

Sygn. akt: KIO 505/22

WYROK
z dnia 14 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2022 r. przez wykonawcę **K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą RECTUS K. J. w Kluczborku** w postępowaniu prowadzonym przez „**EKO-REGION**” Sp. z o.o. z siedzibą w **Bełchatowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Outworking S.A. z siedzibą w Poznaniu, Outworking APT Sp. z o.o. 4 Sp. k. z siedzibą w Poznaniu** oraz **Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę **K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą RECTUS K. J. w Kluczborku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę **K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą RECTUS K. J. w Kluczborku** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawcy **K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą RECTUS K. J. w Kluczborku** na rzecz Wnoszących sprzeciw - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Outworking S.A. z siedzibą w Poznaniu, Outworking APT Sp. z o.o. 4 Sp. k. z siedzibą w Poznaniu** oraz **Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** 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. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – „EKO-REGION” Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *doczyszczanie odpadów - Gotartów/2021*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 października 2021 r. pod numerem nr 2021/S 207-541808.

W dniu 23 lutego 2022 r. wykonawca K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą RECTUS K. J. w Kluczborku [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca Konsorcjum - Lider: Outworking S.A. z siedzibą w Poznaniu, Partnerzy: Outworking APT Sp. z o.o. 4 sp.k. z siedzibą w Poznaniu, Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Konsorcjum Outworking”], złożył ofertę niespełniającą warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego ubezpieczenia OC oraz braku zaległości w podatkach, składkach na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz wymogu niekaralności;
2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca Konsorcjum Outworking, nie przedstawił środka dowodowego potwierdzającego objęcie go określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia ubezpieczeniem OC oraz braku zaległości w podatkach, składkach na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz wymogu niekaralności, a tym samym spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum Outworking;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na brzmienie rozdziału VI pkt 3 SWZ. Odwołujący zarzucał, że wykonawca Konsorcjum Outworking nie przedłożył w postępowaniu, na wezwanie Zamawiającego, dokumentu potwierdzającego, że wykonawca ten jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Z certyfikatu nr 1 do polisy nr

4036101140 Colonnade Insurance S.A. wynika, iż Outworking S.A., w okresie ubezpieczenia od dnia 26.10.2021 r. do dnia 25.10.2022 r., posiada ubezpieczoną działalność: „*Agencja pracy tymczasowej. Realizowanie spraw kadrowych i płacowych na zlecenie*”. Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu jest, zgodnie z działem IV pkt 1 SWZ „*usługa doczyszczania odpadów oraz wykonania prac porządkowych realizowanych za pomocą środków zapewnionych przez wykonawcę na terenie zakładu/instalacji zarządzanej przez Zamawiającego*”. W rozdziale IV ust. 1 SWZ wyraźnie jest określony zakres przedmiotu zamówienia, mianowicie „*[...] wykonania usługę doczyszczania odpadów oraz wykonania prac porządkowych [...]*” oraz w ust. 2 „*Usługa, o której mowa w ust. 1 zostanie wykonana przez Wykonawcę samodzielnie, tj. bez udziału podwykonawców w kluczowej części zamówienia, tzn. w zakresie doczyszczania odpadów.*” Z polisy ubezpieczeniowej nr 4036101140 firmy Outworking S.A. jasno wynika: a) zakres ubezpieczonej działalności - „*Agencja pracy tymczasowej. Realizowanie spraw kadrowych i płacowych za zlecenie*”, b) podlimity - Klauzula nr 3 - Czyste Szkody Majątkowe - 100 000 PLN - Klauzula nr 4c - Szkody w rzeczach [...] znajdujących się w jego pieczy lub pod kontrolą - 500 000 PLN, c) w dołączonym oświadczeniu Ubezpieczyciela COLONNADE jest wyraźnie dookreślone „*[...] odpowiedzialności cywilnej także z tytułu działalności outsourcingu pracowników oraz usług sprzątania i prac porządkowych*”.

