

WYROK
z dnia 12 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Anna Packo
Beata Pakulska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Clean UP24 Sp. z o.o., Nexom Sp. z o.o. S.K.A., ul. Postępu 13, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o., ul. Matejki 57, 60-770 Poznań,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IMPEL CLEANING Sp. z o. o., KDS Sp. z o. o. i Alkom F.H.U. mgr inż. H..... S....., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Clean UP24 Sp. z o.o., Nexom Sp. z o.o. S.K.A., ul. Postępu 13, 02-676 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Clean UP24 Sp. z o.o., Nexom Sp. z o.o. S.K.A., ul. Postępu 13, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Clean UP24 Sp. z o.o., Nexom Sp. z o.o. S.K.A., ul. Postępu 13, 02-676 Warszawa** na rzecz **Zarządu Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o., ul. Matejki 57, 60-770 Poznań** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Zarząd Komunalnych Zasobów Mieszkaniowych sp. z o.o. z Poznania na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług polegających na sprzątaniu i utrzymaniu w porządku i czystości terenów zielonych i zewnętrznych przynależnych do budynków oraz pomieszczeń i części nieruchomości przeznaczonych do wspólnego użytku (w budynkach określonych w załącznikach) na terenie miasta Poznania.”

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum - Clean UP24 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Nexom sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Szczecinie [Odwołujący lub Konsorcjum] wnieśli odwołanie od czynności polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum. Odwołujący zarzucił nieprawidłowe zastosowanie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na uznanie, że oferta Konsorcjum nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności postanowienia pkt 12.12 dotyczącego konieczności przedstawienia dokumentu potwierdzającego solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia publicznego z innym podmiotem, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i w konsekwencji bezskuteczne i niezgodne z prawem zastrzeżenie w SIWZ złożenia dokumentu, potwierdzającego solidarną odpowiedzialność wykonawcy i podmiotu udostępniającego swoje zasoby na zasadach art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w sytuacji, gdy ustawa Pzp nie przewiduje instytucji solidarnej odpowiedzialności wykonawcy z podmiotem udostępniającym swoje zasoby. Odwołujący stwierdził także, że dokonanie formalnego badania spełniania warunków udziału w postępowaniu powinno nastąpić na wstępnym etapie badania oferty w trybie art. 24 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, przy ocenie jego oferty naruszony został także art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b tej ustawy w zw. z jej art. 25 ust. 1 i 2 w zw. z § 1 ust. 6 pkt 1 i 2 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, albowiem odrzucenie oferty nastąpiło w oparciu o bezskuteczne z mocy prawa zastrzeżenie pkt 12.12 SIWZ.

Wykonawca wskazał ponadto na naruszenie przy ocenie oferty art. 78 § 1 k.c. w zw. z art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp z uwagi na uznanie, że oświadczenie firmy Vincorp Sp. z o.o. S.K.A., potwierdzające odpowiedzialność solidarną za przedmiotowe zamówienie publiczne nie spełnia wymogów skutecznie złożonego oświadczenia woli w rozumieniu

przepisów k.c. oraz nie daje gwarancji, że firma byłaby solidarnie odpowiedzialna za wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie zaskarżonych czynności i powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu podał, że Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum z naruszeniem art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem przepis ten nie ma – jego zdaniem - zastosowania do zaistniałej sytuacji faktycznej i Zamawiający dokonał niewłaściwej subsumpcji prawnej przyjmując, że treść oferty zamawiającego nie odpowiada specyfikacji. W szczególności stwierdził, że zgodnie z ustawą Pzp, w fazie początkowej postępowania w sprawie zamówień publicznych, następuje weryfikacja zdolności do wykonania zamówienia przez ubiegającego się wykonawcę – pod względem podmiotowym. W tym względzie ustawa posługuje się „pojęciem spełnienia warunków udziału w postępowaniu”. Dalej podał, że selekcja ofert dotyczy także warunków formalnych dopuszczenia oferty do merytorycznej oceny. Oznacza to, że wykonawca jak i jego oferta musi spełniać łącznie wszystkie wymogi formalne.

