Dokument gwarancyjny w § 2 ust. 2 stanowi, iż: „Gwarant zapłaci w terminie 14 (czternastu) dni licząc od dnia otrzymania wezwania do zapłaty spełniającego

wymogi określone w § 3 ust 2 oraz zawierającego oświadczenie Beneficjenta (...)" dotyczące określonej przesłanki zatrzymania wadium. Przepis §3 ust. 2 gwarancji: „Wezwanie do zapłaty powinno zawierać wskazanie rachunku bankowego Beneficjenta, na który Gwarant powinien przelać żądaną kwotę oraz powinno być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta". Na zasadzie § 4 pkt 1 gwarancji, „gwarancja wygasa w przypadku nie doręczenia Gwarantowi wezwania do zapłaty przed upływem terminu obowiązywania gwarancji".
Wobec tego typu postanowień gwarancji w opinii odwołującego uznać należy, iż nie zabezpiecza ona zamawiającego w całym okresie związania ofertą. Jak już wskazano powyżej termin związania ofertą upływa w dniu 10 lipca 2011 r. Gwarancja wygasa jednak, jeżeli do końca tego dnia Gwarant nie otrzyma od zamawiającego wezwania do zapłaty spełniającego wymogi formalne określone w dokumencie gwarancyjnym. Ten zaś narzuca obowiązek doręczenia pisemnego wezwania na określony adres korespondencyjny. Oznacza to, iż zamawiający chcąc skorzystać z gwarancji musiałby skierować do Gwaranta wezwanie do zapłaty z odpowiednim wyprzedzeniem tak, aby mieć pewność, iż zostanie ono dostarczone przed upływem okresu gwarancyjnego. Tymczasem z istoty gwarancji wadialnej wynika, że powinna ona umożliwić żądanie wypłaty sumy gwarancyjnej w związku ze zdarzeniem, które nastąpiło w okresie ważności gwarancji. W przypadku gwarancji wniesionej przez wspólników spółki PIXEL brak doręczenia wezwania w terminie określonym w gwarancji nie pozwoli Zamawiający skutecznie zatrzymać wadium nawet wówczas, gdy przesłanki zatrzymania wadium ziszczą się przed upływem terminu gwarancyjnego.
Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej powinno dać zamawiającemu możliwość korzystania z wadium w takim samym zakresie, jak ma to miejsce w przypadku wniesienia wadium w formie pieniądza. Jeżeli więc wadium wnoszone jest w ten sposób zamawiający nie doznaje ograniczeń określonych w dokumencie gwarancyjnym przedstawionym przez wspólników spółki PIXEL.

Zaakceptowanie gwarancji wniesionej przez wspólników spółki PIXEL prowadzi do nierównego traktowania uczestników postępowania w zależności od formy, w jakiej wnoszą oni wymagane wadium. Powyższe w ocenie odwołującego stanowi o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.
Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i siwz, a także przebieg przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia zostały prawidłowo przedstawione w treści odwołania i zostały zreferowane powyżej.
Na stronie str. 54-55 oferty Pixel Technology s.c. A. Szczepanik, T. Szeler, J. Musiałek zamieszczono oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jako składającego oświadczenie wykonawcę wskazano Pixel Technology s.c., a oświadczenie zostało podpisane przez pana Adama Szczepanika. Innych oświadczeń w tym przedmiocie w ofercie brak.
Do ww. oferty załączono Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr Gwo/95/2011/071-24-01 z 20.04.2011 r. wystawioną przez PZU S.A.
W treści gwarancji, w § 3 ust. 1 wskazano, iż „Gwarancja obowiązuje od dnia 27.04.2011 r. do dnia 25.06.2011 (kolejnymi aneksami termin ten przedłużono do dnia 10.07.2011) włącznie i tylko wezwanie do zapłaty, doręczone Gwarantowi do tego dnia na wskazany w § 8 adres korespondencyjny, spełniające wszystkie wymogi formalne określone w § 2 ust. 2 będzie powodowało obowiązek zapłaty z tytułu gwarancji". W § 4 pkt 1 wskazano, iż „gwarancja wygasa w przypadku nie doręczenia Gwarantowi wezwania do zapłaty przed upływem terminu obowiązywania gwarancji". Natomiast w § 8 pkt 1 wskazano adres korespondencyjny do zgłaszania roszczeń – określony oddział PZU S.A. w Warszawie.
Jak wynika z dowodu przedłożonego przez odwołującego na rozprawie, pisma PZU

