

**WYROK**

**z dnia 10 stycznia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Osiecka**  
**Katarzyna Odrzywolska**  
**Anna Packo**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 stycznia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CIPA SOCIETA PER AZIONI z siedzibą w Sorrento, we Włoszech oraz REST Usługi Remontowo-Budowlane i Specjalistyczne M. J., J. N. Sp. J. z siedzibą w Rzeszowie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg w Opolu z siedzibą w Opolu**

przy udziale **wykonawcy H. i P. Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CIPA SOCIETA PER AZIONI z siedzibą w Sorrento, we Włoszech oraz REST Usługi Remontowo-Budowlane i Specjalistyczne M. J., J. N. Sp. J. z siedzibą w Rzeszowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CIPA SOCIETA PER AZIONI z siedzibą w Sorrento, we Włoszech oraz REST Usługi Remontowo-Budowlane i Specjalistyczne M. J., J. N. Sp. J. z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania.**

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Opolu**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Miejski Zarząd Dróg w Opolu, dalej: „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa obwodnicy piastowskiej w Opolu – odcinek od obwodnicy północnej do ul. Krapkowickiej – Etap II – od węzła Niemodlińska do obwodnicy północnej*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 167-342997 w dniu 1 września 2017 r.

W dniu 18 grudnia 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie CIPA SOCIETA PER AZIONI z siedzibą w Sorrento, we Włoszech oraz REST Usługi Remontowo-Budowlane i Specjalistyczne M. J., J. N. Sp. J. z siedzibą w Rzeszowie, dalej: „Odwołujący”, wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo że wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu (Rozdział 9 SIWZ pkt 2.3.b.) dotyczącego doświadczenia, przedstawiając roboty budowlane odpowiadające warunkowi określonymu w SIWZ. Zamawiający dokonał bowiem zawężającej, nieprawidłowej wykładni SIWZ, a nadto bezprawnie przyjął, iż Odwołujący nie jest uprawniony do udowodnienia spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia poprzez wykonanie roboty budowlanej zgodnej z SIWZ na własną rzecz.
2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego opłacania podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne (Rozdział 10 SIWZ pkt 1.19 oraz pkt 3.b), mimo że z oświadczeń złożonych Zamawiającemu, w szczególności pismem z dnia 30 listopada 2017 r. (sprostowanie przez Urząd Skarbowy w Neapolu zaświadczenia z dnia 1 września 2017 r.) wynika, że wykonawca CIPA SOCIETA PER AZIONI z siedzibą w Sorrento, we Włoszech, dalej: „CIPA SPA”, nie zalegał z opłacaniem, a nawet gdyby przyjąć, że taka sytuacja miała miejsce w dniu składania ofert (czemu Odwołujący zaprzecza), Zamawiający zaniechał obowiązkowego wezwania

Odwołującego do poprawienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, dalej: „JEDZ”, i do przedstawienia dowodów w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Tym samym Odwołujący nic przedstawił informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego.

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że wadium zostało wniesione prawidłowo i należyte zabezpiecza interesy Zamawiającego.
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na dysponowanie geodetą (Panem G. P.) na podstawie umowy zlecenia w momencie składania oferty, mimo że wymóg dysponowania na podstawie umowy o pracę (Rozdział 9 SIWZ pkt 2.3.a ppkt 6 w zw. z Rozdziałem 4 SIWZ ~ Uwagi ppkt 20) dotyczy tylko okresu realizacji zamówienia. Ponadto sam Zamawiający ustalił i potwierdził w wezwaniu, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, że informacja o podstawie dysponowania w wykazie osób składana jest na potwierdzenie spełnienia warunku, a nie jako treść oferty w rozumieniu art. 82 ustawy Pzp, wobec tego treść wykazu osób, w tym treść kolumny „Informacja o podstawie do dysponowania osobami”, nie świadczy o niezgodności oferty z treścią SIWZ.
5. naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w razie przyjęcia, że informacja o podstawie dysponowania personelem w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, stanowi treść oferty - poprzez zaniechania wyjaśnienia oferty w tym zakresie i w konsekwencji zaniechanie poprawienia omyłki w tym wykazie poprzez wpisanie w kolumnie „podstawa do dysponowania osobami” sformułowania „umowa o pracę” w miejsce „umowa zlecenie”.
6. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego, skoro czynność wykluczenia go z postępowania była nieprawidłowa.
7. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania;

2. dokonanie powtórnej czynności badania i oceny oferty i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, lub ewentualnie, w razie wątpliwości, nakazanie Zamawiającemu ponowienia wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz do poprawienia JEDZ w zakresie oświadczeniu dot. zalegania z opłacaniem podatków i innych opłat i dokonania samooczyszczenia w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp oraz w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i w konsekwencji poprawienie omyłki w tym wykazie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wpisanie w kolumnie „podstawa do dysponowania osobami” „umowa o pracę” w miejsce „umowa zlecenie”.

Odwołujący podnosił, co następuje.

1. Doświadczenie Odwołującego

Zamawiający w SIWZ przy określeniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia nie wprowadził definicji sieci elektroenergetycznej, teletechnicznej, gazowej czy wodociągowej, w szczególności Zamawiający przy określeniu warunku nie odwołał się w zakresie rozumienia pojęcia „sieci” do rozporządzeń wykonawczych, które Zamawiający powołuje w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Tymczasem Zamawiający w innym zakresie wprost odwoływał się w SIWZ do definicji legalnych, w szczególności w Uwagach do ppkt 3 lit. a) i b) (str. 24 SIWZ).

