

Sygn. akt: KIO 171/18

WYROK

z dnia 1 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Danuta Dziubińska
Dagmara Gałczewska-Romek
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2018 r. i 26 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Kamena C.D. sp. z o.o. w Gdyni, Safe CO LTD sp. z o.o. w Gdańsku, G. G.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **G. G., Deship Naval**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polski Rejestr Statków S.A. w Gdańsku** oraz **Celnet s. z o.o. sp. k. w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polski Rejestr Statków S.A. w Gdańsku oraz Celnet s. z o.o. sp. k. w Warszawie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp,**
2. **uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu odrzucenia oferty odwołującego z powodu niewniesienia wadium i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,**
3. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
4. **kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie i:**

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Kamena C.D. sp. z o.o. w Gdyni, Safe CO LTD sp. z o.o. w Gdańsku, G. G.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **G. G., Deship Naval** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- 4.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Kamena C.D. sp. z o.o. w Gdyni, Safe CO LTD sp. z o.o. w Gdańsku, G. G.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **G. G., Deship Naval** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie – 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), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „pełnienie funkcji inżyniera budowy dla inwestycji pod nazwą budowa dwóch wielozadaniowych jednostek pływających”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 października 2017 r., poz. 2017/S 190-389346.

19 stycznia 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Kamena C.D. sp. z o.o. w Gdyni, Safe CO LTD sp. z o.o. w Gdańsku, G. G., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą G. G., Deship Naval, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polski Rejestr Statków S.A. w Gdańsku oraz Celnet s. z o.o. sp. k. w Warszawie, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności odrzucenia oferty odwołującego,
 - 2) zaniechania czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa,
 - 3) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
 - 4) ewentualnie zaniechania czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia,
- odwołujący wniósł 29 stycznia 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 14 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r., poz. 459) (dalej: k.c.) przez przyjęcie, iż zapis pkt 9.3.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) nakładający obowiązek zamieszczania w treści gwarancji wadialnej elementów niewynikających z przepisów obowiązującymi prawa oraz praktyki (zwyczajów) pozyskiwania gwarancji wadialnej i zabezpieczania gwarancją wadialną ofert składanych przez wykonawców występujących wspólnie jest zapisem skutecznym, a tym samym złożenie przez odwołującego ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej nie zawierającej wszystkich wymaganych zapisem pkt 9.3.2. SIWZ elementów stanowi podstawę do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp,

- 2) art. 14 Pzp w zw. z art. 64 k.c. w zw. z art 45 ust. 6 pkt 3 Pzp w zw. art 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez błędne przyjęcie, iż okoliczność niewymienienia w treści złożonej w postępowaniu ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej nazw wszystkich członków konsorcjum (wykonawców występujących wspólnie) powoduje, że gwarancja ta nie stanowi skutecznego wniesienia wadium w postępowaniu, gdyż nie obejmuje zakresem ubezpieczenia sytuacji, w której przesłanka zatrzymania wadium ziściła się na skutek czynności członka konsorcjum nie wymienionego z nazwy w treści gwarancji ubezpieczeniowej,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez przyjęcie, iż gwarancja wadialna, w której treści powołano nazwę tylko jednego konsorcjanta stanowi o tym, że odwołujący wnioś wadium w niewłaściwej formie, a zatem zachodzą przesłanki odrzucenia oferty odwołującego,
- 4) art. 26 ust. 3a Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa w przypadku, gdy w ocenie zamawiającego pełnomocnictwo dołączone do oferty nie potwierdzało, że w dacie uzyskania gwarancji wadialnej SAFE Co. Ltd. Sp. z o.o. nie działała w imieniu konsorcjum,
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego pomimo, iż przystępujący nie wykazał, że spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.2.2.1 SIWZ, tj. nie posiada wymaganej wiedzy oraz doświadczenia w nadzorowaniu „dostawy” statków, a w konsekwencji również naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, które wprowadziły zamawiającego w błąd co do zakresu faktycznie posiadanego doświadczenia,
- 6) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22c ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z uwagi na okoliczność, iż przystępujący nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.2.3.2 SIWZ, tj. przystępujący nie posiada ubezpieczenia na kwotę 4.000.000 zł,
- 7) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22c ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z uwagi na okoliczność, iż przystępujący nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.2.3.1 SIWZ, tj. przystępujący nie posiada środków finansowych oraz zdolności kredytowej na kwotę 4.000,000 zł,
- 8) art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania w sytuacji kiedy wykonawca ten nie potwierdził, iż nie podlega wykluczeniu na podstawie ww. przepisów, ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów

potwierdzających fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia,

- 9) art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego w sytuacji przedstawienia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji w celu uzyskania wyższej liczby punktów w ramach kryterium „doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia” oraz „doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia w zakresie nadzoru i rozliczania zamówień dofinansowanych z Unii Europejskiej”,
- 10) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z dnia 19 stycznia 2018 r.,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 4) wykluczenia przystępującego z postępowania, a następnie odrzucenia jego oferty,
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, ewentualnie:
- 6) wezwania przystępującego do uzupełnienia brakujących dokumentów,
- 7) unieważnienia postępowania z uwagi na brak ważnych ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty z uwagi na wniesienie wadium w niewłaściwej formie.

Jako uzasadnienie swojej decyzji wskazał, że:

- w treści gwarancji wadialnej nie wskazano nazw wszystkich członków konsorcjum - co jest niezgodne z pkt 9.3.2 SIWZ,
- podmiotem zobowiązanym z gwarancji wadialnej jest SAFE Co Ltd. Sp. z o.o., który nie jest liderem konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu,
- gwarancja wadialna została wystawiona w dniu 30 października 2017 r., natomiast pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum do złożenia oferty zostało udzielone w dniu 2 listopada 2017 r., co oznacza gwarancja uprawnia zamawiającego do zaspokojenia roszczenia jedynie w sytuacji, kiedy SAFE złoży ofertę samodzielnie.

Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z powyższym rozstrzygnięciem zamawiającego. Wywiódł, że zamawiający w swym rozstrzygnięciu abstrahował od istoty konsorcjum (wspólnego występowania wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne). Wywiódł, że konsorcjum jest szczególną odmianą spółki cywilnej, związanej dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez połączenie się w jednej organizacji gospodarczej. Umowa będąca podstawą zawarcia współpracy, zasadniczo trwa tak długo, jak trwa umowa o zamówienie publiczne, i zwykle wraz z wykonaniem zamówienia publicznego konsorcjum jest rozwiązywane. Wskazywał, że analogicznie bowiem jak w

przypadku spółki cywilnej odpowiedzialność za zobowiązania spółki ponoszą wszyscy wspólnicy solidarnie (art. 864 k.c.). Podnosił, że odpowiedzialność solidarna (art. 366 k.c.) jest wyjątkiem od zasady wyrażonej w art. 379 kodeksu cywilnego, stanowiącej, że w przypadku istnienia kilku dłużników i świadczenia podzielnego, dług dzieli się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest dłużników. Argumentował, że w związku z wyjątkowym charakterem niniejszej regulacji, kształtującej odpowiedzialność solidarną, wymienionych przesłanek nie należy interpretować rozszerzające. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący i odmienne uregulowanie zakresu odpowiedzialności uczestników konsorcjum, jakkolwiek może mieć znaczenie w stosunkach wewnętrznych uczestników konsorcjum nie jest wiążące dla zamawiającego. Odmienne postanowienie umowne należy traktować jako sprzeczne z ustawą i w związku z tym nieważne (art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego). Zdaniem odwołującego odpowiedzialność solidarna wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia jest tzw. odpowiedzialnością solidarną bierną, tzn. występującą po stronie dłużnika. Odpowiedzialność solidarna wykonawców, posiada dla zamawiającego także doniosłe znaczenie procesowe. W szczególności zamawiający może dochodzić roszczenia przeciwko wszystkim dłużnikom w jednym pozwie.

Odwołujący podniósł także, że celem wadium jest zabezpieczenie zapłaty określonej sumy (przez wykonawcę lub podmiot trzeci na rzecz zamawiającego) przez cały okres związania ofertą. Ze swej istoty wadium zabezpiecza bowiem roszczenia odszkodowawcze zamawiającego na wypadek uchylenia się przez zwycięskiego wykonawcy od zawarcia umowy finalnej. Podnosił, że wadium stanowi surogat odszkodowania. Obok funkcji zabezpieczającej pełni także funkcję rekompensacyjną. Wykonawcy uchylającemu się od obowiązku zawarcia umowy finalnej nie może grozić nic więcej, niż utrata wadium, a dochodzenie odszkodowania uzupełniającego jest wykluczone. Zastrzeżenie wadium skutkuje więc w tym sensie, że obciąża wykonawcę określonym świadczeniem pieniężnym. Wskazywał, iż wadium nie jest dokumentem formalnym, ale dokumentem gwarancyjnym, co w konsekwencji powoduje, że na kanwie zaistniałego stanu faktycznego ocena czy złożone przez niego wadium jest prawidłowe powinna polegać na zbadaniu czy zamawiający jest w stanie skutecznie zaspokoić swoje roszczenia na podstawie złożonego dokumentu gwarancyjnego aniżeli polegać na zbadaniu czy w jej treści zostały zawarte wszystkie wymagane w SIWZ elementy. Odwołujący wywiódł, że nie można się ograniczać do formalnej weryfikacji elementów tekstu złożonych gwarancji wadium bez podjęcia pogłębionej analizy istoty problemu, tj. ustaleniem czy zamawiający będzie zaspokojony z żądania zapłaty sumy ubezpieczeniowej w przypadku gdy złożona gwarancja wskazuje na nazwę tylko jednego konsorcjanta o czym mowa w uzasadnieniu odwołania. W dalszej kolejności przywołał stanowiska z orzecznictwa i piśmiennictwa, które – jego zdaniem – potwierdzały prawidłowość jego stanowiska. W konsekwencji wywiódł, że zasadne jest

stanowisko, zgodnie z którym wadium wniesione przez jednego z wykonawców składających ofertę wspólnie z innymi podmiotami w postępowaniu o udzielenie zamówienia zabezpiecza działania wszystkich podmiotów występujących razem. Należy wziąć pod uwagę cel wadium - zabezpieczenie oferty, a nie wszystkich działań podmiotu lub podmiotów w postępowaniu. Przesłanki określone w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp odnoszą się do wszystkich wykonawców składających ofertę wspólnie, jak i do każdego z nich z osobna.