Odwołujący wskazał, że z treści certyfikatu nr 1 do polisy nr 4036101140 wystawionej przez Colonnade Insurance S.A., a przedłożonej przez wykonawcę, nie wynika, aby zakres prac prowadzonej przez wykonawcę działalności, objętej przedmiotową polisą, pokrywał się z przedmiotem zamówienia. Czynność „*doczyszczanie odpadów oraz prace porządkowe*” nie jest tożsama z czynnością „*agencja pracy tymczasowej*” ani z czynnością „*realizowanie spraw kadrowych i płacowych na zlecenie*”. Powyższe okoliczności w sposób jednoznaczny wskazują, iż wykonawca Konsorcjum Outworking, nie przedstawił środka dowodowego potwierdzającego objęcie go określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia ubezpieczeniem OC, co oznacza, iż oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Powyższego nie zmienia także treść oświadczenia ubezpieczyciela z dnia 07.02.2022 r. Posiadana przez tego wykonawcę polisa nie obejmuje przedmiotu zamówienia, tj. czynności „*doczyszczanie odpadów oraz prace porządkowe*” a jedynie „*realizowanie spraw kadrowych i płacowych na zlecenie*”.

Odwołujący podniósł, iż z treści zaświadczenia ZUS Oddział w Poznaniu z dnia 27.12.2021 r. oraz z dnia 30.12.2021 r. wynika jedynie, iż wykonawcy tworzący Konsorcjum Outworking, nie posiadają zaległości z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne, Fundusz Pracy i Solidarnościowy oraz FGŚP na dzień odpowiednio 27.12.2021 r. oraz 30.12.2021 r. - a nie, że nie posiadali takich zaległości również na dzień upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu. Z faktu, iż wykonawca nie posiada zaległości na

dzień 27.12.2021 r., czy 30.12.2021 r., nie wynika, iż takiej zaległości na dzień 25.11.2021 r. również nie posiadał.

Podobnie, z treści zaświadczenia naczelnika Pierwszego Wielkopolskiego Urzędu Skarbowego w Poznaniu z dnia 03.01.2022 r. wynika, iż wykonawca Konsorcjum Outworking nie posiadał zaległości podatkowych jedynie w dniu 03.01.2022 r., a nie w dniu wystawienia zaświadczenia oraz w dniu upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący zarzucał ponadto, iż z treści zaświadczeń o niekaralności poszczególnych członków zarządu podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum Outworking wynika, iż dane o niekaralności tych osób dotyczą stanu na dzień 02.12.2021 r., a nie na dzień upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że:

- zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach ZAS-W dla Outworking S.A. jest na dzień 15.11.2021 r., a podpis kwalifikowany Wykonawcy na dzień 17.01.2022 r.;
- zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach ZAS-W dla Outworking Sp. z o.o. 4 Sp.k jest na dzień 31.12.2021 r. oraz brak jest podpisu kwalifikowanego Wykonawcy;
- zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach ZAS-W dla Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. jest na dzień 13.01.2022 r. oraz brak jest podpisu kwalifikowanego Wykonawcy;
- zaświadczenia o niekaralności KRK wystawione są na dzień 02.12.2021 r.;
- zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS dla Outworking S.A. jest na dzień 27.12.2021 r. a podpis kwalifikowany Wykonawcy na dzień 17.01.2022r.;
- zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS dla Outworking Sp. z o.o. 4 Sp.k. jest na dzień 30.12.2021 r. oraz brak jest podpisu kwalifikowanego Wykonawcy;
- zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS dla Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. jest na dzień 30.12.2021 r. oraz brak jest podpisu kwalifikowanego Wykonawcy;
- odpis z KRS dla Outworking S.A. jest na dzień 03.01.2022r. a podpis kwalifikowany Wykonawcy na dzień 17.01.2022r.; KRS dla Outworking Sp. z o.o. 4 Sp.k jest na dzień 14.01.2022r. oraz brak jest podpisu kwalifikowanego Wykonawcy; KRS dla Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. jest na dzień 14.01.2022 r. oraz brak jest podpisu kwalifikowanego Wykonawcy;
- załączniki nr 5 do SWZ dla wszystkich podmiotów grupy kapitałowej (Outworking S.A., Outworking Sp. z o.o. 4 Sp.k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o.) wystawione są na dzień 17.01.2022 r.;
- załączniki nr 6 do SWZ dla wszystkich podmiotów grupy kapitałowej (Outworking S.A., Outworking Sp. z o.o. 4 Sp.k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o.) wystawione są na dzień 17.01.2022 r.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż profil prowadzonej przez wykonawcę Konsorcjum Outworking, nie jest zgodny z wymaganiami SWZ. Wykonawca ten prowadzi działalność jako