Wobec tego, w ocenie Odwołującego, treść SIWZ należy interpretować w świetle użytych tam sformułowań, jeśli Zamawiający nie odwołał się do definicji legalnej w konkretnym przypadku, należy przyjąć znaczenie potoczne. „Sieć uzbrojenia terenu” w potocznym rozumieniu oznacza „wszelkiego rodzaju nadziemne, naziemne i podziemne przewody i urządzenia budowlane z wyłączeniem urządzeń melioracji szczegółowych, a także podziemne budowle (tunele, przejścia, parkingi, zbiorniki itp.). Z kolei „przyłącze” to „element sieci uzbrojenia terenu lub jej część służąca do połączenia urządzeń, instalacji lub sieci należącej do podmiotu przyłączanego (potocznie zwanego odbiorcą) z pozostałą częścią sieci zwanej magistralną lub rozdzielczą” (źródło: pl.wikipedia.org). Skoro przyłącze jest elementem sieci, to wykonanie przyłącza należy rozumieć jako przebudowę sieci. Ponadto, samo rozumienie pojęcia „przyłącza” we wskazanych przez Zamawiającego aktach prawnych również wskazuje na fakt, że jest to element sieci.

Odwołujący nie zgadzał się również ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby nie można było uznać doświadczenia zdobytego w realizacji robót budowlanych na własne potrzeby wykonawcy CIPA SPA. Budowa wskazana przez Odwołującego zakończyła się odpowiednim odbiorem dokonany przez obiektywnego, niezależnego inspektora

i uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek udowodnienia, że roboty nie zostały prawidłowo wykonane przez wykonawcę.

## 2. Niezaleganie z podatkami przez Odwołującego

Zamawiający zaniechał właściwej oceny dokumentów składanych przez Odwołującego na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 15 ustawy Pzp. Odwołujący, wykazał na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, że nie zalega z podatkami i opłatami, o których mowa w zaświadczeniu - karta nr 09420170010010064 (kwota 392,11 EUR wg zaświadczenia z dnia 1 września 2017 r.). Odwołujący do pisma z dnia 21 listopada 2017 r. załączył Zamawiającemu dowód zapłaty zobowiązań wynikających z tego dokumentu w dniu 30 października 2017 r. na łączną kwotę 409.76 EUR, obejmującą należność główną i odsetki. Zamawiający błędnie, zdaniem Odwołującego, odczytuje jakoby do zapłaty pozostało Odwołującemu jeszcze 13,78 EUR. Ponadto Odwołujący w dniu 30 listopada 2017 r. złożył zaświadczenie właściwego dla wykonawcy CIPA SPA organu podatkowego z dnia 29 listopada 2017 r., w którym organ podatkowy prostuje zaświadczenie wydane w dniu 1 września 2017 r. Brak było zatem podstaw do wykluczenia Odwołującego z tytułu zalegania w podatkach i innych opłatach.

Niezależnie od powyższego, w razie stwierdzenia istnienia zaległości w podatkach, Zamawiający winien przed dokonaniem wykluczenia z postępowania wezwać Odwołującego do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Zamawiający uznał drobne zaległości podatkowe, wynikające z zaświadczenia z dnia 27 lipca 2017 r. za spełnienie przesłanki umożliwiającej wykluczenie Odwołującego, nie dając szansy na przedstawienie dowodów wystarczających do wykazania rzetelności na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Nie doszło także, zdaniem Odwołującego, do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, w sytuacji gdy z przedłożonych Zamawiającemu zaświadczeń dotyczących podatków i innych opłat wynikało, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zaniechał wezwania do poprawienia JEDZ w przedmiotowym zakresie, przy przyjęciu, że Odwołujący w ogóle miał jakiegokolwiek zaległości w podatkach czy innych opłatach.

## 3. Prawidłowo wniesione wadium

W gwarancji ubezpieczeniowej wskazano jako wykonawców: CIPA SPA oraz REST URBIS M. J., J. N. Sp. J. Zdaniem Zamawiającego, brak podania siedziby obu wykonawców oraz nieprawidłowe oznaczenie firmy wykonawcy REST (skrót „URBIS” zamiast „USŁUGI REMONTOWO-BUDOWLANE I SPECJALISTYCZNE”) prowadzi do niemożliwości realizacji gwarancji wadialnej przez Zamawiającego. *W tekście jednolitym Umowy Spółki uwzględniającym zmiany wprowadzone Uchwałą Wspólników nr 45 z dnia 24 stycznia 2011 r. w §2 ustalono: Spółka prowadzi będzie przedsiębiorstwo pod firmą:*

*REST USŁUGI REMONTOWO-BUDOWLANE / SPECJALISTYCZNE M. JAMRÓZ J. NOWAK SPÓŁKA JAWNA, skrót: REST URBIS M.J., J. N. SP. J.* W ten sposób określono też tego wykonawcę w gwarancji. Gwarant wraz z dokumentami rejestrowymi wykonawców otrzymał również umowę spółki jawnej i wykorzystał skrót, tym samym w pełni obejmując zakresem gwarancji obu wykonawców. Co istotne, sam Zamawiający posługiwał się skrótem, np. w informacji z otwarcia ofert z dnia 17 października 2017 r. oraz w rozdzielniku zawiadomienia z dnia 7 grudnia 2017 r. W ocenie Odwołującego, brak podstaw do odrzucenia jego oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

#### 4. Dysponowanie geodetą w momencie składania oferty

Odwołujący podnosił, że z postanowień SIWZ nie wynika wymóg, aby jeszcze przed rozpoczęciem realizacji zamówienia osoba wyznaczona do pełnienia funkcji geodety była przez wykonawcę zatrudniona na podstawie umowy o pracę. Wskazując w wyjaśnieniach z dnia 21 listopada 2017 r, właściwą podstawę dysponowania Panem G. P. (geodetą) w trakcie realizacji umowy, rozwiął wątpliwości Zamawiającego, potwierdzając spełnianie warunku w sposób, w jaki interpretuje go Zamawiający (czyli poprzez wskazanie podstawy dysponowania na przyszłość). Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania tego oświadczenia, mógłby to zrobić jedynie np. poprzez zażądanie i weryfikację umowy o pracę, czego nie uczynił, a co więcej, czego zakazuje ustawa.