Odwołujący podniósł, że Pzp daje możliwość wniesienia wadium w formie: pieniężnej (przelew środków na konto zamawiającego) oraz niepieniężnej (gwarancje, poręczenia). Argumentował, że w przypadku wniesienia gwarancji w formie pieniężnej polecenie przelania środków może być wydawane przez jednego z konsorcjantów, a także przez podmiot całkowicie niezwiązany z udziałem w przetargu, a zamawiającemu nie przysługują żadne uprawnienia natury prawnej, aby tego rodzaju czynność zakwestionować. W takiej sytuacji bez względu na to czy wadium zostało wniesione przez lidera czy partnera konsorcjum zamawiający uznaje je za skuteczne, a w przypadku zaistnienia przesłanek przewidzianych w ustawie zatrzymuje środki będące w jego dyspozycji. W przypadku, gdy wykonawca - konsorcjum kwestionuje podstawy zatrzymania wadium posiada uprawnienie wystąpienia do sądu z powództwem cywilnym o zwrot nienależycie zatrzymanego wadium. Powództwo składane jest przez wszystkich członków konsorcjum, a nie przez wykonawcę, który faktycznie przelał środki finansowe tytułem wadium. Zdaniem odwołującego analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku wniesienia wadium w formie niepieniężnej. Zamawiający zwraca się do gwaranta o zapłatę sumy gwarancyjnej, a gwarant z uwagi na charakter będzie zobowiązany do wykonania ww. zobowiązania. Ewentualne spory o zasadność zatrzymania wadium będą rozstrzygane na linii zamawiający - konsorcjum.

Odwołujący podniósł, że przepisy Pzp nie zabraniają, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnieśli wadium w częściach (dotyczy również wadium niepieniężnego). Idąc tokiem rozumowania zamawiającego w takiej sytuacji w przypadku zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium w wyniku działania jednego z konsorcjantów. Niemniej jednak w orzecznictwie przyjmuje się, że zamawiający ma możliwość zaspakajania się z każdej części wadium niezależnie od faktycznych przyczyn jego zatrzymania. stawianie wobec wadium wnoszonego w formie niepieniężnej dodatkowych obostrzeń stanowi nieuprawnione ograniczenie prawa wykonawcy co do wyboru sposobu zabezpieczenia oferty. Wskazywał, iż art. 45 ust. 6 Pzp nie dokonuje hierarchizacji form wniesienia wadium oraz nie wskazuje dodatkowych wymogów co wadium wnoszonego w formie niepieniężnej. W związku z tym zachowanie zamawiającego nie powinno zasługiwać na aprobatę i winno być rozpatrywane w kategoriach obejścia prawa.

Odwołujący podniósł także, że podstawą prawną dla wystawienia przez zakład ubezpieczeń gwarancji ubezpieczeniowej jest art. 4 ust. 1 z dnia 11 września 2015 r. o

działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. z 2017 r., poz. 1170) zgodnie z którym przez działalność ubezpieczeniową rozumie się wykonywanie czynności ubezpieczeniowych związanych z oferowaniem i udzielaniem ochrony na wypadek ryzyka wystąpienia skutków zdarzeń losowych. W ust. 7 pkt 1 ww. przepisu wskazuje się, że czynnościami ubezpieczeniowymi jest zawieranie umów ubezpieczenia, umów gwarancji ubezpieczeniowych lub zlecenie ich zawierania uprawnionym pośrednikom ubezpieczeniowym w rozumieniu ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz. U. z 2016 r. poz. 2077 oraz z 2017 r. poz. 60), a także wykonywanie tych umów.

Zgodnie z art. 805. § 1 k.c. przez umowę ubezpieczenia ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. Gwarancja ubezpieczeniowa jest zobowiązaniem o charakterze abstrakcyjnym, „oderwanym” i niezależnym od jakichkolwiek stosunków prawnych oraz relacji faktycznych, które doprowadziły do powstania tego zobowiązania. Dla wypłaty kwoty wadium nie ma znaczenia stosunek podstawowy łączący zleceniodawcę z beneficjentem, będący przyczyną udzielenia gwarancji. Powyższe nie wynika zatem z dopuszczenia „rozszerzającej interpretacji” treści gwarancji, lecz z abstrakcyjnej natury zobowiązania gwarancyjnego. Nie można pomijać przy tym natury abstrakcyjnego stosunku zobowiązaniowego, jaki powstaje w wyniku złożenia zobowiązania przez gwaranta do wypłaty kwoty wadium, opatrzonego klauzulą „nieodwołalnie i bezwarunkowo” wobec beneficjenta, niezależne od stosunków wewnętrznych łączących ubezpieczyciela z dłużnikiem - konsorcjum oraz dłużnika z wierzycielem - zamawiającym. Abstrakcyjny charakter tego zobowiązania uniemożliwia skuteczne podniesienie zarzutów przeciw wierzycielowi (beneficjentowi gwarancji) ze stosunku podstawowego, a gwarant zobowiązany jest do świadczenia już z momentem przedstawienia przez beneficjenta żądania zapłaty sumy gwarancyjnej. Istotne jest zatem to, aby gwarancja prawidłowo wskazywała zamawiającego oraz postępowanie w jakim wadium jest wnoszone w celu zabezpieczenia roszczeń o wypłatę sumy gwarancyjnej na wypadek wystąpienia zdarzeń opisanych w treści gwarancji.

Odwolujący argumentował, że gwarancja ubezpieczeniowa jest dokumentem, którego treść określa kształt zobowiązania umownego, a tym samym zakres uprawnień i obowiązków stron: gwaranta, beneficjenta (zamawiającego) oraz zleceniodawcy (uczestnika przetargu, na którego zlecenie wystawiana jest gwarancja). Konsorcjum nie posiada osobowości prawnej, a zatem gwarant dokonując oceny ryzyka w celu przygotowania gwarancji wadialnej na potrzeby konkretnego postępowania nie bada konsorcjum jako tworu, ale bada kondycję finansową podmiotu - zleceniodawcy, który ubiega się o pozyskanie gwarancji. Wywodził, że uzyskanie gwarancji wadialnej jest poprzedzone badaniem ryzyka, kondycji finansowej

zlecającego oraz uzyskaniem zabezpieczenia, często finansowego, na pokrycie ewentualnych zobowiązań ubezpieczającego. W dalszej kolejności zlecający jest zobowiązany do zapłaty składki. Po wykonaniu ww. formalności gwarant przekazuje zlecającemu dokument gwarancji. W większości wypadków podmioty ubezpieczające wystawiają gwarancje wadialne na podstawie posiadanych przez siebie wzorów, gdzie jako podmiot „zobowiązany” czy też „zlecający” figuruje podmiot, który zwrócił się formalnie o wystawienie gwarancji. Działanie zamawiającego w związku z tym należy rozpatrywać w kontekście naruszenia art. 58 § 2 k.c., gdyż przeczy ustalonym praktykom oraz zwyczajom w pozyskiwaniu gwarancji wadialnych.

Odnosząc się do argumentów zawartych w decyzji zamawiającego z dnia 19 stycznia 2018 r. jakoby w dniu pozyskania gwarancji wadialnej SAFE nie był podmiotem umocowanym do działania w imieniu konsorcjum odwołujący załączył do odwołania wstępną umowę konsorcjum z dnia 23 października 2017 r. (tj. zawartą na tydzień przed pozyskaniem gwarancji wadialnej) z której wynika, iż SAFE jest zobowiązany do pozyskania wadium w postępowaniu. W dniu 02 listopada 2017 r. podmioty podpisały ostateczną umowę konsorcjum, w której potwierdziły obowiązki poszczególnych stron. Niemniej jednak abstrahując od powyższego ww. twierdzenia zamawiającego nie zasługują na aprobatę, gdyż zamawiający był zobowiązany do wezwania odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum w celu faktycznego ustalenia czy na dzień 30 października 2017 r. SAFE był uprawniony do działania w imieniu konsorcjum. W ocenie odwołującego zamawiający niewykonując tej czynności naruszył dyspozycję ww. przepisu. Odwołujący podniósł ponadto, że zgodnie z pkt 2 SIWZ zamawiający prowadzi w postępowanie w ramach tzw. procedury odwróconej, która polega na tym, iż zamawiający najpierw ocenia oferty (w ramach kryterium oceny ofert oraz w ramach przesłanek z art. 89 ust. 1 Pzp), a następnie bada czy wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu. W niniejszym stanie faktycznym w postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców, odwołujący i przystępujący.

Odwołujący wywiódł, że w świetle kryteriów ceny ofert to oferta odwołującego powinna otrzymać maksymalną liczbę punktów, a tym samym powinna zostać uznana za najwyżej ocenioną. W przypadku jednak, gdy zamawiający uznał, że oferta odwołującego polega odrzuceniu powinien zaniechać jej dalszego badania i nie czynić w jej zakresie żadnych czynności. W dniu 21 grudnia 2017 r. zamawiający wezwał konkurenta odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających ww. okoliczności. Tym niemniej jednak zamawiający w dniu 3 stycznia 2018 r. wezwał odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium. Skoro zamawiający rzekomo uznaje, iż oferta odwołującego nie zawierała prawidłowo wniesionego wadium zamawiający nie był zobowiązany kierować ww. wezwania, gdyż były ono bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia

sprawy. W świetle ww. okoliczności uznać należy, iż zamawiający dokonał szeregu rażących naruszeń, które dają możliwość przyjęcia stanowiska, iż do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający zakładał, iż przedłożone w postępowaniu wadium odwołującego jest skuteczne. W przeciwnym razie zamawiający nie kierowałby ww. wezwania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał wykazaniem się przez wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu następującym doświadczeniem:

„w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch usług, których przedmiotem pozostawał nadzór nad realizacją i rozliczenie dostawy, przy czym:

- *przedmiotem jednej z dostaw był pełnomorski statek specjalistyczny o wartości dostawy (rozumianej jako wartość wynagrodzenia wskazanego w umowie, której przedmiotem pozostawała dostawa) wynoszącej minimum 60 mln złotych brutto,*
- *przedmiotem drugiej z dostaw był pełnomorski statek o wartości dostawy (rozumianej jako wartość wynagrodzenia wskazanego w umowie, której przedmiotem pozostawała dostawa) wynoszącej minimum 100 mln złotych brutto”.*

Odwołujący wskazał, że przystępujący w złożonej przez siebie ofercie wskazał, iż świadczył usługi nadzoru w następującym zakresie:

- 1) „pełnomorski statek specjalistyczny „Kormoran” - niszczyciel min dla Marynarki Wojennej RP - usługa realizowana na rzecz Remontowa Shipbuilding SA; w nazwie zadania wskazano; „nadzór nad realizacją i rozliczenie dostawy - pełnomorski statek specjalistyczny”
- 2) „pełnomorski statek specjalistyczny „Onyx” - holownik dla Polskiego Ratownictwa Okrętowego - usługa realizowana na rzecz Polskie Ratownictwo Okrętowe sp. z o. o.; w nazwie zadania wskazano: „nadzór nad realizacją i rozliczenie dostawy - pełnomorski statek”.