Wykonawca dalej podał, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp przedłożył stosowne oświadczenia i dokumenty, a oferta przedstawiona przez Odwołującego jest najkorzystniejsza cenowo, co w pełni spełnia kryterium oceny ofert określone w pkt 20 SIWZ. Zdaniem Odwołującego jest to jedyne przedmiotowe kryterium wyboru oferty, albowiem warunki określone w pkt 12 SIWZ mają charakter podmiotowy i stanowią warunki dopuszczenia wykonawcy do przetargu w zakresie możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. Stwierdził również, że Zamawiający w kolejnym etapie procedowania, dotyczącym wyboru najkorzystniejszej oferty odrzucił ofertę Odwołującego, uzasadniając decyzję argumentami natury formalnej, dotyczącej solidarnej odpowiedzialności podmiotów, a konkretnie oceną treści oświadczenia podmiotu Vincorp sp. z o.o. S.K.A.

Powołując się na orzecznictwo i doktrynę wykonawca w konkluzji podkreślił, że skutecznie uzupełnił braki wskazane w wezwaniu. Powołał się na porozumienie z Vincorp sp. z o.o. SKA z dnia 3 stycznia 2014 r. o udostępnieniu osób posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz udostępnieniu zaplecza technicznego oraz przedłożoną po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentację uzupełnioną o oświadczenie potwierdzające solidarną odpowiedzialność spółki Vincorp sp. z o.o. S.K.A. za wykonanie zamówienia publicznego.

Wykonawca wskazał także, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Podkreślił, że stosowanie przepisów kodeksu cywilnego nie następuje odpowiednio, lecz wprost, a wyłączenie przepisów kodeksowych uzależnione jest od istnienia odrębnej regulacji w ustawie.

Zdaniem Odwołującego, treść oświadczenia spółki Vincorp sp. z o.o. S.K.A. należy interpretować zgodnie z dyrektywami wynikającymi z art. 78 § 1 k.c., zgodnie, z którym do zachowania pisemnej formy oświadczenia woli wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Powołał się także na art. 65 ust. 1 k.c. zgodnie, z którym oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Wykonawca stwierdził, że oświadczenie złożone przez spółkę Vincorp sp. z o.o. S.K.A. w swojej treści zawierało potwierdzenie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia o „świadczenie usług polegających na sprzątnięciu i utrzymaniu w porządku i czystości terenów zielonych i zewnętrznych przynależnych do budynków oraz pomieszczeń i części nieruchomości przeznaczonych do wspólnego użytku (w budynkach określonych w załącznikach) na terenie miasta Poznania” oraz podkreślił, że Zamawiający dysponował porozumieniem z dnia 3 stycznia 2013 r., wskazującym na stosunek prawny pomiędzy Konsorcjum a spółką Vincorp sp. z o.o. SKA, oparty na możliwości udostępnienia zasobów Wykonawcy przez inny podmiot, który nie jest Wykonawcą w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i jego zdaniem, wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w zawiadomieniu z dnia 17 lutego 2014 r. to oświadczenie dla swojej skuteczności nie wymagało w swojej treści daty złożenia oświadczenia, a ponadto, na podstawie posiadanych dokumentów nie ulegało wątpliwości, z jakimi podmiotami spółka Vincorp sp. z o.o. S.K.A. zobowiązała się odpowiadać solidarnie oraz jakiego zobowiązania i na czym rzecz dotyczy oświadczenie.

Wykonawca podkreślił, że Konsorcjum skutecznie wypełniło warunki wynikające z SIWZ pomimo braku takiego obowiązku wynikającego z przepisów prawa, albowiem zdaniem Odwołującego [zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz przepisami rozporządzenia w sprawie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane] na wykonawcy nie spoczywa obowiązek solidarnej odpowiedzialności z podmiotem udostępniającym swoje zasoby na

podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a zatem wymagane przez Zamawiającego „potwierdzenie odpowiedzialnej solidarności” (pkt 12.12 SIWZ) nie posiada żadnej mocy prawnej.