Jeśli jednak istniały wątpliwości co do dysponowania Panem G. P. (geodetą) na potrzeby realizacji zamówienia, Zamawiający winien wyjaśnić je w precyzyjnym wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp. Jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości dotyczące zakresu zobowiązania Odwołującego, powinien zwrócić się z wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie pozwoliłoby dokonać stosownej poprawy wykazu osób, kolumny „podstawa dysponowania”, gdyby przyjąć, że wykaz ten w tym zakresie stanowi treść oferty wykonawcy, czemu Odwołujący zaprzecza.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca H. i P. Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, dalej również: „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i wskazując, że Zamawiający postawił wymóg legitymowania się wykonaniem budowy lub przebudowy sieci jako całości, a nie budowy lub przebudowy tylko przyłączy do sieci lub jakichkolwiek innych jej elementów. Odwołujący zaś wykazał się jedynie budową przyłączy do sieci, a nie budową lub przebudową sieci jako całości. Przystępujący podnosił również, że Odwołujący ani w JEDZ dotyczącym wykonawcy CIPA SPA, ani w korespondencji prowadzonej z Zamawiającym w toku postępowania,

ani w samym odwołaniu, nie uznał, aby spółka CIPA SPA popełniła delikt naruszenia obowiązków w zakresie podatków.

Zamawiający przedłożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie w całości odwołania i wskazując, co następuje.

#### 1. Doświadczenie Odwołującego

Zdaniem Zamawiającego, wykonanie przyłączy do sieci na rzecz Grupy Sadowniczo — Warzywna Żłoty Sad sp. z o.o. w Samborcu, dalej: „Grupa Żłoty Sad”, nie jest budową lub przebudową samych tych sieci, bowiem sieci i przyłącza do nich są urządzeniami różnymi. Przywołane przez Zamawiającego przepisy nie utożsamiają jego zdaniem pojęcia „przyłącze” i „sieć”, a więc przyjmując nawet, że przyłącza do sieci są elementem sieci to w warunkach udziału w postępowaniu postawiono wymóg wykonania budowy lub przebudowy sieci jako całości, a nie budowy lub przebudowy tylko przyłączy do sieci. Jednocześnie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można potocznego znaczenie terminu „sieć” wywodzić z definicji terminu „przyłącze” zawartej w Wikipedii, z której to definicji ma wynikać, że przyłącze jest elementem sieci.

Zamawiający wskazał, że w niniejszej sprawie wyszły na jaw dodatkowe okoliczności, które nie były znane Zamawiającemu w chwili podejmowania decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Zamawiający zwrócił się do podmiotu, na którego rzecz przyłącze faktycznie mogło być wykonywane tj. Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. w Kielcach, dalej: „PSG”, o udzielenie informacji w tym zakresie. Z treści prowadzonej korespondencji wynika, że PSG zawarła z Grupą Żłoty Sad umowę przyłączeniową, na podstawie której PSG zobowiązana była do wybudowania przyłącza gazowego wraz z punktem redukcyjno-pomiarowym do budynku. Roboty te faktycznie wykonywał podmiot, z którym PSG miała zawartą umowę ramową na budowę sieci gazowych. Grupa Żłoty Sad na mocy tej umowy przyłączeniowej, została zobligowana do wykonania wyłącznie instalacji wewnętrznej do budynku.

Przedstawiona korespondencja dowodzi, że Odwołujący faktycznie nie wykonał robót budowlanych polegających na budowie przyłącza gazowego w ramach zadania wskazanego dla spółki w Samborcu i tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd co do rzeczywistego stanu rzeczy, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym, nawet w przypadku uznania, iż wskazana przez Odwołującego budowa przyłączy do sieci jest wymaganą w SIWZ budową lub przebudową samych tych sieci, w tym zakresie Odwołujący nie wykazał wskazywanej budowy przyłącza gazowego.

W ocenie Zamawiającego nie może być także uznane za spełnienie warunku w zakresie budowy lub przebudowy sieci wykazanie się wykonaniem roboty budowlanej



na własne potrzeby, albowiem wystawienie referencji przez samego wykonawcę robót w świetle obowiązującego prawa jest niedopuszczalne.

## 2. Niezaleganie z podatkami przez Odwołującego

Zamawiający podnosił, że dokument załączony do pisma z dnia 30 listopada 2017 r., wniesiony po upływie terminu wyznaczonego na uzupełnienie dokumentów, również nie potwierdza, że wykonawca CIPA SPA nie zalega z opłacaniem podatków. Ostatecznie więc, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, Odwołujący nie przedłożył stosownych dokumentów. Skoro konsekwentnie uznaje, że nie zalega z opłacaniem podatków, to zdaniem Zamawiającego brak było podstaw do zastosowania procedury samooczyszczenia z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp i wezwania do poprawienia JEDZ.

Wobec przedstawienia kolejnych zaświadczeń, które nie rozwiały wątpliwości co do wywiązania się z obowiązków podatkowych i ostatecznie nie potwierdziły, że wykonawca CIPA SPA nie zalega z opłacaniem podatków, Zamawiający był zobowiązany wykluczyć Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wobec wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu ww. informacji.