Odwołujący podniósł, że ww. usługi nie spełniają przedmiotowego warunku, gdyż usługa była świadczona nad budową, a nie dostawą statku. Wynika to wprost z załączonych do wykazu usług referencji, gdzie w przypadku usługi nr 1) wskazano, że PRS wykonał: „usługę polegającą na zatwierdzaniu dokumentacji klasyfikacyjnej wraz z nadzorem nad budową (...). Usługa wskazana w pkt 2) również nie obejmowała swoim zakresem nadzoru nad dostawą specjalistycznej jednostki pływającej. Odwołujący wywiódł także, że z uwagi na przedmiot zamówienia opisany w pkt 3 SIWZ w kontekście brzmienia ww. warunku nie sposób uznać, iż przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający w pkt 3 SIWZ opisał szereg obowiązków inżyniera budowy do których zalicza się m.in. nadzór nad działaniami podejmowanymi przez dostawcę, w tym administrowanie i zarządzanie umową,

nadzór nad przestrzeganiem ustalonego budżetu, rozliczenie umowy w imieniu zamawiającego z dostawcą w oparciu o przekazane przez zamawiającego dokumenty finansowe. Z informacji zawartych w SIWZ wynika, iż zamawiający w ramach odrębnego postępowania dokona wyboru oferty wykonawcy, który będzie zobowiązany do dostawy statku. W ramach przedmiotowego zamówienia zamawiający zamierza wyłonić wykonawcę, który będzie z ramienia zamawiającego świadczył nadzór nad dostawą. Odwołujący argumentował, iż przedmiot zamówienia będzie polegał na przejęciu przez wykonawcę funkcji administracyjnej związanej z rozliczeniem oraz odbiorem wielozadaniowych jednostek pływających. Z OPZ oraz umowy wynika, iż wyłoniony wykonawca nie będzie pełnił funkcji związanych z nadzorem nad wykonaniem ww. jednostek w ścisłym tego słowa znaczeniu, a więc nie można przyjąć, iż nadzór w tym przypadku rozciąga się na budowę ww. jednostek.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z § 5 ust. 2 wzoru umowy: „inżynier będzie świadczył Usługi zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, Dokumentami oraz z zachowaniem najwyższych standardów stosowanych przy nadzorze i budowie oraz dostawie obiektów analogicznych do Inwestycji, w sposób odpowiadający postanowieniom Kontraktu.”

Wskazywał, że zgodnie z pkt 1 OPZ: „Zamawiający zleca Inżynierowi świadczenie Usług, na które składają się między innymi i w szczególności:

- a) opiniowanie i zarządzanie dokumentami sporządzonymi przez Wykonawcę i Dokumentami (określonymi w Umowie Nr ...),
- b) koordynacja i nadzór realizacji robót, usług i dostaw prowadzonych przez Wykonawcę, w zakresie Inwestycji,
- c) nadzorowanie przestrzegania zasad BHP i przepisów prawa dotyczących Inwestycji,
- d) administrowanie i zarządzanie Kontraktem.
- e) współpraca z Towarzystwem Klasyfikacyjnym w zakresie realizacji przedmiotu Kontraktu,
- f) nadzór nad przestrzeganiem przekazanego przez Zamawiającego budżetu Inwestycji,
- g) rozliczanie Kontraktu,
- h) nadzór nad usunięciem wad przedmiotu Inwestycji,
- i) prowadzenia wszelkich działań wynikających ze sprawowania funkcji Inżyniera zgodnie z Kontraktem. W zakresie opisanym w Kontrakcie, przed wydaniem decyzji Inżynier zobowiązany jest uzyskać pisemną zgodę Zamawiającego,
- j) rozliczanie Kontraktu w oparciu o dokumenty finansowe i zasady obowiązujące dla POliŚ i przygotowanie niezbędnych dokumentów do i przy realizacji Kontraktu w ramach Inwestycji finansowanej ze środków POliŚ;
- k) nadzór nad sporządzeniem i weryfikacją dokumentów Wykonawcy w sposób zgodny z Kontraktem oraz Prawem,

i) wszelkich innych działań związanych z nadzorem, administrowaniem, zarządzaniem i/lub kontrolowaniem Inwestycji.

Odwołujący wywiódł, że doświadczenie jakim legitymuje się przystępujący jest nie tylko niezgodne z literalnym, dosłownym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu, ale jest również nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Wskazywał, iż przystępujący posiada doświadczenie w nadzorze budowy statków, a nie ich dostawą (kwestie administracyjne, rozliczanie kontraktu, działanie w imieniu podmiotu zamawiającego etc.). Odwołujący wskazał, iż prawo zamówień publicznych w sposób wyraźny rozgranicza pojęcie „dostawy” od pojęcia „robót budowlanych” - które zostały zdefiniowane odpowiednio w art. 2 pkt 2 i pkt 8 Pzp. Zatem nie sposób przyjąć, iż na kanwie niniejszego stanu faktycznego nadzór nad „budową” statku jest równoznaczny z nadzorem nad „dostawą” statku. Odwołujący wskazał także, iż na gruncie prawa zamówień publicznych w przypadku rozbieżności interpretacyjnych SIWZ należy zastosować wykładnię literalną, tj. zapisy SIWZ należy rozumieć tak jak wynika z ich dosłownego brzmienia. Zdaniem odwołującego przystępujący celowo i w wyniku rażącego niedbalstwa przedstawił informacje nieprawdziwe, wprowadzające w błąd zamawiającego co do zakresu posiadanego doświadczenia. W świetle powyższego działanie przystępującego powinno skutkować wykluczeniem go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 Pzp. Argumentował również, iż przystępujący posiadający referencje z których wprost wynikał zakres realizowanej usługi miał świadomość - lub bez żadnych przeszkód z łatwością mógł taką informację pozyskać - iż nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a mimo tego w wykazie zrealizowanych usług wskazał, iż posiada doświadczenie w nadzorze nad dostawą. W związku z powyższym nie powinno budzić żadnych wątpliwości, iż przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących polisy OC złożonej przez przystępującego odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią pkt 5.2.3.2 SIWZ wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu byli zobowiązani wykazać się posiadaniem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 4,0 mln złotych. Odwołujący wskazał, że przystępujący złożył w dniu 29 grudnia 2017 r. polisę OC, z której wynika, że obejmuje ona zakresem swojego ubezpieczenia 3 podmioty:

- * Polski Rejestr Statków S.A.,
- * PRS Shanghai Vessel Inspection Company Ltd.,
- * UAB „POLSKI REJESTR STATKÓW KLAIPEDA”,

Argumentował, że warunkiem posłużenia się zbiorową polisą jest jednak to, aby z przedłożonego dokumentu wynikało bezspornie dla zamawiającego, że objęcie ubezpieczeniem innych podmiotów pozostaje bez wpływu na możliwość korzystania przez

danego wykonawcę z przysługującej mu samodzielnie sumy gwarancyjnej zgodnej z wymaganiem SIWZ. Zdaniem odwołującego wykonawca może posługiwać się polisą zbiorową w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem możliwości korzystania przez niego z przysługującej mu samodzielnie sumy gwarancyjnej. Na podstawie przekazanych informacji nie można natomiast stwierdzić, czy przedkładając niniejszą polisę wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu. W polisie złożonej przez przystępującego nie dokonano wyszczególnienia ww. okoliczności, a zatem nie ma podstaw do przyjęcia, iż potwierdza ona przesłanki, o których mowa w pkt 5.2.3.2 SIWZ.

Odwołujący podniósł również, że na podstawie art. 814 Kodeksu cywilnego, 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. Z powyższego wynika, iż co do zasady odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następnego po zawarciu umowy nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Z przedłożonej przez przystępującego polisy OC wynika, że I rata składki powinna zostać opłacona do 20 listopada 2017 r. jednakże przystępujący nie przedstawił dowodu opłacenia składki ubezpieczeniowej.

Odwołujący wskazał ponadto, iż polisa OC została podpisana przez brokera ubezpieczeniowego, zatem ocena skuteczności ubezpieczenia powinna obejmować również analizę pełnomocnictwa dla osoby podpisującej polisę wystawioną przez uprawnione przez towarzystwo WARTA osoby. Zamawiający zatem był zobowiązany do wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania względnie wezwania go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 Pzp, z tym że odwołujący podniósł, iż zgodnie z aktualnym orzecznictwem KIO przystępujący będzie zobowiązany wykazać fakt ubezpieczenia na dzień złożenia oferty, a nie na dzień wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie ww. przepisu.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących warunku w zakresie zdolności finansowej odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali środki finansowe oraz zdolność kredytową na poziomie 4.000.000,00 zł. Wywiódł, że przystępujący złożył szereg dokumentów stanowiących wydruki z banków potwierdzających wysokość środków finansowych. Odwołujący wskazał, iż wydruki z kont nie stanowią dokumentu stanowiącego „opinię z banku”. Opinia bankowa banku Millenium nie potwierdza dysponowania ww. środkami, gdyż wskazuje, iż przystępujący posiada 3.151.164,05 zł. W świetle powyższego nie sposób uznać, iż przystępujący spełnił ww. warunek. Zamawiający powinien zatem wykluczyć przystępującego z postępowania względnie wezwać go do uzupełnienia brakujących dokumentów.

W odniesieniu do zarzutu niewykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 6.5. SIWZ wykonawcy byli zobowiązani przedstawić dokumenty:

„f) aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art 24 ust. 1 p. 13 i 14 ustawy PZP wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert - dotyczy Wykonawców będących osobami fizycznymi osobami prawnymi i spółkami prawa handlowego”.

Odwołujący wywiódł, że z przedstawionych przez przystępującego dokumentów wynika, że prezesem spółki Celnet jest p. G., dla którego złożono informację z KRK w formie wydruku komputerowego. Podniósł, że dokument w ww. formie nie jest dokumentem właściwym na potrzeby ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle ww. okoliczności zamawiający winien wykluczyć przystępującego z postępowania względnie wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu. Odwołujący podniósł ponadto, że przystępujący zaniechał złożenia zaświadczenia o niekaralności dla p. Podbiała - członka rady nadzorczej Polskiego Rejestru Statków S.A.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących złożenia nieprawdziwych informacji przez przystępującego w celu uzyskania dodatkowych punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert odwołujący podniósł, że zamawiający w pkt 21.1 SIWZ określił zasady przyznawania punktów w ramach kryterium pozacenowego. Zgodnie z jego brzmieniem wykonawcy mieli możliwość otrzymania dodatkowych punktów za wykazanie doświadczenia w wykonywaniu usług nadzoru nad budową i rozliczeniem specjalistycznych statków morskich (Kierownik zespołu) oraz w wykonywaniu usług nadzoru i rozliczenia projektów realizowanych przy wsparciu środków z UE (Kierownik zespołu lub zastępca Kierownika zespołu).