Mając powyższe na względzie stwierdził, że Zamawiający naruszył obowiązek udzielenia zamówienia zgodnie z dyrektywą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza cenowo, co w pełni spełnia kryterium oceny ofert określone w pkt 20 SIWZ, a niezgodne z prawem zastrzeżenia znajdujące się w SIWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem takie zastrzeżenie uważa się za bezskuteczne.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - IMPEL CLEANING Sp. z o. o., KDS Sp. z o. o. i Alkom F.H.U. mgr inż. H..... S..... z Wrocławia wnosząc o jego częściowe odrzucenie, albowiem zdaniem Przystępującego zarzuty dotyczące postanowienia specyfikacji są spóźnione, a w pozostałym zakresie o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, co do zarzutów dotyczących wymogu złożenia dokumentu potwierdzającego solidarną odpowiedzialność wykonawcy i podmiotu udostępniającego swoje zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wniósł o ich odrzucenie oraz o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W szczególności podał, że kwestionowany dokument w zamyśle Zamawiającego odnosił się do wskazania sposobu realizacji przedmiotu zamówienia oraz odpowiedzialności za tę realizację zarówno wykonawcy jak i innego podmiotu, który wraz z wykonawcą miałby uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Jego zdaniem, odwołanie w zakresie tego dokumentu zostało złożone w terminie, gdyż termin dla wniesienia odwołania na okoliczności związane z postanowieniami w treści ogłoszenia bądź specyfikacji 10-cio dniowy termin upłynął – w związku z datą publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej [w dniu 14.12. 2013 r.].

Zamawiający stwierdził przede wszystkim, że celem, dla którego żądał od wykonawców, korzystających z potencjału, wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, oświadczenia o solidarnej odpowiedzialności podmiotu trzeciego z wykonawcą, było zabezpieczenie interesów Zamawiającego. Wymóg taki – jego zdaniem - jest oczywistą konsekwencją sytuacji, w której ofertę składa podmiot, który jednocześnie korzysta z możliwości, przewidzianej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, albowiem, jeżeli podmiot przystępujący do

przetargu nie posiada wymaganego przez Zamawiającego potencjału, wiedzy i doświadczenia i zmuszony jest korzystać w tym zakresie z pomocy podmiotu trzeciego, to Zamawiający, aby nie narazić się na zarzut braku należytej staranności, powinien oprócz dowodów na dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego, wymagać także złożenia oświadczenia o solidarnej odpowiedzialności. Oświadczenie takie powinno, zatem posiadać taką formę i treść, aby na jego podstawie można było stwierdzić, że podmiot trzeci będzie odpowiedzialny wraz z wykonawcą w stosunku do Zamawiającego w przypadku niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania, a Zamawiający w przypadku ewentualnego sporu sądowego odnośnie zamówienia musi mieć na podstawie oświadczenia o solidarnej odpowiedzialności możliwość, skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego, zarówno, co do wykonawcy, jak i podmiotu, który składa oświadczenia o solidarnej odpowiedzialności. Wskazując na art. 369 kc. Zamawiający podniósł również, że zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. Solidarność może zatem wynikać z czynności prawnej, tak jednostronnej, jak i dwustronnej. Jak wskazał SN celem solidarności biernej jest dążenie do zabezpieczenia praw wierzyciela i ułatwienie mu realizacji jego wierzytelności. Nie wymaga dowodzenia oczywista - w świetle art. 366 k.c. - okoliczność, że pewność wierzyciela jest tym większa jeżeli dowiedzie on odpowiedzialności za dług kilku dłużników, a w ich gronie takich od których najłatwiej i najskuteczniej można zrealizować (wyegzekwować) wierzytelność. Jednakże nadanie odpowiedzialności kilku zobowiązanym charakteru solidarnego -i uzyskanie takiej uprzywilejowanej pozycji przez wierzycieli - ustawodawca sformalizował w sposób wskazany w art. 369 k.c. Oznacza to, że u źródeł solidarności znajdować się musi konkretny przepis prawa (art. 441 §1 k.c.) bądź zastrzeżenie umowne [wyrok SN z 22.06.1998 r., I CKN 757/97]. Istotnym jest także, że w prawie polskim o istnieniu solidarności bądź o jej braku przesądza ustawa lub wola stron wyrażona w umowie a nie cechy zobowiązania (art. 369 k.c), a solidarności nie domniemywa się [wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28.02.1992 r., ACr 42/92, OSA 1993/4/23)].