## 3. Wadium Odwołującego

Analizując złożoną gwarancję ubezpieczeniową Zamawiający stwierdził, że zawiera nieprawidłowe oznaczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia przez nieokreślenie w jej treści siedziby obu wykonawców oraz nieprawidłowe oznaczenie firmy jednego z nich, co prowadzi do niemożliwości realizacji gwarancji wadialnej przez Zamawiającego w obecnej jej treści i tym samym uznania, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. W przypadku wezwania do realizacji gwarancji z przyczyn leżących po stronie konsorcjanta, który nie został prawidłowo objęty gwarancją, Zamawiający nie wyklucza sytuacji, że ubezpieczyciel odmówi wypłaty wadium, gdyż na podstawie umowy gwarancji odpowiada tylko za zachowania podmiotu wymienionego w jej treści. Z treści gwarancji nie wynika nawet, aby gwarant w ogóle dysponował umową spółki wykonawcy i że faktycznie taki skrót został w jej treści nadany (Zamawiający również nie miał dotychczas wglądu do umowy spółki wykonawcy). Niemniej, Zamawiający nie wyklucza, iż np. w drodze sądowej uzyskałby zapłatę określonej kwoty pieniężnej.

## 4. Dysponowanie geodetą w momencie składania oferty

Zamawiający realizując dyspozycję ustawową w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wskazał w SIWZ, jaka część zamówienia w oparciu o art. 29 ust. 3a ustawy Pzp ma zostać zrealizowana poprzez „zatrudnienie osób na umowę o pracę”. Wymaganie

„sprawdzenia” w treści oferty deklaracji zatrudnienia na umowę o pracę niektórych osób realizował m.in. w oparciu o dokumenty, które stanowiły jednocześnie dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie wymagał zatrudniania osób przed realizacją zamówienia na umowę o pracę, a jedynie złożenia deklaracji o ich zatrudnianiu w trakcie realizacji zamówienia. Dopiero w wyjaśnieniach z dnia 21 listopada 2017 r. Odwołujący wskazał podstawę dysponowania Panem G. P.m (geodetą), która byłaby zgodna z SIWZ.

Ponieważ złożona w wykazie osób deklaracja o podstawie dysponowania personelem była jednoznaczna, zamawiający nie mógł zastosować regulacji zawartej w art. 87 ust 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie widział też podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Usankcjonowanie tego błędu jako omyłka nieistotna oznaczałoby, że złożone deklaracje co do zawarcia umowy o pracę w treści oferty są nieistotne i dopuszczalne będzie dokonywanie ich zmian w trakcie realizacji umowy.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Odwołującego, informacji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, piśmie procesowym złożonym przez Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 stycznia 2018 r. oraz przedłożony przez Odwołującego dowód z noty księgowej (tłumaczenie poświadczony z języka włoskiego), która była załączona również w dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego Izbie w dniu 29 grudnia 2017 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z kopii oświadczenia wystawcy gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 9 stycznia 2018 r. (niepotwierdzonej za zgodność z oryginałem), wskazującego że użycie skróconej nazwy „REST URBIS” oraz brak adresu wykonawcy nie utrudnia identyfikacji firmy oraz nie ma wpływu na ewentualną realizację gwarancji. Przedłożona niepoświadczona

kserokopia nie jest dokumentem. Kserokopia, jako mająca cechy dowodu wtórnego, wymaga potwierdzenia jej zgodności z oryginałem. Zatem, jeżeli pismo nie może być uznane za dokument, nie może być ono podstawą do prowadzenia dowodu. Ponadto, Izba uznała, że ww. dowód jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Oświadczenie powyższe nie może mieć żadnego znaczenia, ponieważ w zakresie wadium ocenie takiej podlegać mogą jedynie dokumenty złożone do upływu terminu składania ofert.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut nr 1 i 7 [naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 26 ust. 3 i 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp] – zarzut uwzględniony**

Zgodnie z Rozdziałem 9 pkt 2 ppkt 3 lit. b) SIWZ: *Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej będzie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże (...) wykonanie w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej, której przedmiot zamówienia obejmował:*

- *budowę drogi min. klasy G, długości nie mniejszej niż 1 km,*
- *budowę 1 obiektu mostowego - drogowego (most, wiadukt, estakada) o dł. min 30 m i z dopuszczeniem ruchu pojazdów o masie min 40 ton,*
- *budowę lub przebudowę węzła komunikacyjnego min. typ WB,*
- *budowę lub przebudowę sieci teletechnicznych,*
- *budowę lub przebudowę sieci elektroenergetycznych,*
- *budowę lub przebudowę kanalizacji deszczowej min. o 400,*

- budowę lub przebudowę sieci wodociągowej,
- budowę lub przebudowę sieci gazowej.

*Wymienione roboty budowlane mogą być wykazane łącznie w jednym zadaniu lub w kilku zadaniach oddzielnych (nie więcej niż ośmiu). (...)*

*W celu potwierdzenia spełnienia niniejszego warunku Zamawiający zgodnie z zapisami art. 26 ust. 1 u.p.z.p. wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, wykazu wykonanych robót sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do niniejszej SIWZ. Wraz z załącznikiem nr 4 Wykonawca składa dowody określające czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacje o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Zaleca się, aby przedkładane dokumenty potwierdzające, że wykonane przez Wykonawców roboty zostały wykonane należycie, zawierały co najmniej:*

- a) wskazanie, że Wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu realizował roboty, których dokumenty dotyczą,*
- b) wskazanie podmiotu, na rzecz którego realizowane były roboty,*
- c) opinię podmiotu wskazanego powyżej w pkt. b stwierdzającą, że roboty zostały wykonane godnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.*

W piśmie z dnia 16 listopada 2017 r. Zamawiający poddał w wątpliwość, czy określony przez Odwołującego zakres robót dla Grupy Złoty Sad odpowiada postawionym wymogom (str. 7): *z dokumentów wynika wykonanie nie sieci, a przyłączy energetycznego, telekomunikacyjnego, gazowego, wodociągowego.* Dalej Zamawiający powoływał się na definicje zaczerpnięte z prawa telekomunikacyjnego, ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków oraz rozporządzenia w sprawie szczególnych warunków funkcjonowania systemu gazowego i wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunku określonego w Rozdziale 9 pkt 2 ppkt 3 lit. b) SIWZ.