Wskazał, że przystępujący w celu wykazania powyższego wskazał na ww. stanowiska odpowiednio p. Z. R. oraz p. G. P.. Wywiódł, że w zakresie p. R. wskazano, iż pełnił on funkcję koordynatora projektu dla projektu „Oceanograf” oraz „Kormoran” - z informacji posiadanych przez odwołującego w ramach ww. projektu nie przewidziano ww. funkcji. Analogicznie w przypadku p. P. i pełnienia przez niego funkcji Kierownika Inspektoratu dla inwestycji „Oceanograf”. Odwołujący podkreślał także, że w tak złożonym przedsiębiorstwie jak PRS nie ma fizycznej możliwości aby bezpośrednio pełnili funkcję Koordynatora projektu i osoby odpowiedzialnej za rozliczanie finansowe projektów unijnych. Żaden pracownik PRS nie rozlicza w imieniu Zleceniodawcy finansowych aspektów projektu. Jest to funkcja przypisana do osób będących pracownikami lub osobami zatrudnionymi bezpośrednio przez zlecającego. W żadnym wypadku takich zadań nie powierza się pracownikom klasyfikatora ponieważ byłoby to zlecenie do jednej osoby przeciwstawnych funkcji, które wzajemnie się wykluczają. Zatem przystępujący celowo wskazał w wykazie

osób nieprawdziwe informacje, co stanowi przesłankę do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w części w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp. W pozostałym zakresie 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 Polski Rejestr Statków S.A. w Gdańsku oraz Celnet s. z o.o. sp. k. w Warszawie. Nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w ww. części. W pozostałym zakresie wnieśli o oddalenie odwołania. Złożyli pisma procesowe, w których przedstawił 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), ofertę odwołującego, ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 29 grudnia 2017 r. wraz z załącznikami, wezwanie zamawiającego z 8 stycznia 2017 r. skierowane do przystępującego, odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 10 stycznia 2018 r., pismo odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą z wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 19 stycznia 2018 r., odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, pisma procesowe przystępującego wraz z załącznikami, pisma procesowe odwołującego wraz z załącznikami, 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 Polski Rejestr Statków S.A. w Gdańsku oraz Celnet s. z o.o. sp. k. w Warszawie, 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 odrzucona, zaś jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez przystępującego. Oferta odwołującego była oferta korzystniejszą od oferty przystępującego na podstawie kryteriów oceny ofert. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia własnej oferty oraz wykonania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu.

Dopuszczalność kwestionowania przez odwołującego czynności odrzucenia jego własnej oferty nie była kwestionowana. Przystępujący w swym piśmie procesowym z 13 lutego 2018 r. podniósł natomiast, że odwołujący nie wykazał legitymacji do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp w stosunku do tej części odwołania, w której odwołujący domagał się wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu. Przystępujący podniósł, że oferta odwołującego, w sytuacji braku jej odrzucenia, byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. W tej sytuacji przystępujący wywiódł, że odwołujący wykazał przesłanki do wniesienia odwołania jedynie w stosunku do czynności odrzucenia jego własnej oferty. Argumentował, że ewentualne naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp polegające na zaniechaniu czynności wykluczenia przystępującego z postępowania nie utrudniły ani nie uniemożliwiły odwołującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji przystępujący wywiódł, że odwołujący nie ma legitymacji, aby kwestionować poprawność oferty i dokumentów złożonych przez przystępującego.

Stanowisko przystępującego jest niezasadne. Jak wskazano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 (Archus et Gama) *Dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienioną dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie*

decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że identyczna sytuacja miała miejsce w analizowanej sprawie. Odwołujący zaskarżył jednocześnie decyzję zamawiającego o odrzuceniu własnej oferty i decyzję o udzieleniu zamówienia przystępującemu. W świetle ww. wyroku odwołujący miał do tego prawo, a interes w uzyskaniu danego zamówienia w tej sytuacji należy rozumieć także jako możliwość uzyskania zamówienia w kolejnym postępowaniu dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia, które zostanie wszczęte w razie ewentualnego unieważnienia obecnego postępowania. Wobec powyższego wniosek przystępującego nie mógł zostać uwzględniony.

Postępowanie odwoławcze w części podlegało umorzeniu.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp. Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, zaś przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w tej części. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.* Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co nie nastąpiło.

Rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego 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 uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w szeregu orzeczeń Izby m.in. w wyroku

KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

W zakresie rozpatrywanym merytorycznie odwołanie zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Za zasadny uznano zarzut dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego w powodu niewniesienia wadium.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 b Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Stosownie zaś do art. 45 ust. 3 Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.*

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W pkt 9.1 (specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ)) zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek wniesienia przed upływem terminu składania ofert wadium w wysokości 120.000,00 zł.

W pkt 9.2 SIWZ zamawiający wskazał, że wadium może być wniesione m.in. w gwarancjach ubezpieczeniowych.

W pkt 9.3. zamawiający wskazał, że *w przypadku składania przez wykonawcę wadium w formie gwarancji, powinna ona zostać sporządzona zgodnie z obowiązującymi przepisami, być bezwarunkowa i nieodwołalna oraz zawierać następujące elementy:*

(...)

2) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją, w tym w szczególności określenie podmiotu składającego ofertę (wykonawcy) – w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wskazanie wszystkich tych podmiotów (wykonawców), (...)

5) nieodwołane zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, które zawierać będzie oświadczenie, że:

a) wykonawca (którykolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej, lub

- b) wykonawca (którykolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- c) wykonawca (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia), którego oferta została wybrana, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
- d) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), którego oferta została wybrana.

Ustalono, że termin składania ofert upływał w dniu 9 listopada 2017 r. o g. 10.30 (s. 7 protokołu postępowania).

Do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył odwołujący, to jest wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Kamena C.D. sp. z o.o. w Gdyni, Safe CO LTD sp. z o.o. w Gdańsku, G. G., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą G. G. Deship Naval.

Do oferty załączono gwarancję wadialną wystawioną przez T.U. Allianz S.A. w Warszawie z 30 października 2017 r. W gwarancji tej jako „Zobowiązane” wskazano: Safe Co LTD sp. z o.o. w Gdyni.

W pkt 3 gwarancji wskazano, że *roszczenie z tytułu gwarancji powstaje, gdy:*

- 1) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązane jako najkorzystniejszej, lub
- 2) oferta Zobowiązane została wybrana, oraz:
 - a) Zobowiązany odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
 - b) Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
 - c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązane.

Do oferty załączono także pełnomocnictwo z 2 listopada 2017 r., w którym Safe Co LTD sp. z o.o. i G. G. udzielają spółce Kamena C.D. sp. z o.o. w Gdyni pełnomocnictwa do wykonywania w imieniu i na rzecz Safe sp. z o.o. oraz na rzecz G. G. wszelkich czynności prawnych i faktycznych związanych z udziałem w przedmiotowym postępowaniu.

Ustalono także, że pismem z dnia 19 stycznia 2018 r. zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z uwagi na brak wniesienia prawidłowego wadium przez wykonawcę. W uzasadnieniu faktycznym swej czynności zamawiający wskazał, że spółki Kamena, Safe a także Deship pozostają wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał, że do ofert zostało załączone pełnomocnictwo udzielone 2 listopada 2017 r. na rzecz spółki Kamena przez Safe i Deship do reprezentowania tych podmiotów i wykonywania wszelkich czynności w postępowaniu. Tymczasem z treści gwarancji wadialnej wynika, że wystawiona ona została 30 października 2017 r. wyłącznie na rzecz jednego z konsorcjantów Safe. Treść gwarancji wskazuje, iż jedynie ten podmiot jest z niej zobowiązany. Gwarancja nie odnosi się w swej treści do żadnego z pozostałych konsorcjantów – w szczególności nie wskazuje, że Safe działa w ramach konsorcjum lub jako pełnomocnik pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał także, że wprost określił w SIWZ wymagania dotyczące dokumentu gwarancji wadialnej, wskazując w pkt 9.3.2., iż *w przypadku składania przez wykonawcę wadium w formie gwarancji, powinna ona zostać sporządzona zgodnie z obowiązującymi przepisami, być bezwarunkowa i nieodwołalna oraz zawierać następujące elementy:*

2) *określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją, w tym w szczególności określenie podmiotu składającego ofertę (wykonawcy) – w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wskazanie wszystkich tych podmiotów (wykonawców), (...).*

Zamawiający wywiódł także, że spółka Safe nie pozostawała umocowanym pełnomocnikiem pozostałych wykonawców w zakresie czynności uzyskania wadium. Z treści pełnomocnictwa wynika bowiem, że umocowanym do działania w imieniu pozostałych konsorcjantów pozostawała spółka Kamena a nie Safe. Co więcej, z samej treści tego pełnomocnictwa wynika, że w dniu 2 listopada 2017 r. konsorcjum dopiero powstało (zawarta została umowa konsorcjum). Zatem w dacie uzyskiwania wadium przez Safe, konsorcjum nie zostało jeszcze zawiązane. W takiej sytuacji wydaje się możliwa okoliczność braku należytego zabezpieczenia interesów zamawiającego. Wskazał, że wniesienie wadium jest prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. Ponadto zamawiający podniósł, że ustawa Pzp nie pozwala na konwalidowanie wniesionego dokumentu gwarancji wadialnej.

Ustalono również, że odwołujący do odwołania wniesionego w dniu 29 stycznia 2018 r. załączył wstępną umowę konsorcjum z dnia 23 października 2017 r. zawartą pomiędzy Kamena C.D. sp. z o.o., Safe Co LTD sp. z o.o. i G. G.. W § 5 tej umowy wskazano, że Safe przyjmuje na siebie obowiązek wniesienia w całości wadium wymaganego w postępowaniu o

udzielenie zamówienia bądź odpowiedniej gwarancji bankowej / ubezpieczeniowej zgodnie z zapisami SIWZ. W załączniku nr 1 do umowy w zakresie obowiązków Safe wskazano, że wniesienie w całości wadium wymaganego w postępowaniu stanowi warunek podpisania ostatecznej umowy konsorcjum.

Ustalono także, że do pisma procesowego wniesionego w dniu 22 lutego 2018 r. odwołujący załączył pismo TU Allianz S.A. z 16 lutego 2018 r. W piśmie tym ubezpieczyciel oświadczył, że udzielona przez niego gwarancja przetargowa uprawnia beneficjenta gwarancji do skutecznego żądania zapłaty sumy gwarancyjnej w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w pkt 3 gwarancji bez względu na to czy oferta została złożona jedynie przez Zobowiązanego czy też Zobowiązany złożył ofertę wspólnie z innymi podmiotami.