agencja pracy tymczasowej oraz świadczy usługi w zakresie realizacji spraw kadrowych i płacowych na zlecenie, a nie realizuje usług określanych jako „doczyszczanie odpadów oraz prace porządkowe”. Przy tak określonym zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, jak to wynika z klasyfikacji PKD ujawnionej w KRS tego wykonawcy, podmiot ten nie powinien świadczyć usług określonych w SWZ w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący dodatkowo wskazał, iż jego oferta w zakresie spełnienia warunku w postaci posiadania polisy ubezpieczenia OC działalności związanej z przedmiotem zamówienia, posiada jedynie wadę terminową (opłacenie składki w dniu 13.12.2021 r. a nie w terminie do dnia upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu) a nie wadę prawną - jak oferta Konsorcjum Outworking, która nie spełnia warunku posiadania ubezpieczenia OC w zakresie działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Oferta Odwołującego spełnia ponadto wszystkie wymagania wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zakresie braku zaległości w płatności podatków i składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne oraz w zakresie niekaralności - na dzień upływu terminu składania ofert w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 marca 2022 r. oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania.

W piśmie z dnia 9 marca 2022 r. Przystępujący wniósł o:

1. odrzucenia odwołania z uwagi na brak interesu prawnego po stronie Odwołującego;
2. oddalenia odwołania, w przypadku nieuwzględnienia pkt 1. powyżej.

Przystępujący przywołał brzmienie § 8 ust.1 pkt 4) rozporządzenia z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych i stwierdził, że przepis ten wskazuje, że polisa ma potwierdzać ubezpieczenie w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a nie ubezpieczenie w zakresie przedmiotu zamówienia. Przystępujący przywołał wyrok KIO z dnia 1.10.2013 r. sygn. akt: KIO 2215/13, wyrok z dnia 14.06.2018 r. sygn. akt: KIO 1059/18, wyrok z dnia 8.05.2014 r. sygn. akt: KIO 797/14, wyrok z dnia 21.09.2018 r. sygn. akt: KIO 1788/18. Wcześniejsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zachowuje w tej materii aktualność wobec tożsamości brzmienia omawianego przepisu z wcześniejszą regulacją, tj. § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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. Omawiany przepis wskazuje zatem, iż umowa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej winna obejmować odpowiedzialność wykonawcy w zakresie prowadzonej przez niego

działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia. Wymóg związania z przedmiotem zamówienia dotyczy więc działalności gospodarczej prowadzonej przez wykonawcę, nie zaś przedmiotu umowy ubezpieczenia. Następnie Przystępujący powielił argumentację zawartą w piśmie z dnia 7 lutego 2022 r. skierowanym do Zamawiającego. Ponadto wskazał, że na etapie zawierania umowy ubezpieczenia spółki składały ubezpieczycielowi oświadczenie wskazujące zakres prowadzonej działalności. Spółki grupy Outworking od kilku lat świadczą na rzecz Zamawiającego usługi w ramach przetargów na doczyszczanie odpadów i prace porządkowe. Z tego względu taki zakres działalności znalazł się również w oświadczeniu złożonym ubezpieczycielowi. W związku z pismem Zamawiającego, Outworking S.A. wystąpiła do ubezpieczyciela o oświadczenie potwierdzające, że polisa obejmuje całą działalność ubezpieczonych podmiotów z uwzględnieniem outsourcingu pracowników, w tym usług sprzątnia i prac porządkowych. Ubezpieczyciel, na podstawie treści polisy oraz w związku ze złożonym na etapie zawierania umowy ubezpieczenia oświadczeniem, potwierdził ochronę ubezpieczeniową zgodną z działalnością związaną z przedmiotem zamówienia. Dokument ten został przedstawiony Zamawiającemu pismem z dnia 07.02.2022 r. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 02.02.2022 r.

Odwołujący zarzuca także przystępującym brak aktualności zaświadczeń z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, Urzędu Skarbowego oraz zaświadczenia o niekaralności. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że wezwanie Zamawiającego do Konsorcjum z dnia 02.02.2022 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp dotyczyło wyłącznie kwestii uzupełnienia zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego. Zatem jedynie ten dokument mógł stanowić treść zarzutu odwołania z jednoczesnym wnioskiem o odrzucenie oferty konsorcjum. Przystępujący wskazał, że dokument ten został uzupełniony na wezwanie, a ponadto dokument ten, jak i pozostałe wymieniane przez Odwołującego pozostają aktualne i potwierdzają brak przesłanek do wykluczenia Konsorcjum.