Odwołujący pismem z dnia 21 listopada 2017 r. wskazał, iż wykonany zakres prac na rzecz Grupy Złoty Sad potwierdza spełnienie warunku, bowiem Zamawiający nie doprecyzował, czy budowa lub przebudowa sieci ma dotyczyć odcinka zasilającego, czy odcinka sieci od części zasilającej do armatury odcinającej, czy też obu tych odcinków,

a przyłączeniowy odcinek sieci stanowi integralną część sieci, co odnosi się do każdego rodzaju sieci. Ponadto, Odwołujący uzupełnił wykaz robót o robotę budowlaną wykonaną w ramach budowy własnego centrum biurowo-magazynowego w Rzymie, w ramach którego wykonał prace polegające na budowie sieci zasilających budynki, tj. elektroenergetycznej, teletechnicznej, kanalizacji deszczowej o średnicy 400 mm, wodociągowej i gazowej; oświadczając równocześnie, że ww. zadanie wykonał należycie, tj. zgodnie z prawem budowlanym i prawidłowo je ukończył.

W zawiadomieniu o wykluczeniu z dnia 7 grudnia 2017 r. Zamawiający wskazał: *Zdaniem zamawiającego budowa przyłączy w ww. zakresie nie jest równoznaczna z budową sieci. Ustawodawca, jak wskazano w wezwaniu do złożenia wyjaśnień/uzupełnień, rozróżnia pojęcia „sieć” i „przyłącze” (...) Nie może być także uznane za spełnienie warunku w zakresie budowy lub przebudowy sieci wykazania się wykonaniem roboty budowlanej na własne potrzeby (...)*. Zamawiający na tej podstawie wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Izba podziela pogląd prezentowany przez Odwołującego, że Zamawiający nie doprecyzował, czy budowa lub przebudowa sieci ma dotyczyć odcinka zasilającego, czy odcinka sieci od części zasilającej do armatury odcinającej, czy też obu tych odcinków. Jak przyjmuje się w utrwalonym orzecznictwie, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera jakiegokolwiek niejednoznaczności, to należy tłumaczyć je na korzyść wykonawcy.

Jednak nawet interpretacja kwestii niejasnych na korzyść wykonawców podlega pewnym regułom, m.in. celowości i logiki. Dlatego w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy Pzp należy przyjąć, że pojęć niezdefiniowanych przez zamawiającego używa się w znaczeniu nadanym przez profesjonalistów danej branży lub specjalności, do których specyfikacja ta jest kierowana, a nie w znaczeniu potocznym, jak sugerował Odwołujący. Odpowiada to regule ustanowionej w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą oświadczenie należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, ustalone zwyczaje – w tym wypadku są to „ustalone zwyczaje” (czyli rozumienie pojęcia) profesjonalistów. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jako podstawowy i najważniejszy dokument w postępowaniu określa wzajemne prawa i obowiązki stron, a także m.in. warunki udziału, więc będąc oświadczeniem woli zamawiającego podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w ww. przepisie. Na marginesie można też zauważyć, że w spornym przypadku, o ile można ustalić, co pod pojęciem „sieci” rozumie lub powinien rozumieć specjalista z branży budowlanej, to rozróżnienie pojęcia sieci od instalacji itp. pojęć przez tzw. „przeciętnego człowieka” nie jest miarodajne dla ustalenia znaczenia wymagań Zamawiającego.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie określił w warunku dotyczącym doświadczenia skali i zakresu przebudowy poszczególnych sieci. Oznacza to, że nawet niewielki fragment wykonanej sieci winien zostać uznany za spełniający warunek udziału w postępowaniu. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że chociażby z definicji zawartej w §2 pkt 5 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 2 lipca 2010 r. w sprawie *szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego* przyłączy do sieci gazowej to odcinek sieci. Natomiast zgodnie z ustawą z dnia 7 czerwca 2001 r. o *zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków* przyłączy wodociągowe to odcinek przewodu łączącego sieć wodociągową z wewnętrzną instalacją wodociągową w nieruchomości odbiorcy usług wraz z zaworem za wodomierzem głównym.

Na uwagę zasługuje również fakt, że sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazuje, że „(...) *nawet w przypadku uznania, iż wskazana przez Odwołującego budowa przyłączy do wyżej wymienionych sieci jest wymaganą w SIWZ budową lub przebudową samych tych sieci, w tym zakresie Odwołujący nie wykazał wskazywanej budowy przyłącza gazowego*”. Zatem, jedynie warunek dotyczący budowy przyłącza gazowego zdaniem Zamawiającego nie został spełniony, a ocena ta została dokonana już po zawiadomieniu Odwołującego o wykluczeniu z postępowania (pismo spółki PSG zostało doręczone Zamawiającemu 8 grudnia 2017 r., tj. dzień po przekazaniu Odwołującemu informacji o wykluczeniu). W zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego Zamawiający wskazywał, że również wykonanie roboty budowlanej na własne potrzeby nie może być uznane za spełnienie warunku udziału w postępowaniu, przywołując w tym miejscu jedynie wyrok KIO wydany w innym stanie faktycznym i prawnym. Zamawiający podważał sam fakt zrealizowania zamówienia na własne potrzeby, nie negując ani zakresu robót, ani ich należytego wykonania.