Zarzuty odwołującego dotyczące odrzucenia jego własnej oferty zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że konsorcjum jest rodzajem porozumienia zawartego między podmiotami, którego celem jest osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego w postaci uzyskania zamówienia publicznego i realizacji umowy. Istota konsorcjum sprowadza się do podejmowania przez jego członków wszelkich działań, których efektem ma być uzyskanie zamówienia publicznego. Z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że jeden z uczestników konsorcjum (pełnomocnik) reprezentuje pozostałych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w tym postępowaniu i na etapie zawarcia umowy. Dyspozycja art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ma istotne znaczenie z punktu widzenia wniesienia wadium przez takich wykonawców. Skoro obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp dotyczą wykonawcy, to odnoszą się one do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, których należy traktować jak jednego wykonawcę.

Przy wyrokowaniu Izba wzięła pod uwagę wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. sygn. akt IV CSK 86/17. Na dzień wyrokowania treść uzasadnienia tego wyroku nie była znana. Na podstawie informacji na temat tego wyroku dostępnych na stronie internetowej uzp.gov.pl Izba stwierdziła, że Sąd ten uchylił wyrok Sadu Okręgowego w Gdańsku z dnia 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XII Ga 697/15 i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Na stronie internetowej uzp.gov.pl ponadto podano, że *rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego oznacza, że gwarancja wadialna wystawiona po zawarciu konsorcjum wyłącznie na pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowi skuteczne zabezpieczenie oferty wspólnej i nie może stanowić podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu.*

Z informacji tych wynika, że Sąd Najwyższy uznał dopuszczalność wystawienia gwarancji w której treści nie zostaną wymienieni jako zobowiązani wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o dzielenie zamówienia pod następującymi warunkami:

- a) gwarancja wadialna zostanie wystawiona po zawiązaniu konsorcjum,
- b) gwarancja wadialna zostanie wystawiona na pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, a także stan faktyczny w tej sprawie nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego zaprezentowanym w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego.

W ocenie Izby zamawiający błędnie ustalił, że w dacie wystawienia gwarancji wadialnej (30.10.2017 r.) Safe Co Ltd sp. z o.o. nie była pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i że konsorcjum zostało zawiązane dopiero po wniesieniu gwarancji (2.11.2017 r.).

Przy ocenie prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego Izba wzięła pod uwagę wstępną umowę konsorcjum złożoną przez odwołującego przy odwołaniu. Dostrzeżenia wymagało, że umowa ta została zawarta 23 października 2017 r., a zatem przed datą wystawienia gwarancji wadialnej, co miało miejsce 30 października 2017 r. W umowie tej wskazano zaś, że obowiązek wniesienia wadium wymaganego w postępowaniu strony umowy nałożyły na Safe Co LTD sp. z o.o.. Powyższe wynikało jednoznacznie z przywołanego wyżej § 5, a także załącznika do tej umowy. W świetle treści tej umowy nie mogło zatem budzić wątpliwości, że to Safe Co LTD sp. z o.o. w dacie wystawienia gwarancji była pełnomocnikiem prawidłowo ustanowionym przez współkonsorcjantów do pozyskania tego dokumentu. Treść tej umowy świadczy także o tym, że w dacie wystawienia gwarancji istniało już konsorcjum. Należy bowiem zauważyć, iż uregulowanie spraw pomiędzy podmiotami tworzącymi konsorcjum następuje w ramach obowiązującej na gruncie prawa cywilnego zasady swobody umów. Nie do rzadkości należą sytuacje, w których zawierane są dwie umowy, jedna wewnętrzna, bardziej szczegółowa, a druga z przeznaczeniem dla zamawiającego.

Wstępna umowa konsorcjum, mimo iż złożona dopiero na etapie postępowania odwoławczego stanowi, zdaniem Izby, dopuszczalny środek dowodowy, z którego może skorzystać strona postępowania odwoławczego na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej aż do czasu zamknięcia rozprawy (art. 190 ust. 1 zd. drugie). Izba, wydając orzeczenie bierze pod uwagę całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, oceniając wiarygodność i moc dowodową poszczególnych dowodów. Zdaniem Izby, nie istnieją żadne powody ku temu, aby odmówić wiarygodności i mocy dowodowej złożonej przez odwołującego wstępnej umowy konsorcjum. Zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że została ona zawarta przed wystawieniem

gwarancji i potwierdza, że wolą członków konsorcjum Safe Co LTD sp. z o.o. była upoważniona do pozyskania wadium wymaganego w przedmiotowym postępowaniu.

Na podstawie dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego Izba stwierdziła także, że cel wadium, jakim jest zabezpieczenie oferty wspólnej, został zapewniony. Ze złożonego przez odwołującego przy piśmie procesowym oświadczenia TU Allianz S.A. z 16 lutego 2018 r. wynika, że pomimo, iż w treści pkt 3 gwarancji wadialnej złożonej w ofercie wskazano jako Zobowiązanego jedynie Safe CO LTD sp. z o.o., to jednak gwarant deklarował zapłatę sumy gwarancyjnej bez względu na to, czy oferta została złożona jedynie przez Zobowiązanego, czy też Zobowiązany złoży ofertę wspólną z innymi podmiotami. Ubezpieczyciel wskazał bowiem, że wynika to z faktu, iż wykonawca może złożyć w postępowaniu tylko jedną ofertę. Ponadto wynika to z solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 141 Pzp). W ocenie Izby powyższe w sposób należyty zabezpieczało interes zamawiającego, który będzie w stanie zaspokoić swe roszczenia z takiej gwarancji.

Za prawidłowością przyjętego przez Izbę stanowiska przemawia także okoliczność, że gwarancja ubezpieczeniowa ma charakter zobowiązania abstrakcyjnego i samoistnego, co oznacza, że gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego Zobowiązanego (Safe) z beneficjentem (zamawiającym), będącego podstawą udzielenia gwarancji. Dokument gwarancyjny o charakterze abstrakcyjnym charakteryzuje się bowiem tym, że gwarant podejmuje decyzję o zapłacie z tego dokumentu badając jedynie fakt, czy spełnione są przesłanki wynikające z jej treści. Z treści gwarancji złożonej w analizowanym postępowaniu wynika, że jest ona bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie, co w powiązaniu z jej abstrakcyjnym charakterem powoduje, że ewentualna wypłata z tytułu gwarancji nastąpi automatycznie po złożeniu oświadczenia przez zamawiającego o zaistnieniu przesłanek skutkujących wypłatą wadium.

Przy wyrokowaniu Izba stwierdziła także, że niezastosowanie się odwołującego do postanowień pkt 9.3.2. oraz 9.3.5 SIWZ samo przez się nie stanowiło podstawy do odrzucenia jego oferty. W postanowieniach tych zamawiający wprowadził na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązek, aby w składanych przez nich gwarancjach, jako zobowiązani zostali wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, jednakże w ocenie Izby postanowienia te miały charakter instrukcyjny, a ich ewentualne niedochowanie nie mogło wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postaci odrzucenia złożonej przez nich oferty. Dostrzeżenia wymaga, że to ustawa Pzp, a nie specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera zamknięty katalog przesłanek, po spełnieniu których oferta powinna być odrzucona. Izba przychyliła się do stanowiska, prezentowanego w szeregu orzeczeniach Krajowej izby Odwoławczej jak

również sądów powszechnych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r., sygn.. akt II Ca 489/06, wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r. sygn.. akt IV Ca 357/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r. sygn.. akt CXXII Ga 1313/15, zgodnie z którym gwarancja wadialna wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum, spełnia wymagania ustawowe, nawet jeśli w treści samej gwarancji wadialnej nie wskazano faktu istnienia konsorcjum.

Wobec powyższego Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp i w konsekwencji art. 7 ust. 1 Pzp za zasadny.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 58 § 2 w zw. z art. 14 Pzp. Przepis ten stanowi, że *nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego*. Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostął zadaniu wskazania, w jakie konkretnie zasady współżycia społecznego miały godzić działania zamawiającego.

W działaniach zamawiającego nie dostrzeżono także naruszenia art. 58 § 1 w zw. z art. 14 Pzp. Przepis ten stanowi, że *czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż w na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy*. Wbrew stanowisku odwołującego zamawiający zbyt restrykcyjnie stosując zapisy 9.3.2. SIWZ nie ograniczył jednak wykonawcom form, w jakich mogą wnieść wadium.

Za kompletnie niezrozumiałe należy uznać wskazanie jako naruszonego przepisu art. 64 KC. Przepis ten stanowi, że *Prawomocne orzeczenie sądu stwierdzające obowiązek danej osoby do złożenia oznaczonego oświadczenia woli, zastępuje to oświadczenie*. Odwołujący nie wskazał żadnych faktów, które miałyby świadczyć o wypełnieniu dyspozycji tego przepisu.

Izba uznała natomiast za zbyt precyzyjne rozstrzygnięcie o zarzucie naruszenia art. 26 ust. 3a Pzp. Skoro zgromadzony w sprawie materiał dowodowy prowadził do wniosku, że odwołujący wniósł wadium w sposób prawidłowy, brak było podstaw do nakazywania zamawiającemu wzywania odwołującego do złożenia pełnomocnictwa dla Safe do uzyskania wadium w imieniu konsorcjum.

Za chybione uznano zarzuty odwołującego dotyczące oceny dokumentów złożonych przez przystępującego celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, z *postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu*

(...). Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Wreszcie w myśl art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ustalono, że zgodnie z pkt 5.2.2.1 SIWZ Zamawiający wymagał wykazaniem się przez wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu następującym doświadczeniem:

w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w wykonaniu co najmniej dwóch usług, których przedmiotem pozostawał nadzór nad realizacją i rozliczenie dostawy, przy czym:

- przedmiotem jednej z dostaw był pełnomorski statek specjalistyczny o wartości dostawy (rozumianej jako wartość wynagrodzenia wskazanego w umowie, której przedmiotem pozostawała dostawa) wynoszącej minimum 60 mln złotych brutto,
- przedmiotem drugiej z dostaw był pełnomorski statek o wartości dostawy (rozumianej jako wartość wynagrodzenia wskazanego w umowie, której przedmiotem pozostawała dostawa) wynoszącej minimum 100 mln złotych brutto.