W odniesieniu do oświadczenia złożonego przez VINCORP Sp. z o.o. S.K.A. podał, że to oświadczenie nie zawiera: daty, określenia podmiotu, z którym VINCORP Sp. z o. o, S.K.A. miałby być solidarnie odpowiedzialny, określenia podmiotu, na którego rzecz miałaby powstać solidarna odpowiedzialność oraz określenia przedmiotu zobowiązania dotyczącego solidarnej odpowiedzialności w sposób pozwalający na jego identyfikację, albowiem określenie „świadczanie usług polegających na sprzątaniu i utrzymaniu w porządku i czystości terenów zielonych i zewnętrznych przynależnych do budynków oraz pomieszczeń i części nieruchomości przeznaczonych do wspólnego użytku (w budynkach określonych w załącznikach) na terenie Miasta Poznań: może równie dobrze dotyczyć innego zamówienia

dotyczącego sprzątnięcia i utrzymania w czystości nieruchomości na terenie Miasta Poznania. W konkluzji Zamawiający podkreślił, że oświadczenie złożone zostało przez Odwołującego, a nie przez VINCORP sp. z o.o. S.K.A. i wobec wskazanych braków z tego oświadczenia nie można wywodzić solidarnej odpowiedzialności spółki z Odwołującym w stosunku do Zamawiającego. Stwierdził także, że nie można o solidarności wnioskować z okoliczności towarzyszących zawarciu umowy bądź podjęcia jednostronnej czynności prawnej, a zatem nie jest również zasadne powoływanie się Odwołującego w tej kwestii na przepis art. 65 kc § 1 kc odnośnie interpretacji oświadczeń woli poprzez pryzmat okoliczności towarzyszących jej złożeniu, albowiem w przypadku zastrzeżenia solidarności, przepis ten, ze względu na istotę tej instytucji prawnej, nie będzie miał zastosowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zarzut niezgodności postanowienia pkt 12.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia z ustawą Prawo zamówień publicznych, w tym z art. 25 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust.2b tej ustawy w zw. z § 1 ust. 6 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie podlega rozpoznaniu przez Izbę, albowiem zarzut został wniesiony po terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Tak jak ustaliła Izba, wymaganie, co do dokumentu potwierdzającego solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia publicznego wykonawcy i innego podmiotu na zasoby którego wykonawca – na zasadach określonych w art. 26 ust.2b ustawy Pzp w celu spełnienia warunków powołuje się - dotyczy de facto w pierwszej kolejności treści Ogłoszenia o zamówieniu [Seksja III.2.2 (akapit ostatni) – Sytuacja podmiotowa wykonawców (...)], którego publikacja nastąpiła w dniu 4 grudnia 2013 r. Także w pkt 12 specyfikacji [Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy] w ppkt 12 wskazany został sporny dokument, aczkolwiek w tym przypadku nie został on wymieniony, jako dokument wymagany na potwierdzenie spełnienia podmiotowego warunku udziału w tym postępowaniu.

Wobec powyższego ustalenia, Izba miała na uwadze odpowiednio przepis art.189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku ze wskazanym art. 182 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp. Powołany art. 189 ust.2 ustawy Pzp w zdaniu pierwszym stanowi, że Izba zobowiązana jest z urzędu odrzucić

odwołanie, jeżeli stwierdzi m.in., że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego ustawą [ust. 2 pkt 3]. Okoliczności, o których mowa w tym przepisie, stanowią negatywną przesłankę procesową, uniemożliwiającą rozpoznanie odwołania co do jego meritum i tym samym jej zaistnienie skutkuje odrzuceniem odwołania. Powyższy przepis ma także odpowiednie zastosowanie do podniesionego po terminie zarzutu, jednakże w tym przypadku - co podkreślane jest w orzecznictwie i doktrynie – Izba nie orzeka o jego odrzuceniu, lecz zarzut taki pozostawia bez rozpoznania.

Na marginesie Izba stwierdza, że wobec argumentacji Odwołującego wymaganie dotyczące dokumentu potwierdzającego solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia publicznego wykonawcy i innego podmiotu, na zasoby którego – na zasadach określonych w art. 26 ust.2b ustawy Pzp - powołuje się wykonawca, nie pozostaje w sprzeczności z § 1 ust. 6 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...). Przepis ten przede wszystkim nie wymienia wprost dokumentów, jakich może żądać zamawiający, a ich zakres został określony jedynie w szczególności. Zatem wskazany przepis rozporządzenia, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zezwala żądać nie tylko dokumentów wprost w nim wskazanych, ale także innych dokumentów, umożliwiających zamawiającemu weryfikację zdolności do należytego wykonania zamówienia udzielanego temu wykonawcy, który powoływał się na zasoby podmiotów trzecich.