Stosownie do art. 22d ust. 1 ustawy Pzp oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Należy podkreślić, że Zamawiający powinien oceniać spełnianie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z brzmieniem, które mu nadał. Zgodnie zaś z Rozdziałem 9 pkt 3 lit. b) SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej, obejmującej budowę lub przebudowę poszczególnych elementów. Wykonawca był więc zobowiązany do wykazania się zrealizowaniem konkretnych prac dotyczących danego przedmiotu, będących robotami budowlanymi. Warto podkreślić, że roboty budowlane, w przeciwieństwie do usługi, której naturą jest istnienie innego

podmiotu jako odbiorcy, można wykonywać na własną rzecz. W takiej sytuacji z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie, wystawionego przez podmiot trzeci.

Zgodnie z §2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia*, dalej: „rozporządzenie”, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać m.in. wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Zatem, ustawodawca wymaga przedłożenia wraz z wykazem dowodów określających czy roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. W konkretnych przypadkach za takie dowody mogą zostać uznane referencje, inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Nie ograniczono więc kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. W orzecznictwie podkreśla się też, że nie istnieją ściśle określone w przepisach sformułowania czy wyrażenia, które powinny zostać zawarte w treści takiego dowodu. Powinno się w nich znaleźć jedynie potwierdzenie prawidłowego wykonania zobowiązania, którego dokument dotyczy.

W ocenie Izby uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenie własne spółki CIPA SPA o wybudowaniu nowych biur wraz ze stwierdzeniem, że *zadanie to zostało wykonane należycie, tj. zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone*, jakkolwiek złożone w ramach dwóch osobnych dokumentów, tj. pisma przewodniego z dnia 21 listopada 2017 r. (str. 3) oraz załączonego oświadczenia pana F. B. z dnia 16 listopada 2017 r., zawiera informacje wymagane przez Zamawiającego

w Rozdziale 9 pkt 2 ppkt 3 lit. b) SIWZ, zgodnie z którym *Zaleca się, aby przedkładane dokumenty potwierdzające, że wykonane przez Wykonawców roboty zostały wykonane należycie, zawierały co najmniej:*

- a. wskazanie, że Wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu realizował roboty, których dokumenty dotyczą,*
- b. wskazanie podmiotu, na rzecz którego realizowane były roboty,*
- c. opinię podmiotu wskazanego powyżej w pkt b stwierdzającą, że roboty zostały wykonane godnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.*

W konsekwencji, ww. oświadczenie własne stanowi poświadczenie należytego wykonania zamówienia. Izba nie ma podstaw do przyjęcia, że roboty wykonane przez Odwołującego w ramach powyższego zadania zostały wykonane nienależycie lub nie odpowiadają zakresowi robót potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, skoro sam Zamawiający nie kwestionował tych okoliczności. Należy podkreślić, że brak jest podstaw do utożsamiania pojęcia „dowodu określającego czy roboty budowlane zostały wykonane należycie” z „referencją wystawioną przez podmiot trzeci”. Gdyby intencją ustawodawcy było ograniczenie możliwości powoływania się na dowody jedynie do referencji wystawionych przez podmiot trzeci, ustawodawca dałby temu wyraz poprzez użycie takiego właśnie stwierdzenia w rozporządzeniu, wskazując w sposób jednoznaczny, że jest to jedyny możliwy dokument na potwierdzenie należytego wykonania wykazywanego zamówienia.

Ponadto, na uwagę zasługuje fakt, że oświadczenia przedkładane przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie są składane w oderwaniu od odpowiedzialności karnej. Zgodnie z art. 305 § 2 Kodeksu karnego kto w związku z publicznym przetargiem rozpowszechnia informacje lub przemilcza istotne okoliczności mające znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu albo wchodzi w porozumienie z inną osobą, działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

**Zarzut nr 2 [naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 8 ustawy Pzp] – zarzut oddalony**

Zgodnie z Rozdziałem 10 pkt 2 ppkt 2 oraz pkt 3 lit. b) SIWZ Zamawiający w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz ust. 5 pkt 1, 2, 4 — 8 ustawy Pzp żądał przedłożenia m.in. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków,



wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w Rozdziale 10 pkt 2 ppkt 2, 3, 4 SIWZ winien złożyć dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo że zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 października 2017 r., w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożył zaświadczenie o zaległych zobowiązaniach wpisanych do systemu informacyjnego rejestru podatkowego, z którego wynika, iż na dzień 27 lipca 2017 r. podmiot CIPA SPA posiada określone zobowiązania finansowe (zaświadczenie z dnia 1 września 2017 r.), tj.:

- *Karta nr 09420170010010064 392,11 euro nie zgłoszona, jako podmiot współzobowiązany;*
- *Identyfikator podatkowy UK50053142E/D - 35,12 euro data przekazania 10.05.2001;*
- *Identyfikator podatkowy TK50018694T/D - 67,64 euro data przekazania 25.11.2000;*
- *Identyfikator podatkowy SK50022635P/D - 446,22 euro data przekazania 10.08.2000;*
- *Identyfikator podatkowy 00006466 - 294,38 euro data przekazania 10.05.2000.*

Zamawiający pismem z dnia 16 listopada 2017 r., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że nie zalega on z opłacaniem podatków, opłat, zgodnie z postanowieniami SIWZ. W odpowiedzi wykonawca CIPA SPA złożył w piśmie z dnia 21 listopada 2017 r. wyjaśnienie, że w dniu 30 października 2017 r. spłacił zobowiązanie wskazane w karcie nr 09420170010010064 w kwocie 392,11 euro. Ponadto, przywołał art. 48 bis ust. 1 i 2 bis rozporządzenia Prezydenta Republiki z dnia 29 września 1973 r. nr 602, który ustala limit na 10.000 euro,

co w ocenie Odwołującego oznacza, że jego zobowiązania nie wpływają na regularność podatkową spółki CIPA SPA, jeśli chodzi o udział w przetargach publicznych.