Ustalono także, że celem wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu przystępujący złożył wykaz usług (przy piśmie z 29 grudnia 2017 r.). W wykazie tym oświadczył, że Polski Rejestr Statków S.A. świadczył usługi nadzoru w następującym zakresie:

- 1) „pełnomorski statek specjalistyczny „Kormoran” - niszczyciel min dla Marynarki Wojennej RP - usługa realizowana na rzecz Remontowej Shipbuilding S.A.; w nazwie zadania wskazano: „nadzór nad realizacją i rozliczenie dostawy - pełnomorski statek specjalistyczny”,
- 2) „pełnomorski statek specjalistyczny „Onyx” - holownik dla Polskiego Ratownictwa Okrętowego - usługa realizowana na rzecz Polskiego Ratownictwa Okrętowego sp. z o. o.; w nazwie zadania wskazano: „nadzór nad realizacją i rozliczenie dostawy - pełnomorski statek”.

Izba ustaliła również, że do wykazu załączono list referencyjny Remontowej Shipbuilding S.A. z 15.11.2017 r. W liście tym zleceniodawca oświadczył, że PRS S.A. wykonał na jego rzecz usługę polegającą na zatwierdzeniu dokumentacji klasyfikacyjnej wraz

z nadzorem nad budową niszczyciela min ORO Kormoran. W ramach powierzonych zadań PRS S.A. realizował m.in. następujące czynności:

- 1) opracowanie wymagań, wytycznych i założeń technicznych dla ORP Kormoran celem zdefiniowania szczegółowych parametrów technicznych i wymagań funkcjonalnych niezbędnych do projektowania, budowy i eksploatacji okrętu,
- 2) weryfikacja, korekta i akceptacja rozwiązań projektowych,
- 3) nadzór nad procesem budowy, kontrola i weryfikacja dostaw materiałów i urządzeń przewidzianych do wyposażenia okrętu,
- 4) nadzór i weryfikacja prób na uwięzi i prób morskich,
- 5) rozliczenie kolejnych etapów technologicznych budowy jednostki,
- 6) wsparcie techniczne, pomoc w sprawozdawczości i rozliczeniu projektu przez zamawiającego.

Do wykazu załączono także list referencyjny Polskiego Ratownictwa Okrętowego sp. z o.o. w Gdyni z 9 listopada 2017 r. W liście tym zleceniodawca oświadczył, że PRS S.A. wykonał usługę nadzoru na realizacją oraz rozliczenie specjalistycznej jednostki pełnomorskiej „Onyx”. Wartość dostawy jednostki nadzorowanej wyniosła ponad 100.000.000 PLN brutto.

Jedyny zarzut jaki odwołujący podniósł w odwołaniu w odniesieniu do spornego warunku sprowadzał się do tego, że przedmiotem usług wykazanych przez przystępującego miał być jedynie nadzór nad budową, a nie nadzór nad dostawą statków. Odwołujący wywiódł, że nadzoru nad dostawą statku nie można utożsamiać z nadzorem nad wykonaniem tego statku.

Izba stwierdziła, że interpretacja warunku, jakiej dokonał odwołujący jest nieprawidłowa. Istotnie w treści warunku była mowa literalnie o nadzorze nad realizacją i rozliczeniem dostawy statku, a nie budowy statku. Uszło jednak uwadze odwołującego, że budowa (wykonanie) statku, na gruncie ustawy Pzp jest dostawą, co wynika z legalnej definicji dostawy znajdującej się w art. 2 pkt 2 Pzp. Z przepisu tego wynika, że przez dostawę należy rozumieć *nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację*. Wybudowanie statku zatem z pewnością mieści się w przywołanej definicji pojęcia dostawa. W szczególności zaś wybudowanie statku nie jest robotą budowlaną w rozumieniu art. 2 pkt 8 pzp. Zgodnie z tą definicją przez roboty budowlane należy rozumieć *wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego*.

Za bezzasadne uznano odwoływanie się przez odwołującego przy interpretacji przedmiotowego warunku do postanowień SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Po pierwsze, taki zabieg jest niedopuszczalny. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby, warunki udziału w postępowaniu podlegają autonomicznej wykładni. Powyższe wynika z art. 22 ust. 1a Pzp który stanowi, że warunki udziału w postępowaniu powinny być jedynie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiać ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Z przepisu tego można zatem wywnioskować, że warunki udziału w postępowaniu nie muszą być identyczne z przedmiotem zamówienia. Po drugie zaś, nawet gdyby dokonywać wykładni spornego warunku w świetle przedmiotu zamówienia, to i tak prowadziłyby ona do wniosków przeciwnych stanowisku odwołującego. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący na poparcie swego stanowiska, że przedmiotem zamówienia nie będzie usługa nadzoru nad wybudowaniem statku, przywołał postanowienia § 5 ust. 2 wzoru umowy oraz pkt 1 OPZ. Izba stwierdziła, że już z samych postanowień przytoczonych przez odwołującego wynikał wniosek przeciwny. W pkt 1 b OPZ wskazano chociażby, że do obowiązków wykonawcy należeć będzie m.in. *koordynacja i nadzór realizacji robót, usług i dostaw prowadzonych przez wykonawcę*. Z kolei w § 5 ust. 2 wzoru umowy wskazano, że *inżynier będzie świadczył Usługi zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, dokumentami oraz z zachowaniem najwyższych standardów stosowanych przy nadzorze i budowie oraz dostawie obiektów analogicznych do Inwestycji, w sposób odpowiadający postanowieniom Kontraktu*. Podkreślenia wymaga ponadto, że nawet w samej nazwie postępowania zamawiający użył pojęcia „budowa” wskazując, że prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest pełnienie funkcji inżyniera budowy dla inwestycji pod nazwą *Budowa dwóch wielozadaniowych jednostek pływających*. Przykładowo jedynie można również podać, że w pkt 3 SIWZ przedmiot zamówienia miał obejmować w szczególności *nadzór nad budową dwóch wielozadaniowych jednostek pływających oraz kontrolę wszystkich etapów budowy pod kątem zgodności z projektem oraz opisem zamówienia oraz zgodności z przepisami towarzystwa klasyfikacyjnego*. Nie ulegało zatem wątpliwości, że do obowiązków wykonawcy należeć będzie także nadzór nad budową czy robotami w zakresie statku. Wobec powyższego zarzut przedstawiony w odwołaniu podlegał oddaleniu.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 7 Pzp, pominęła przy wyrokowaniu dalsze zarzuty odwołującego, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. Odwołujący w swych pismach procesowych i w trakcie rozprawy podniósł dodatkowo, że usługi wykazane przez przystępującego nie mogły być wzięte pod uwagę, gdyż były świadczone przez PRS S.A. nie na rzecz zamawiającego (armatora), ale na rzecz wykonawcy. Ponadto odwołujący zarzucił, że udział przystępującego przy nadzorze nad

budową ORP Kormoran sprowadzał się do pełnienia funkcji klasyfikatora w rozumieniu ustawy o Polskim Rejestrze Statków.

Izba stwierdziła, że zarzuty te odwołujący sformułował po raz pierwszy w swym piśmie procesowym z 13 lutego 2018 r. i próżno było ich szukać w treści samego odwołania. Jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, za zarzut uznaje się przywołanie okoliczności faktycznych i towarzyszącej im argumentacji prawnej świadczących o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przywołanie nowych okoliczności faktycznych, nawet wypełniających dyspozycję tego samego przepisu stanowi nowy zarzut. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*. Wobec powyższego Izba przy wyrokowaniu zobowiązana była pominąć ww. zarzuty i w konsekwencji nie oceniała dowodów składanych na ich poparcie.

Za bezzasadne uznano zarzuty odwołującego dotyczące oceny przez zamawiającego polisy OC złożonej przez przystępującego.

Ustalono, że stosownie do pkt 5.2.3.2 SIWZ wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu byli zobowiązani wykazać się posiadaniem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 4,0 mln złotych. W pkt 6.6.2. SIWZ zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia ww. warunku wykonawcy mają obowiązek złożyć *dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.*

Ustalono również, że celem wykazania ww. warunku przystępujący złożył przy piśmie z 29 grudnia 2017 r. polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej pochodzącą od TUiR Warta S.A. nr 90821060001. W treści tej polisy jako ubezpieczeni zostali wskazani:

- Polski Rejestr Statków S.A.,
- PRS (Shanghai) Vessel Inspection Company Ltd.,
- UAB „POLSKI REJESTR STATKÓW KLAIPEDA”.

W treści polisy wskazano także, że suma gwarancyjna wynosi 10.500.000 USD na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe. Jako okres ubezpieczenia wskazano 7.11.2017r. – 6.11.2018 r. Jeżeli chodzi o składkę to wskazano, że wynosi ona 103.000 zł i jest płatna w

czterech ratach: do 20.11.2017 r., 6.2.2018 r., 6.5.2018 r., 6.8.2018 r. Polisa została podpisana za ubezpieczyciela przez pana K. K. oraz panią A. W.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że z ww. polisy OC wynika objęcie ubezpieczeniem kilku podmiotów, z których tylko jeden bierze udział w postępowaniu. Wywiódł, że z dokumentu nie wynika wyraźnie, iż wykonawca jest objęty ochroną ubezpieczeniową na kwotę zgodną z SIWZ i nie konkuruje on z podmiotami objętymi wspólnym ubezpieczeniem w zakresie tej ochrony ubezpieczeniowej na wymaganą SIWZ kwotę.

Zarzut okazał się chybiony. Rzeczywiście z polisy OC wynikało że współubezpieczonymi są Polski Rejestr Statków S.A., PRS Shanghai Vessel Inspection Company Ltd., UAB „POLSKI REJESTR STATKÓW KLAIPEDA”, z których jedynie P.R.S. S.A. był członkiem konsorcjum przystępującego. Powyższe nie oznaczało jednak, że z dokumentu nie wynika, iż przystępujący jest ubezpieczony na kwotę wymaganą w SIWZ. W polisie wskazano bowiem, że suma gwarancyjna wynosi 10.500.000 USD na jeden i wszystkie przypadki ubezpieczeniowe. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że każdy z ubezpieczonych, a więc i Polski Rejestr Statków pozostawał ubezpieczony na całą sumę gwarancyjną 10.500.000 USD, przekraczającą wymaganą wysokość. Dostrzec należało, że w treści polisy nie sformułowano żadnych podlimitów sumy gwarancyjnej stanowiącej jej ograniczenie względem poszczególnych współubezpieczonych. Wbrew zaś stanowisku odwołującego, z treści warunku nie wynikało ograniczenie, zgodnie z którym wykonawca musiał posiadać ubezpieczenie OC na sumę gwarancyjną, o którą nie mógł konkurować z innymi współubezpieczonymi. Wobec powyższego zarzut okazał się chybiony. Analogiczne stanowisko zostało wyrażone w wyrokach Izby z 19.11.2013 r. sygn. akt KIO 2592/13, a także w przywoływanym przez samego odwołującego wyroku KIO z 12.02.2015 r. sygn. akt KIO 179/15.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że przystępujący nie przedstawił zamawiającemu dowodu opłacenia polisy OC. Odwołujący powołując się na art. 814 KC wywiódł, że co do zasady odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się nie wcześniej niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Argumentował, że z przedłożonej przez przystępującego polisy OC wynika, że I rata składki powinna zostać opłacona do 20 listopada 2017 r. jednakże przystępujący nie przedstawił dowodu opłacenia składki ubezpieczeniowej.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 814 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.* Z przytoczonego przepisu wynika, że strony umowy ubezpieczenia mogą się

umówić, iż odpowiedzialność ubezpieczyciela powstanie nawet wcześniej niż w dacie opłacenia składki (lub jej pierwszej raty). Z taką sytuacją mamy zaś do czynienia w analizowanej sprawie. Termin składania ofert upływał w dniu 9 listopada 2017 r. (s. 7 protokołu postępowania). Jak wynikało z polisy, strony określiły w niej okres ubezpieczenia od 7.11.2017 r. do 6.11.2018 r. Natomiast co do składki, to w polisie rzeczywiście wskazano, że będzie ona płatna w czterech ratach w terminach do 20.11.2017 r., 6.2.2018 r., 6.5.2018 r. i 6.8.2018 r. Niewątpliwie zatem w dacie składania ofert, wykonawca posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, czym wykazał spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu. Na powyższe ustalenie nie miał zaś wpływu odroczonego termin opłacenia 1 raty składki.