Mowa tu o następujących, złożonych dokumentach:

1. zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wydane przez Naczelnika Pierwszego Wielkopolskiego Urzędu Skarbowego w Poznaniu dnia 15.11.2021 r. dla Outworking S.A.;
2. zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wydane przez Naczelnika Pierwszego Wielkopolskiego Urzędu Skarbowego w Poznaniu dnia 03.01.2022 r. dla Outworking S.A.;
3. zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wydane przez Naczelnika Urzędu Skarbowego Warszawa-Wola dnia 13.01.2022 r. dla Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o.;
4. zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wydane przez Naczelnika Urzędu Skarbowego Poznań-Wilda dnia 31.12.2021 r. dla Outworking APT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 4 Sp.k.;

5. zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Poznaniu dnia 27.12.2021 r. dla Outworking S.A.;
6. zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Poznaniu dnia 30.12.2021 r. dla Outworking APT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 4 Sp.k.;
7. zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Warszawie dnia 30.12.2021 r. dla Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o.;
8. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla Outworking S.A. wydane 02.12.2021 r.;
9. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla Outworking APT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 4 Sp.k. wydane 17.09.2021 r.;
10. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. wydane 17.09.2021 r.;
11. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla K. K. wydane 02.12.2021 r.;
12. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla R. M. wydane 02.12.2021 r.;
13. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla P. S. wydane 02.12.2021 r.;
14. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla Ł. S. P. wydane 02.12.2021 r.;
15. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla P. O. wydane 02.12.2021 r.;
16. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla R. S. K. wydane 02.12.2021 r.;
17. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla B. P.-T. wydane 02.12.2021 r.;
18. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla E. B. wydane 02.12.2021 r.;
19. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla J. M. J. wydane 02.12.2021 r.

Przystępujący przywołał brzmienie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp i wskazał, że z brzmienia ww. przepisu wynika, że ustawodawca kładzie nacisk na "aktualność" podmiotowych środków dowodowych na dzień ich złożenia w odpowiedzi na wezwanie. Poza tym nie daje żadnych wytycznych w kontekście daty ich wystawienia. Relacja terminu złożenia oferty i terminu złożenia podmiotowego środka dowodowego pozostaje dla ustawodawcy bez znaczenia. Zwracał uwagę na treść pozostałych jednostek redakcyjnych art. 126 ustawy Pzp. Na podstawie ust. 2 ustawodawca umożliwił zamawiającemu wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych na każdym etapie postępowania, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego jego przebiegu. I znowu: powinny to być środki aktualne na dzień ich złożenia. W uzasadnieniu do projektu rozporządzenia w sprawie rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, wskazano, że celem tej regulacji jest zapewnienie aktualności składanych dokumentów. Zgodnie z założeniem ustawy dokumenty te mają być aktualne na dzień ich złożenia, niezależnie od tego, czy będą składane wraz z ofertą albo wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przed wyborem

najkorzystniejszej oferty, w wyniku wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów czy w związku z uzasadnionym podejrzeniem dezaktualizacji uprzednio złożonych dokumentów. Dlatego okresy ważności (aktualności) dokumentów należy powiązać z datą ich złożenia. Tym samym za aktualne należy uznać podmiotowe środki dowodowe potwierdzające stan (faktyczny, prawny) lub fakt nie późniejszy niż dzień ich złożenia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

W aspekcie twierdzeń Odwołującego - które nie są jednak przedmiotem zarzutu - dotyczących braku podpisu pełnomocnika Konsorcjum na dokumentach: zaświadczeń z ZUS oraz US, odpisach KRS, zaświadczeniach z KRK należy wskazać iż ww. dokumenty zostały przedłożone Zamawiającemu na wezwanie zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp w postaci dokumentów .pdf, które następnie zostały podpisane podpisem kwalifikowanym przez pełnomocnika konsorcjum. Dodatkowo część zaświadczeń z US, które zostały wystawione w postaci elektronicznej przez urząd, zostały przekazane Zamawiającemu w wersji oryginału (dokument pdf wraz z podpisem elektronicznym w postaci oddzielnego pliku xades).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oddaliła wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp „z uwagi na brak interesu prawnego po stronie Odwołującego”. Wskazać należy, iż ewentualny brak interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia nie stanowi przesłanki odrzucenia odwołania, lecz prowadzi do jego oddalenia.