Należy zauważyć, że wykonawca wraz z ofertą składa wstępne oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, które powinno być aktualne na dzień składania ofert. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, tzn. że na moment składania tego oświadczenia wykonawcy w aktualnym stanie prawnym (w przeciwieństwie do poprzedniego) nie muszą załączać dokumentów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Dokumenty te składane są przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, i mają być aktualne na dzień ich złożenia.

Mając powyższe na uwadze Izba podziela stanowisko zaprezentowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 11 kwietnia 2017 r. (znak: UZP/DKUE/KU/31/17), zgodnie z którym *„Należy odróżnić pojęcie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia od procedury dokumentowania tych okoliczności. Warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia muszą być spełnione już na dzień składania ofert i trwać przez cały okres trwania postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Natomiast dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, powinny dokumentować spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, potwierdzonych wstępnie w ramach oświadczeń złożonych z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Mając powyższe na względzie, wskazać należy, iż w świetle obowiązujących przepisów nie ma przeciwwskazań, aby dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, były wystawione po upływie terminu składania ofert, np. w dniu realizacji przedmiotowego wezwania, o ile tylko dokumentują spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i pozostają aktualne w momencie ich składania.”*

Zatem brak istnienia podstaw do wykluczenia musi być wykazany już na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, natomiast dowody składane na potwierdzenie tych okoliczności mają być aktualne na dzień ich złożenia. Z zasadą tą koresponduje również z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp uprawniający zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlega wykluczeniu na każdym etapie postępowania.

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący złożył w dokumencie JEDZ dotyczącym spółki CIPA SPA oświadczenie, iż nie podlega wykluczeniu (na str. 10 oferty zaznaczył w Części III lit. A JEDZ „TAK”, odpowiadając na pytanie czy wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne). Składając ww. oświadczenie w JEDZ Odwołujący potwierdził więc, iż na dzień jego złożenia (oświadczenie zostało podpisane w dniu 16 października 2017 r.) wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne.

W odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący złożył zaświadczenie o zaległych zobowiązaniach wpisanych do systemu informacyjnego rejestru podatkowego, z którego wynika, iż na dzień 27 lipca 2017 r. wykonawca CIPA SPA posiadał określone w zaświadczeniu zobowiązania finansowe. Następnie, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyjaśnił, że w dniu 30 października 2017 r. (zatem po terminie składania ofert, który został wyznaczony na 17 października 2017 r.) spłacił zobowiązanie w kwocie 392,11 euro, załączając notę księgową na kwotę 409,76 euro oraz kartę wydaną przez włoski urząd skarbowy, wskazującą następujące elementy: należność początkowa: 397,99 euro, do zapłaty: 13,78 euro, razem zapłacono: 409,76 euro. Zatem, z załączonych dokumentów wynika, że Odwołujący wciąż nie uregulował całej należności.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w zakresie zaległości podatkowych na dzień składania ofert, jak i do tej pory. W konsekwencji Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Mając jednocześnie na uwadze fakt złożenia oświadczenia w JEDZ wprowadzającego w błąd Zamawiającego, dodatkowo Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 17 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem z postępowania 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. Pojęcie „wprowadzenia w błąd” jest pojęciem szerszym niż przedstawienie nieprawdziwych informacji. Obejmuje sytuacje, w których wykonawca wprost przedstawia informacje niezgodne ze stanem faktycznym, ale również te, w których wprowadzenie w błąd polega na stworzeniu złudzenia, że jakaś okoliczność (np. uzasadniająca wykluczenie) nie zaistniała.

Warto zaznaczyć, że art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dotyczy wszystkich informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Decydujący jest skutek w postaci wpływu na wynik, niezależnie od tego czego informacja dotyczy. Przesłanka ta aktualizuje się więc jedynie gdy wprowadzenie

w błąd dotyczy informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, czyli *de facto* jedynie w przypadku gdy pewna okoliczność stanowi przesłankę wykluczenia lub odrzucenia oferty wykonawcy.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego należy zauważyć, że w wyniku złożenia oświadczenia w JEDZ o braku podstaw do wykluczenia, Zamawiający pozostawał w błędnym przekonaniu, że Odwołujący nie zalega z opłaceniem podatków, i w związku z tym dokonywał badania i oceny oferty, pomimo że przesłanka wykluczenia istniała. Odwołujący już w dniu 1 września 2017 r. (data wystawienia zaświadczenia) posiadał wiedzę na temat zaległości podatkowych, zatem mógł je uregulować przed terminem składania ofert, tj. 17 października 2017 r., skoro i tak częściowo to uczynił w dniu 30 października 2017 r.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Ponadto, zgodnie z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, składającego ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Odwołujący był więc zobowiązany do dochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega też wątpliwości, że złożone przez Odwołującego informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogą mieć istotny wpływ na podejmowane decyzje w postępowaniu.