Wzięto także pod uwagę fakt, że zamawiający w SIWZ nie nałożył na wykonawców obowiązku złożenia dowodu opłacenia składki. W pkt 6.6.2. SIWZ zamawiający zastrzegł jedynie, że w celu potwierdzenia spornego warunku wykonawca ma obowiązek złożyć *dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia*. Biorąc powyższe pod uwagę, brak dowodu opłacenia składki - w okolicznościach danej sprawy - nie dyskwalifikował złożonej polisy, która potwierdzała, że wykonawca jest objęty wymaganą ochroną ubezpieczeniową. Jedynie na marginesie należało wskazać, że przystępujący przy piśmie procesowym przedstawił dowody opłacenia rat składki w terminach i wysokościach wynikających z polisy. Wobec powyższego zarzut ten podlegał oddaleniu.

Za chybiony uznano także zarzut odwołującego który wywiódł, że polisa została podpisana przez osoby nieuprawnione do reprezentowania Warta SA. Odwołujący podniósł, iż ocena skuteczności ubezpieczenia powinna obejmować również analizę istnienia umocowania dla osoby podpisującej polisę w imieniu Warta S.A..

Izba stwierdziła, że zamawiającemu istotnie złożono polisę OC, którą w imieniu ubezpieczyciela podpisali pan K. K. oraz pani A. W. Nie złożono zaś dokumentów rejestrowych ani pełnomocnictw w oparciu o które można byłoby ustalić, że osoby te były uprawnione do wystawienia polisy w imieniu i na rzecz Warta S.A.

Izba stwierdziła, że powyższe nie świadczyło jednak o niewykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w treści SIWZ nie nałożył na wykonawców obowiązku złożenia pełnomocnictw dla osób podpisujących polisę ubezpieczenia OC wykonawcy. Tymczasem zgodnie z Pzp to zamawiający wskazuje wykonawcom w SIWZ środki dowodowe, jakimi mają się posłużyć celem wykazania warunku (art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp). W tej sytuacji przystępujący nie miał obowiązku udowadniać, że osoby które podpisały polisę były do tego uprawnione. Jeżeli zatem odwołujący uważał, że polisa została podpisana w sposób nieprawidłowy, to powinien ten fakt udowodnić, czego jednak nie uczynił.

Jedynie na marginesie należało wskazać, że przystępujący przedstawił dowód przeciwny. Złożył przy piśmie procesowym oświadczenia Warta S.A., w których ubezpieczyciel potwierdził ważność, skuteczność zawarcia umowy ubezpieczenia przez ww. pełnomocników. Z powyższego należało wnioskować, że pełnomocnicy ci byli umocowani do działania w imieniu ubezpieczyciela w dacie wystawienia polisy. Wbrew stanowisku odwołującego oświadczenia te nie nosiły znamion potwierdzenia umowy zawartej przez pełnomocnika niemającego umocowania w rozumieniu art. 103 § 1 KC. Nic takiego nie wynikało bowiem z tych oświadczeń. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Za chybiony uznano zarzut odwołującego dotyczący oceny przez zamawiającego dokumentów złożonych przez przystępującego celem wykazania warunku w zakresie zdolności finansowej.

Ustalono, że zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali warunek w postaci posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie niższej niż 4.000.000,00 zł. Zgodnie z pkt 6.6.2. lit. a SIWZ, celem potwierdzenia tego warunku wykonawcy mieli obowiązek złożyć informację banku lub skok potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy.

Ustalono także, że celem wykazania ww. warunku przystępujący złożył szereg dokumentów. Złożył opinię bankową Banku Millennium S.A., z której wynikała łączna wysokość środków finansowych i zdolności kredytowej na sumę 3.151.164,05 zł. Ponadto przedstawił zamawiającemu pięć informacji z systemów informatycznych banków zagranicznych (w Kłajpedzie, Pireusie, Kairze, Dubaju i Szanghaju), z których wynikało posiadanie środków finansowych na dalsze ponad 2 mln zł.

Odwołujący nie kwestionował prawidłowości opinii bankowej Banku Millennium S.A.. Odwołujący podniósł natomiast, że nie mogą być uznane za dowód w postępowaniu o udzielenie zamówienia pozostałe dokumenty przedstawione przez przystępującego. Wywiódł, że są to wydruki z kont bankowych, które nie są dokumentami stanowiącymi „opinię z banku”.

Izba stwierdziła, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Dostrzeżenia wymagało, że wbrew stanowisku odwołującego zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia „opinii z banku”. Jak wynikało z SIWZ wystarczające było złożenie „informacji banku” lub skok. Pojęcie „informacja banku”, jest szersze niż opinia czy zaświadczenie, którymi zamawiającym posłużył się przy opisie środków dowodowych wymaganych przy innych warunkach. Jednocześnie zamawiający w SIWZ nigdzie nie ograniczył formy tej informacji. Złożone przez przystępującego dokumenty stanowiły nic innego jak wydruki z systemów informatycznych banków zagranicznych, czego zresztą odwołujący nie kwestionował. Na powyższe wskazywały loga banków, adresy stron internetowych

bankowości elektronicznej, z których te wydruki wykonano. Z wydruków tych można było także z łatwością ustalić wysokość salda na kontach przystępującego. W ocenie Izby informacja zaczerpnięta z systemu informatycznego banku w dalszym ciągu pozostaje informacją pochodzącą od banku i może być uwzględniona przy ocenie spełnienia warunku.

Podzielono w tym zakresie analogiczne stanowisko przedstawione przez Izbę w wyroku z 15 maja 2013 r. KIO 942/13, wyroku z 4 października 2012 r. sygn. akt KIO 2009/12. Stanowisko takie zostało zaprezentowane także w wyroku sygn. akt KIO 795/16, na który powoływał się sam odwołujący.

Bezzasadne było powoływanie się przez odwołującego na przepis art. 95 Prawa bankowego. W oparciu o ten przepis odwołujący zdawał się wywodzić, że wydruki z systemów informatycznych banków nie wypełniają definicji dokumentu urzędowego w rozumieniu tego przepisu. Odnosząc się do tej argumentacji Izba stwierdziła, że z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikało, aby wykonawcy celem wykazania spornego warunku musieli złożyć dokument, a tym bardziej dokument urzędowy. Tak jak wspomniano wcześniej, wystarczające było złożenie informacji banku lub skok, czemu przystępujący sprostał. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Za chybione uznano zarzuty odwołującego dotyczące złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji w celu uzyskania wyższej liczby punktów w kryteriach pozacenowych.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.* Stosownie zaś do art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Ustalono, że zamawiający w pkt 21 SIWZ wskazał, że przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej ofert będzie stosować kryteria oceny ofert, wśród których wymieniono m.in.

pkt 2) doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia,

pkt 3) doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia w zakresie nadzoru i rozliczania zamówień dofinansowanych z Unii Europejskiej.

W opisie pierwszego z ww. kryteriów zamawiający wskazał, że kryterium to będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanej przez wykonawcę w formularzu oferty w zakresie doświadczenia zawodowego osoby wskazanej w pkt 5.2.2.2 ppkt 1 SIWZ (kierownik zespołu), w zakresie uczestnictwa tej osoby w wykonaniu usług nadzoru nad budową i rozliczeniem specjalistycznych statków pełnomorskich (...). W celu otrzymania punktów wykonawca miał złożyć listę usług zawierającą szczegółową informację o uczestnictwie ww. osoby w wykonywaniu usług nadzoru nad budową i rozliczeniem statków. Lista ta winna zawierać: informację o zajmowanych przez wskazaną osobę stanowiskach i okresie uczestniczenia w wykonywaniu usług nadzoru, nazwy zamawiających statków i opisy przedmiotów dostaw.

W opisie drugiego z ww. kryteriów pozacenowych zamawiający wskazał, że kryterium to będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanej przez wykonawcę w formularzu oferty w zakresie doświadczenia zawodowego osoby wskazanej w pkt 5.2.2.2 ppkt 1 SIWZ (kierownik zespołu) albo w zakresie doświadczenia zawodowego osoby wskazanej w pkt 5.2.2.2 ppkt 2 (zastępca kierownika zespołu), w odniesieniu do uczestnictwa jednej z tych osób w wykonaniu usług nadzoru i rozliczenia projektów realizowanych przy wsparciu środków z Unii Europejskiej (...). W celu otrzymania punktów wykonawca miał złożyć listę usług zawierającą szczegółową informację o uczestnictwie ww. osoby w wykonywaniu usług nadzoru i rozliczania projektów realizowanych przy wsparciu środków z Unii Europejskiej. Lista ta winna zawierać: imię i nazwisko wskazanej osoby, informację o zajmowanych przez wskazaną osobę stanowiskach i okresie uczestniczenia w wykonywaniu usług nadzoru, nazwy zamawiających i opisy przedmiotów zamówienia.

Ustalono następnie, że celem uzyskania punktów w tak opisanych kryteriach pozacenowych przystępujący złożył listy usług.

W liście usług wykonywania nadzoru nad budową i rozliczeniem specjalistycznych statków pełnomorskich wskazał m.in. następujące dane.