S.A., oddział ten pracuje do godziny 16.00.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.
Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, treść przepisów stanowiących podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Natomiast zgodnie z pkt 4 tego przepisu z udziału w postępowaniu wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.
Według dyspozycji art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.
Zgodnie z art. 26 ust. 2a Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.
Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
Przepis art. 45 ust. 3 stanowi, iż wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a w ust. 6 wskazano, iż wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

1. pieniądzu;

---

2. poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
3. gwarancjach bankowych;
4. gwarancjach ubezpieczeniowych;
5. poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275, z 2008 r. Nr 116, poz. 730 i 732, Nr 227, poz. 1505 oraz z 2010 r. Nr 96, poz. 620)

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Według ust. 3 art. 85 odmowa wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 2, nie powoduje utraty wadium.
Przepis art. 85 ust. 4 Pzp stanowi, iż przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwie, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.
Rozpatrując zarzut odwołania dotyczący braku złożenia oświadczenia o braku

podstaw do wykluczenia przez wszystkich wspólników spółki cywilnej, której ofertę uznano za najkorzystniejszą Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż zarzut ten został uznany przez zamawiającego oraz przez przystępującego za zasadny. Zamawiający i przystępujący uznawali więc prawną kwalifikację spółki cywilnej jako wykonawców (wspólników) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i związany z tym obowiązek złożenia ww. oświadczeń przez nich wszystkich, ale też nie przedsięwzięli żadnych kroków zmierzających do wykazani, iż podpisujący w imieniu spółki złożone oświadczenie, p. A. Szczepanik posiadał umocowanie do jego

---

złożenia w imieniu pozostałych wspólników (był ich pełnomocnikiem w tym zakresie) i tym samym należałoby je traktować jako oświadczenie wszystkich wspólników. Uwzględniając stanowisko procesowe stron, a także biorąc pod uwagę niesporny pomiędzy nimi stan faktyczny, po dokonaniu oceny zarzutu dotyczącego braku złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia przez T. Szelera i J. Musiałka, wspólników spółki Pixel Technology ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, po ocenie prawnej i faktycznej ustalonych okoliczności Izba uznaje zarzut za zasadny, stwierdza brak wykazania przez wspólników ww. spółki braku podstaw do ich wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia i potwierdza naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wyżej wymienionych do uzupełnienia wskazanych oświadczeń.
Istotę i status spółki cywilnej wyłożył Sąd Najwyższy w Wyroku z dnia 28 października 2003 r. sygn. akt I CK 201/02, a także w kontekście konsekwencji przeniesienia jej konstrukcji na grunt przepisów Pzp również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 mają 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 708/10. Skład orzekający Izby w pełni podziela wyrażone tam stanowisko.
Przepis art. 2 pkt 11 Pzp. stanowi, że wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.
Spółka cywilna nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu przywołanego przepisu. Stosownie do art. 860 Kodeksu cywilnego spółka cywilna jest stosunkiem prawno - zobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Spółka cywilna nie tworzy odrębnych podmiotowych struktur organizacyjnych, jest jedynie umową zwartą przez jej wspólników, której żaden przepis kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej wspólników, tak jak ma to miejsce w przypadku jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej, o których mowa w 33 k.c.. Istota spółki cywilnej wyczerpuje się więc w dwu - lub nawet wielostronnym stosunku obligacyjnym, łączącym wspólników.
Uczestnikami postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, są wspólnicy spółki cywilnej, których udział w postępowaniu traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 Pzp.