Jednocześnie w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp należy interpretować szeroko jako odnoszący się nie tylko do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Tym samym wykonawca, który dąży do unieważnienia postępowania i związanej z tym możliwości złożenia oferty w nowym postępowaniu o udzielenie zamówienia będzie miał interes w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający w dniu 24 lutego 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Outworking S.A. z siedzibą w Poznaniu, Outworking APT Sp. z o.o. 4 Sp. k. z siedzibą w Poznaniu oraz Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 28 lutego 2022 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego wraz z uzupełnieniami i wyjaśnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 14 lutego 2022 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 marca 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem IV opisu przedmiotu zamówienia:

1. Zamawiający powierza a Wykonawca przyjmuje do wykonania usługę doczyszczania odpadów oraz wykonania prac porządkowych realizowanych za pomocą środków zapewnionych przez Wykonawcę na terenie zakładu/instalacji zarządzanej przez Zamawiającego. Szczegółowy zakres prac określa instrukcja wykonania usługi, stanowiąca Załącznik nr 1 do umowy, która jest jej integralną częścią. Załącznik ten określa także zagrożenia stanowiskowe wynikające z realizacji usługi.
2. Usługa, o której mowa w ust. 1 zostanie wykonana przez Wykonawcę samodzielnie tj. bez udziału podwykonawców w kluczowej części zamówienia, tzn. w zakresie doczyszczania odpadów.
3. Zamawiający przewiduje że, przedmiot umowy świadczony będzie na dwóch zmianach w dni robocze od poniedziałku do piątku. Dzienny czas pracy będzie wynosić 16 godzin. Przedmiot zamówienia realizowany będzie w godzinach 600–2200, a po wcześniejszej informacji od Zamawiającego także w soboty.
4. Zamawiający zastrzega sobie prawo do okresowego wstrzymania realizacji usługi ze względu na zatrzymanie linii sortowniczej wynikające z prac konserwacyjnych i remontowych itp., o czym powiadomi wykonawcę z 24 godzinnym wyprzedzeniem. W przypadku awarii linii

sortowniczej Zamawiający niezwłocznie powiadomi o zaistniałej sytuacji i określi czas wstrzymania usługi.

5. Zamawiający zastrzega sobie prawo do okresowego wstrzymania realizacji usługi wynikające z braku dostępności odpadów do sortowania, o czym powiadomi wykonawcę z 8 godzinnym wyprzedzeniem.

6. Zamawiający zastrzega sobie prawo, po wcześniejszym pisemnym uprzedzeniu Wykonawcy, do zmiany godzin pracy, ilości zmian oraz ilości osób wykonujących czynności w ramach umowy w zależności od potrzeb Zamawiającego z 24 godzinnym wyprzedzeniem w formie elektronicznej.

7. Zamawiający będzie rozliczał usługę na podstawie faktycznie przepracowanych godzin nie gwarantując, że minimalny czas pracy wynosić będzie 8 godzin.

8. W przypadku awarii na linii sortowniczej, Zamawiający może powierzyć osobom zatrudnionym przez Wykonawcę wykonywanie innych prac, zgodnych z przedmiotem umowy.

9. Wykonawca winien zapewnić zespół personelu zgodnie z ilościami określonymi w umowie oraz jego obecność w pełnym składzie na każdej ze zmian w każdym dniu wykonywania usługi.

10. W przypadku uzasadnionych wątpliwości co do przestrzegania prawa pracy przez Wykonawcę. Zamawiający może zwrócić się o przeprowadzenie kontroli przez Państwową Inspekcję Pracy.

Do obowiązków Wykonawcy należy:

1. Terminowe wykonywanie usługi z należytą starannością i jakością.

2. Zapewnienie 23 osób na zmianach przerobowych (dotyczy każdej zmiany, tj. I i II) jednak nie mniej niż 19 osób (minimalnie) w celu spełnienia niezbędnych warunków umożliwiających uruchomienie linii i prawidłowe wykonanie usługi doczyszczania oraz 5 osób do wykonania prac porządkowych po zakończeniu zmiany przerobowej. Prace porządkowe wykonywane będą na terenie Z/I zlokalizowanej w Gotartowie gm. Kluczbork za pomocą narzędzi i środków Wykonawcy.