Ip	Imię i nazwisko	Zajmowane stanowisko	Okres uczestniczenia	Nazwa zamawiającego	Opis przedmiotu zamówienia
1	Z. R.	Koordynator projektu	03.2013 – 10.2016	Stocznia remontowa „Nauta” Gdynia	Oceanograf specjalistyczny statek naukowo - badawczy
4	Z. R.	Koordynator projektu	09.2013 – 12.2016	Remontowa Shipbuilding	Kormoran-specjalistyczny pełnomorski

				SA., Gdańsk	statek niszczyciel min
--	--	--	--	-------------	------------------------

W liście usług wykonywania nadzoru i rozliczenia projektów realizowanych przy wsparciu środków z UE przystępujący wskazał m.in. następujące dane.

lp	Imię i nazwisko	Zajmowane stanowisko	Okres uczestniczenia	Nazwa zamawiającego	Opis przedmiotu zamówienia
4	G. P.	Kierownik Inspektoratu, Członek Zarządu	01.03.2013 – 30.03.2015	Uniwersytet Gdański	Zatwierdzenie dokumentacji technicznej oraz nadzór nad budową jednostki naukowo badawczej Oceanograf

W treści odwołania odwołujący zarzucił, że wbrew oświadczeniom przystępującego pan Z. R. miał nie pełnić funkcji koordynatora projektu w ramach projektu Oceanograf oraz Kormoran. Odwołujący podniósł, że na tych projektach nie przewidziano takich funkcji. Odwołujący podniósł także, że wbrew oświadczeniom przystępującego pan G. P. miał nie pełnić funkcji Kierownika Inspektoratu dla projektu „Oceanograf”.

Odnosząc się do zarzutu dot. pełnienia przez pana R. funkcji koordynatora projektu na projekcie Oceanograf Izba stwierdziła, że odwołujący nie zdołał wykazać zasadności swego zarzutu. Zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, które z faktu tego wywodzi skutki prawne*. Wobec powyższego to odwołujący w toku postępowania odwoławczego powinien udowodnić, że oświadczenia przystępującego nie znajdują odbicia w rzeczywistości.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że w treści opisu kryterium próżno było szukać wymogu, aby stanowisko, jakie dana osoba miała zajmować, musiało być stanowiskiem piastowanym z ramienia armatora (zamawiającego). Zamawiający zamierzał punktować każde doświadczenie w uczestnictwie osoby w wykonaniu usług nadzoru nad budową i rozliczeniem statków. Nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby powołać się na doświadczenie nabyte przez daną osobę w związku z koordynowaniem prac z ramienia wykonawcy czy pracodawcy. Co więcej, premiowane miało być nie tylko nadzorowanie, ale nawet uczestniczenie w wykonywaniu nadzoru.

Jak wykazał przystępujący, funkcja koordynatora projektu wynikała z wewnętrznych regulacji Polskiego Rejestru Statków (załącznik nr 12 do pisma procesowego z 22 lutego 2018 r.-Księga Służb Polskiego Rejestru Statków S.A. ze stycznia 2014 r.). Przystępujący złożył także pisemne oświadczenie samego pana Z. R. (zał. nr 5 do pisma z 13 lutego 2018 r.), w którym wskazał, że na ww. projekcie pełnił funkcję koordynatora projektu. Odwołujący udowodnił wprawdzie, że w umowie zawartej między Uniwersytetem Gdańskim a Nauta S.A. i Crost SA. strony nie przewidywały funkcji koordynator projektu (umowa nr A120-211-137/12/GR z 11 stycznia 2013 r.). Jednakże w świetle opisu kryterium okoliczność, że armator nie zlecał panu R. funkcji koordynatora projektu nie miała żadnego znaczenia. Co więcej, jak wynikało z oświadczenia samego Uniwersytetu Gdańskiego z 6 lutego 2018 r. Uniwersytet nie był w stanie potwierdzić ani zaprzeczyć, jakie obowiązki ciążyły na Polskim Rejestrze Statków i jego przedstawicielach w ramach umowy z 20 lutego 2013 r. zawartej między Polskim Rejestrze Statków a wykonawcą statku, to jest Stoczną Remontowa Nauta S.A. w Gdyni. Dowody złożone przez odwołującego nie obalały zatem prawdziwości oświadczenia przystępującego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego pełnienia przez pana P. funkcji kierownika Inspektoratu na projekcie Oceanograf odwołujący powołał się na te same dokumenty co powyżej. Przystępujący zaś oprócz dokumentu z wewnętrznych regulacji P.R.S. dodatkowo złożył pisemne oświadczenie pana G. P. (zał. do pisma procesowego przystępującego z 13.02.2018r.). W oświadczeniu tym pan P. potwierdził, że na ww. projekcie pełnił funkcję kierownika inspektoratu i członka zarządu nadzorującego projekt. Wreszcie przystępujący złożył schemat organizacyjny Polskiego Rejestru Statków S.A. (załącznik nr 13 do pisma procesowego z 22.02.2018 r.). Ze schematu tego wynikało, że w strukturze organizacyjnej PRS S.A. znajduje się stanowisko Kierownika Inspektoratu. Biorąc pod uwagę przedstawione wcześniej rozważania, z tych samych względów zarzut okazał się chybiony.

Zdaniem Izby, odwołujący nie zdołał także wykazać nieprawdziwości oświadczenia przystępującego, który wskazał, że pan Z. R. miał pełnić funkcję koordynatora projektu na projekcie ORP Kormoran.

W tym zakresie aktualne pozostają przedstawione wyżej rozważania co do możliwości wykazania się doświadczeniem osób nabytym w związku z nadzorowaniem prac z ramienia wykonawcy czy pracodawcy. W zakresie tego zarzutu przystępujący złożył dowód w postaci pisemnego oświadczenia pana Z. R. (załącznik do pisma procesowego przystępującego z 13.02.2018 r.). Z oświadczenia tego wynikało, że na projekcie ORP Kormoran pan R., będąc na stanowisku koordynatora projektu, koordynował pracę komórek Pionu Okrętowego realizującego ten projekt. Przystępujący złożył także księgę służb Polskiego Rejestru Statków i schemat organizacyjny PRS S.A. Na podstawie treści tych dokumentów ustalono, że w strukturach P.R.S. S.A. istnieje pion okrętowy a także

przewidziane jest stanowisko koordynatora projektu. Ponadto do pisma procesowego z 22 lutego 2018 r. przystępujący załączył dokumenty takie jak: świadectwa zgodności w doniesieniu do ORP Kormoran, świadectwa urządzeń maszynowych, dokument FSVAD i inne. Z całokształtu treści tych dokumentów wynikało, że Polski Rejestr Statków S.A., a co za tym idzie jego przedstawiciele, byli istotnie zaangażowani w nadzorowanie procesu dostawy i rozliczenia ORP Kormoran. Uczestniczyli m.in. w zakresie nadzorowania co do spełnienia wymagań przepisów międzynarodowych, w tym również co do stanu kadłuba, urządzeń maszynowych, napędu, wyposażenia, urządzeń nawigacyjnych. Przedstawiciele PRS badali także kwestie spełnienia wymagań w zakresie możliwości i bezpieczeństwa wykonywania przez okręt niektórych operacji. Z powyższymi dokumentami korespondowało oświadczenie wykonawcy okrętu to jest Remontowej Shipbuilding S.A., która wyjaśniała choć ogólnie, że Polski Rejestr Statków świadczył usługi klasyfikacyjne (wsparcie techniczne) w ramach umowy 76/HM/7/SWB/13, które przekładały się na dokumentację służącą rozliczaniu pracy. W ocenie Izby powyższe nie wykluczało możliwości uznania czynności wykonywanych przez przedstawicieli P.R.S. jako nadzoru w rozumieniu opisu kryterium, zwłaszcza w kontekście dokumentów złożonych przez przystępującego, które świadczyły o stosunkowo szerokim zakresie takiego nadzoru. Izba wzięła także pod uwagę dokument referencyjny wystawiony przez samą Remontową Shipbuilding S.A, w którym sam zleceniodawca określał te czynności mianem nadzoru i rozliczania. W liście tym zleceniodawca oświadczył wszak, że *PRS S.A. wykonał na jego rzecz usługę polegającą na zatwierdzeniu dokumentacji klasyfikacyjnej wraz z nadzorem nad budową niszczyciela min ORO Kormoran. W ramach powierzonych zadań PRS S.A. realizował m.in. następujące czynności:*

- 1) opracowanie wymagań, wytycznych i założeń technicznych dla ORP Kormoran celem zdefiniowania szczegółowych parametrów technicznych i wymagań funkcjonalnych niezbędnych do projektowania, budowy i eksploatacji okrętu,*
- 2) weryfikacja, korekta i akceptacja rozwiązań projektowych,*
- 3) nadzór nad procesem budowy, kontrola i weryfikacja dostaw materiałów i urządzeń przewidzianych do wyposażenia okrętu,*
- 4) nadzór i weryfikacja prób na uwięzi i prób morskich,*
- 5) rozliczenie kolejnych etapów technologicznych budowy jednostki,*
- 6) wsparcie techniczne, pomoc w sprawozdawczości i rozliczeniu projektu przez zamawiającego.*

Natomiast Izba uznała oświadczenie Remontowej Shipbuilding S.A. za niewiarygodne w zakresie, w jakim oświadczyła ona, że Z. R. miał nie występować w toku realizacji tego projektu. Izba stwierdziła, że Remontowa Shipbuilding mogła nie wiedzieć o stanowisku, jakie pan R. zajmował w wewnętrznej strukturze organizacyjnej P.R.S. Izba wzięła też pod uwagę, że nie złożono jej umowy łączącej wykonawcę okrętu z P.R.S. S.A., z której bardziej

precyzyjnie można byłoby wnioskować o zakresie obowiązków przedstawicieli Polskiego Rejestru Statków na tym konkretnym projekcie. Wobec powyższego stwierdzono, że odwołujący nie zdołał wykazać, iż pan Z. R. nie pełnił funkcji koordynatora projektu na projekcie ORP Kormoran.

Izba, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, nie rozpoznała zarzutu, w którym odwołujący podniósł, że projekt budowy jednostki naukowo-badawczej Oceanograf nie był współfinansowany ze środków Unii Europejskiej. Wzięto pod uwagę, że zarzut nie został przedstawiony w odwołaniu, a został podniesiony przez odwołującego po raz pierwszy dopiero w jego piśmie procesowym z 13 lutego 2018 r.

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 2 i 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i 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 (2 i 3 sentencji) i formalnym (pkt 1 i 4 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 lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp polegające na bezzasadnym odrzuceniu oferty odwołującego może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił bowiem ofertę, która była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej.

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, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 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.

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*.

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zamawiający. Zatem to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania odwoławczego.

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, § 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. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Wobec powyższego o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji

Przewodniczący:

Członkowie:

.....