Do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio zgodnie z art. 23 ust 3 Pzp. Tym samym wszyscy wspólnicy spółki cywilnej, jako wykonawcy ubiegający się o zamówienie, powinni złożyć oświadczenie, o którym mowa § 2 ust. 1 pkt 1 powoływanego wyżej rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.
W związku z powyższym zasadne stało się nakazanie zamawiającemu wezwania wybranych wykonawców do uzupełnienia ww. oświadczeń.
Izba nie uznała natomiast za zasadny zarzutu odwołania dotyczącego zaniechania wykluczenia wspólników Pixel Technology z uwagi na postulowany przez odwołującego brak jej prawidłowego zabezpieczenia wadium.
Izba uznaje przedłożoną przez spółkę Pixel Technology gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium za wystarczająco zabezpieczającą interesy zamawiającego w całym okresie związania wykonawców ofertą, którą złożyli. Opisana w ustaleniach Izby gwarancja ubezpieczeniowa, jak wynika § 3 ust. 1 jej treści, obowiązuje przez cały okres związania ofertą.

Dodatkowo jako warunek wypłacenia sumy gwarantowanej czyli zaspokojenia gwarantowanych roszczeń beneficjenta wskazano konieczność zgłoszenia tych roszczeń przed upływem daty jej ważności. Powyższe w ocenie Izby, choć stanowić może znaczną niedogodność dla zamawiającego zmuszając go do szybkiej oceny czynności wykonawcy i szybkiego podejmowania decyzji i czynności własnych, to jednak nie przekreśla samego celu wadium jakim jest zabezpieczenie podpisania umowy, wniesienia zabezpieczenia wykonania umowy czy też uzupełnienia dokumentów w trakcie oceny ofert (okoliczności opisane w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp) w całym okresie związania ofertą oraz nie uniemożliwia realnego uzyskania kwoty gwarantowanej w przypadku wystąpienia ww. okoliczności w tym okresie. W każdej chwili, do samego końca okresu gwarancyjnego umocowany przedstawiciel zamawiającego może zawczasu udać się do Gwaranta i przedłożyć mu stosowne żądanie zapłaty, jeśli tylko otrzyma informację, że okoliczności stanowiące podstawę uruchomienia gwarancji właśnie wystąpiły.
Nie jest zasadne również przyjęcie, iż regularne godziny pracy wskazanego oddziału PZU uniemożliwiają doręczenie wezwania zapłaty do końca okresu obowiązywania gwarancji, tj. jakoby doręczenie wezwania na ww. adres mogło odbyć się tylko w tych godzinach. Można w tym zakresie wyobrazić sobie szereg sposobów dokonania takiego doręczenia również poza godzinami pracy oddziału, chociażby po uprzednim umówieniu się lub przekazanie pisemnego wezwania do zapłaty do wskazanego oddziału w formie elektronicznej opatrzonej