Jednocześnie, w takich okolicznościach z oczywistych względów nie znajduje zastosowania art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem *wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu*

*zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.*

Skoro więc z oświadczeń złożonych przez Odwołującego jednoznacznie wynika, że posiadał wiedzę na temat zaległości podatkowych, to zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości winien stosowne oświadczenie złożyć w JEDZu i równocześnie już w JEDZu skorzystać z instytucji *self-cleaning*. W sytuacji gdy wykonawca oświadcza, że brak wobec niego jest podstaw do wykluczenia, mimo że zdaje sobie sprawę, że takie podstawy istnieją, zamawiający winien wykluczyć go z postępowania bez wzywania do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Ponadto, irrelevantna dla niniejszego rozstrzygnięcia pozostaje argumentacja Odwołującego o limicie zadłużenia przewidzianym w prawie włoskim, bowiem postępowanie prowadzone jest na podstawie prawa polskiego, które nie przewiduje żadnych limitów zadłużenia.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut nr 3 [naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b w związku z art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp] – zarzut uwzględniony**

Do oferty Odwołującego została załączona gwarancja wadialna ubezpieczeniowa z dnia 10 października 2017 r. wystawiona przez AXA ASSICURAZIONI S.P.A., w której treści wskazano konsorcjum wykonawców w składzie CIPA SPA oraz REST URBIS M.J., J.N. Sp.J.

W ocenie Izby brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Wskazanie konsorcjum wykonawców w składzie CIPA SPA oraz REST URBIS M. J., J. N. Sp. J., bez podania siedziby tych wykonawców oraz posłużenie się skrótem spółki jawnej było, wystarczające do identyfikacji podmiotu. Powyższa sytuacja nie miała wpływu na ważność wadium.

W związku z powyższym Izba uznała, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b w związku z art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp.

**Zarzut nr 4 [naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp] - zarzut uwzględniony**

Odwołujący stosownie do art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przedłożył wykaz osób, z którego wynika, że wykonawca dysponuje panem G. P. na podstawie umowy zlecenia. Pismem z dnia 16 listopada 2017 r. Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku

dotyczącego geodety, wskazując że wymagano zatrudnienia osoby wykonującej prace geodezyjne na podstawie umowy o pracę w sposób określony w art. 22 §1 Kodeksu pracy, a umowa zlecenia nie jest umową o pracę. W odpowiedzi na powyższe Odwołujący wyjaśnił, że przez omyłkę pisarską podał błędną podstawę dysponowania panem G. P. i załączył poprawiony wykaz osób. Następnie Zamawiający pismem z dnia 7 grudnia 2017 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp.

Skład orzekający dopatrył się naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp polegającego na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na wskazanie w wykazie osób rzekomo niezgodnej z SIWZ podstawy dysponowania. Zamawiający błędnie zakłada, że wykaz osób pełni w niniejszym stanie faktycznym podwójną rolę, odnosząc się także do opisu przedmiotu zamówienia i deklarowanego sposobu realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające m.in. spełnianie warunków udziału w postępowaniu zostały określone enumeratywnie w rozporządzeniu. I tak wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami składany jest na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (zgodnie z §2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia).

Informacja o podstawie dysponowania w wykazie osób dotyczy *de facto* informacji potwierdzającej czy wykonawca sam dysponuje przedstawionymi osobami czy też polega na zdolnościach innych podmiotów. Ponadto, wykaz osób będąc dokumentem z rozporządzenia na potwierdzenie spełnienia warunku w postępowaniu, w niniejszym stanie faktycznym nie stanowi dokumentu nieuzupełnialnego lub takiego, na którego podstawie można by odrzucić ofertę. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że wykonawca winien już w wykazie osób złożyć deklarację o ich zatrudnianiu w trakcie realizacji zamówienia, zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp (chyba że Zamawiający zawarłby w SIWZ wyraźny wymóg w tym zakresie). Jedyne na marginesie Izba wskazuje, że wezwanie Zamawiającego w tym zakresie było nieuprawnione, biorąc pod uwagę chociażby oświadczenie wykonawcy, złożone zgodnie z formularzem ofertowym (pkt 15), że *realizując zamówienie zgodnie z rozdziałem 4 niniejszej SIWZ zatrudni osoby na umowę o pracę, które będą wykonywać*

pracę w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2016 r, poz. 1666, ze zm.).

W konsekwencji nie potwierdził się natomiast zarzut nr 5 dotyczący naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem nie sposób przyjąć, że informacja o podstawie dysponowania osobami w wykazie osób stanowi dokument podlegający wyjaśnieniu lub poprawieniu na podstawie art. 87 ustawy Pzp.

#### **Zarzut nr 6 [naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp] – zarzut oddalony**

Skład orzekający Izby wskazuje, że nie można przypisać Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem przepis ten nie ma zastosowania w przetargu nieograniczonym.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Zastosowanie tej przesłanki ma związek z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Jednak te dwie regulacje należy odnieść do dwóch różnych sytuacji.

Art. 24 ust. 4 ustawy Pzp dotyczy co do zasady postępowań jednoetapowych, gdzie wykonawcy, składając ofertę, nie wiedzą, że zostaną wykluczeni z postępowania. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do szerszego kręgu wykonawców, tj. także do tych, którzy składają oferty pomimo tego, że zostali już poinformowani o wykluczeniu z postępowania. Ponadto odrzuceniu podlegają oferty złożone przez każdego wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Taka sytuacja będzie miała miejsce tylko w postępowaniu, w którym zamawiający przewidział etap poprzedzający zaproszenie do złożenia ofert, np. składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji oferta złożona przez wykonawcę niezaproszonego podlega odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zarzuty, które okazały się zasadne, nie mają wpływu na wynik postępowania, dlatego orzekła jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis uiszczony przez Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....