Izba, odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, przede wszystkim stwierdza, że zarówno treść oświadczenia złożonego w wyniku wezwania podpisanego przez prezesa zarządu podmiotu udostępniającego zasoby – VINCORP sp. z o.o. S.K.A. ze Szczecina na rzecz Odwołującego, jak i treść porozumienia z dnia 3.01.2013 r. nie mogą być uznane za dokumenty spełniające wymagania określone dla dokumentu opisanego w Sekcji III.2.2 Ogłoszenia o zamówieniu i w punkcie 12.12 specyfikacji.

Z treści złożonego oświadczenia nie można wywodzić solidarnej odpowiedzialności podmiotu udostępniającego zasoby - VINCORP sp. z o.o. S.K.A. ze Szczecina z Odwołującym w stosunku do Zamawiającego. Tak jak słusznie stwierdził Zamawiający, solidarnej odpowiedzialności w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego [art. 369 lub art. 441] w związku z art. 14 kc. nie można wnioskować z okoliczności towarzyszących zawarciu umowy bądź podjęcia jednostronnej czynności prawnej. Na gruncie prawa polskiego, co podnoszone jest także w doktrynie i orzecznictwie, o istnieniu solidarnej odpowiedzialności podmiotów, [bądź o jej braku], przesądza ustawa lub wola stron wyrażona w umowie, a nie cechy

zobowiązania. Ponadto takiej solidarnej odpowiedzialności nie można domniemywać i tym samym nie jest zasadne powoływanie się Odwołującego w tej kwestii na przepis art. 65 § 1 kc. odnośnie interpretacji oświadczeń woli przez pryzmat okoliczności towarzyszących jej złożeniu, albowiem w przypadku zastrzeżenia odpowiedzialności solidarnej, przepis ten, ze względu na istotę tej instytucji prawnej, nie może mieć zastosowania.

Izba ponownie zwraca uwagę, że wobec umiejscowienia tego wymagania w pkt 12.12. specyfikacji i nie przypisanie do warunków podmiotowych określonych w punkcie 11 tej specyfikacji oraz z uwagi na wskazywany przez Zamawiającego cel domagania się tego dokumentu, a także wobec argumentacji podnoszonej w odwołaniu i nie kwestionowania niezgodności spornego postanowienia specyfikacji z postanowieniami Ogłoszenia o zamówieniu [w odwołaniu jak i w stosownym terminie] można uznać, że nie złożenie tego dokumentu skutkowało w konsekwencji niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji i stanowiło podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba podkreśla, że rozpoznając zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp Izba miała na uwadze dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie z którą odwołanie jest rozpoznawane tylko w granicach zarzutów w nim podniesionych, a w związku z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp podnoszony w odwołaniu zarzut powinien wskazywać okoliczności zarówno prawne, jak i faktyczne. W tym przypadku podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał na pkt 12.12. specyfikacji, którego to postanowienie według nie zostało specyfikacji zakwalifikowane, jako warunek podmiotowy udziału w tym postępowaniu.

Izba jednocześnie, mając na uwadze treść Ogłoszenia o zamówieniu i umiejscowienie spornego wymagania w Sekcji III.2.2 (akapit ostatni) – Sytuacja podmiotowa wykonawców (...), na marginesie zauważa, że ocena tej oferty powinna następować z uwzględnieniem spornego dokumentu w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu, a to w konsekwencji powodowałoby wykluczenie Odwołującego z tego postępowania, jednakże takie ustalenie nie miałoby wpływu na finalną ocenę oferty Odwołującego, albowiem w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania oferta ta zostałaby uznana za odrzuconą. Zatem w tej sprawie miałby zastosowanie art. 192 ust.2 ustawy Pzp zgodnie z którym uwzględnienie odwołanie następuje tylko wówczas, gdy stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp ma wpływ na wynik danego postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....

.....

.....