---

bezpiecznym, certyfikowanym podpisem elektronicznym, nawet jeżeli adres e-mail do takiego doręczenia w treści gwarancji nie został wskazany. W świetle restrykcyjnych regulacji dotyczących prowadzenia działalności ubezpieczeniowej, zasad współżycia społecznego i i ustalonych zwyczajów handlowych panujące w danej dziedzinie stosunków gospodarczych, nie sposób założyć, iż PZU S.A. wystawiając w dobrej wierze, której domniemanie należy przyjąć, przedmiotową gwarancję na okres do dnia 10.07.2011 r. włącznie oraz wiedząc i wskazując jakiego typu zobowiązania gwarancja ma zabezpieczać, w rzeczywistości skróciła okres jej obowiązywania przez faktyczne uniemożliwienie wykonania czynności, których w gwarancji wymagała i których dopuszczalną datę wskazała.
Ponadto jak słusznie zauważył zamawiający na rozprawie, dzień 10.07.2011 r. przypada na niedzielę, a więc dzień ustawowo wolny od pracy. Tymczasem zgodnie z art. 115 Kodeksu cywilnego, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień ustawowo wolny od pracy, termin taki upływa dnia następnego. Jakkolwiek termin związania ofertą i jego bieg nie podpadają pod powyższą regulację K.c., to jednak w tym przypadku chodzi o termin odrębny, na zgłoszenie roszczenia, a nie upływ terminu związania ofertą. Czynność prawna jaką jest gwarancja ubezpieczeniowa nie ustaliła innego sposobu obliczania terminów, w tym przypadku termin na zgłoszenie roszczeń z jej tytułu upływał będzie zgodnie z powołanym wyżej przepisem w dniu 11.07.2011 r.
W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Pixel Technology s.c. A. Szczepanik, T. Szeler, J. Musiałek z Łodzi uznano za niezasadny – w ustalonym stanie rzeczy nie można było stwierdzić aby wskazani wykonawcy nieprawidłowo zabezpieczyli swoją ofertę wadium.
Odnosząc się do wniosku zamawiającego o częściowe umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu przez niego uznanego i uwzględnienie powyższego przy orzekaniu o kosztach postępowania, Izba wskazuje, iż obowiązujące obecnie przepisy prawa nie przewidują takiej możliwości.
Według dyspozycji art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.
Natomiast zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
Przepisy ustawy nie znają instytucji częściowego umorzenia postępowania odwoławczego w związku z uwzględnieniem części zarzutów odwołania przez zamawiającego. Izba umarza/może umorzyć postępowanie odwoławcze jedynie w ściśle wskazanych i

---

kazuistycznie określonych w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy przypadkach. Ustawa w każdym takim przypadku wyraźnie odnosi możliwość umorzenia postępowania jedynie do sytuacji uznania przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Również tylko do takiej sytuacji odnosi się dyspozycja art. 186 ust. 2 zd 2 Pzp, która stanowi, iż w sytuacji uznania

całości zarzutów przez zamawiającego i umorzenia postępowania przez Izbę, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Izba związana zasadą legalizmu orzeka na podstawie przepisów prawa oraz w ich granicach, a kreowanie instytucji procesowych nieznanych przepisom, tu częściowego umorzenia postępowania, jedynie *per analogiam* należy uznać za niedopuszczalne.
Tym samym fakt zadeklarowania przez zamawiającego uznania zasadnych zarzutów odwołania poza znaczeniem procesowym w przedmiocie dowodzenia i potwierdzania zarzutów, nie wywiera jakiegokolwiek bezpośredniego wypływu na wynik postępowania odwoławczego i nie determinuje kształtu rozstrzygnięcia. To zasadność zarzutów odwołania, a nie stanowisko zamawiającego w ich sprawie, będzie decydująca dla uwzględnienia odwołania w myśl art. 192 ust. 1 i 2 Pzp.
Uwzględnienie części zarzutów stanowić więc będzie jedynie przyznanie się i potwierdzenie przez zamawiającego do niezgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia czyli jest przyznaniem faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy, które zostanie uwzględnione przez Izbę w trakcie orzekania o ile nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy i przepisami prawa. Powyższe nie stanowi jednak żadnej odrębnej instytucji procesowej znanej ustawie, wywierającej przewidziane w niej skutki, w szczególności skutek umorzenia postępowania odwoławczego w przyznanej części lub zniesienia jego kosztów.
Skoro uwzględnienie części zarzutów i zobowiązanie się do uczynienia zadość żądaniom odwołania przez zamawiającego, nie stanowi uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, skutkującego umorzeniem postępowania odwoławczego i obowiązkiem uczynienia zadość żądaniom odwołania (art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp), dopiero uwzględnienie odwołania przez Izbę spowoduje, iż zamawiający będzie miał obowiązek dokonania żądanych przez odwołującego czynności. Deklaratoryjne uznanie części zarzutów (deklaratoryjne w znaczeniu zapowiedzi dokonania stosownych modyfikacji siwz i ogłoszenia zgodnie z żądaniami odwołującego), w przypadku oddalenia z tego względu odwołania przez Izbę, nie gwarantowałoby wykonawcy, iż zamawiający rzeczywiście postulowane przez niego zmiany wprowadzi. W szczególności

---

wykonawca byłby w takiej sytuacji pozbawiony możliwości przeprowadzenia egzekucji orzeczenia Izby, które nie odnosiłoby się do uznanych przez zamawiającego zarzutów i żądań odwołania, a także wniesienia nowego odwołania względem czynności lub zaniechań czynności, które zamawiający swoim przyznaniem deklarował, a których nigdy nie wykonał, ze względu na upływ terminu do ich kwestionowania w drodze środków ochrony prawnej. Realizacji tego typu deklaracji (przyrzeczeń/zobowiązań...) zamawiającego, a przede wszystkim samego ustalenia ich znaczenia prawnego, odwołujący mógłby dochodzić jedynie na zasadach ogólnych przed sądem powszechnym. Prawdopodobnie, w takiej sytuacji, rozstrzygnięcie uzyskałby już po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia.
Kwestię odrębną dla rozstrzygnięcia odwołania stanowiłoby natomiast uwzględnienie przez zamawiającego części zarzutów odwołania (tych zasadnych) przy jednoczesnym dokonaniu, a nie tylko deklarowaniu, przez zamawiającego czynności zgodnych z żądaniami odwołania w tym zakresie czy inną likwidacją podnoszonych w odwołaniu naruszeń przepisów.
W tym zakresie, za uzasadnieniem wyroku Izby z dnia 8 kwietnia 2010 r., sygn. akt. KIO 415/10, wskazać należy, iż ustawa nie nakazuje *de lege lata* zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w razie uwzględnienie części zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zamawiający zatem, po ocenie związanego z tym ryzyka, może kontynuować postępowanie, z ograniczeniem wynikającym jedynie z art. 183 ust. 1 ustawy – brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę.
W takim przypadku, tj. przy powtórzeniu czy wykonaniu czynności postulowanych przez odwołującego czy ogólniej rzecz biorąc, zgodnych z prawem – co m.in. wskazała Izby w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 kwietnia 2011 r. , sygn. akt KIO 707/11 – należałoby za niezasadne uznać przyjęcie do orzekania stanu faktycznego już nieistniejącego w jego trakcie, bowiem na tę chwilę nie istniałyby kwestionowane czynności czy zaniechania zamawiającego i brak byłoby faktycznej podstawy sporu w tym zakresie – zarzuty tego typu należałoby pozostawić bez rozpoznania. Ewentualnie, nawet potwierdzenie podtrzymywanych przez odwołującego zarzutów i naruszeń, które nie wywierają już skutków

prawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w związku z ich uprzednią sanacją dokonaną przez zamawiającego, nie mogłoby posłużyć uwzględnieniu odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp jako niemające wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
Tymczasem zamawiający w trakcie postępowania odwoławczego nie starał się nawet wykazywać, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenia,

---

których brak w ofercie wybranej był kwestionowany w odwołaniu, zostały już uzupełnione i orzekanie w tym przedmiocie czy nakazywanie powyższego zamawiającemu jest już bezprzedmiotowe.
Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż potwierdzenie części zarzutów odwołania, w tym przypadku dotyczących zaniechania wezwania do uzupełnienia oświadczeń o niepodleganiu wykluczeniu, które w zaistniałej sytuacji mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, niezależnie od stanowiska zamawiającego w tym zakresie, w świetle dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy obligowało Izbę do uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....