3. W przypadku braku zapewnienia minimalnej ilości osób, o których mowa w ustępie 2 obowiązków Wykonawcy uniemożliwiającej poprawne działanie linii sortowniczej, Zamawiający ma prawo do nałożenia kar o których mowa w §7 ust. 1 lit. a i f projektu umowy.

Zgodnie z rozdziałem VI pkt 3 SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale VII SWZ oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące

sytuacji ekonomicznej lub finansowej: Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca przedłoży dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Dokument ubezpieczeniowy powinien być w zakresie szkód osobowych i rzeczowych, które mogą zaistnieć w okresie realizacji przedmiotu umowy na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż: 2 120 000,00 zł.

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 2 SWZ, wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, zobowiązany jest złożyć na wezwanie Zamawiającego, w terminie nie krótszym niż 10 dni:

1. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, aktualne na dzień składania ofert. Oświadczenie to składa się na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. (...);
2. informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 4 ustawy Pzp, sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem złożenia;
3. oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej (w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową - załącznik nr 5 do SWZ;
4. odpis lub informację z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, sporządzone nie wcześniej niż 3 miesiące przed ich złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji (o ile nie można go uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych);
5. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem;
6. zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem;

7. dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 2 120 000,00 zł;

8. oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, 4 (dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego), pkt 5 (dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji) oraz pkt 6 (dotyczących zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania Wykonawcy lub podmiotu, który należy z Wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia) ustawy Pzp - załącznik nr 6 do SWZ.

Pismem z dnia 14 stycznia 2022 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Outworking w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów wymienionych w rozdziale VIII pkt 2 SWZ.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Konsorcjum Outworking złożyło m.in.:

1. polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej oraz posiadania rzeczy nr 4036101140 Colonnade Insurance S.A. Oddział w Polsce dla Outworking S.A. (Ubezpieczający) z okresem ubezpieczenia od 26 października 2021 r. do 25 października 2022 r. Przedmiot ubezpieczonej działalności: Agencja pracy tymczasowej. Realizowanie spraw kadrowych i płacowych na zlecenie. Ponadto Przystępujący złożył certyfikat ubezpieczenia nr 1, nr 15 i nr 21 do polisy nr 4036101140 Ogólne warunki ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej oraz posiadania rzeczy;
2. zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Poznaniu dnia 27.12.2021 r. dla Outworking S.A.;
3. zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Poznaniu dnia 30.12.2021 r. dla Outworking APT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 4 Sp.k.;
4. zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Warszawie dnia 30.12.2021 r. dla Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o.;
5. zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wydane przez Naczelnika Pierwszego Wielkopolskiego Urzędu Skarbowego w Poznaniu dnia 15.11.2021 r. dla Outworking S.A.;
6. zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wydane przez Naczelnika Urzędu Skarbowego Poznań-Wilda dnia 31.12.2021 r. dla Outworking APT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 4 Sp.k.;

7. zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wydane przez Naczelnika Urzędu Skarbowego Warszawa-Wola dnia 13.01.2022 r. dla Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o.;
8. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla Outworking S.A. wydane 02.12.2021 r.;
9. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla Outworking APT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 4 Sp.k. wydane 17.09.2021 r.;
10. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. wydane 17.09.2021 r.;
11. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla K. K. wydane 02.12.2021 r.;
12. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla R. M. wydane 02.12.2021 r.;
13. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla P. S. wydane 02.12.2021 r.;
14. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla Ł. S. P. wydane 02.12.2021 r.;
15. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla P. O. wydane 02.12.2021 r.;
16. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla R. S. K. wydane 02.12.2021 r.;
17. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla B. P.-T. wydane 02.12.2021 r.;
18. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla E. B. wydane 02.12.2021 r.;
19. zaświadczenie Krajowego Rejestru Karnego dla J. M. J. wydane 02.12.2021 r.;
20. załącznik nr 5 do SWZ – informacja o grupie kapitałowej dla Outworking S.A. podpisane 17.01.2022 r.;
21. załącznik nr 5 do SWZ – informacja o grupie kapitałowej dla Outworking APT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 4 Sp.k. podpisane 17.01.2022 r.;
22. załącznik nr 5 do SWZ – informacja o grupie kapitałowej dla Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. podpisane 17.01.2022 r.;
23. załącznik nr 6 do SWZ – oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ dla Outworking S.A. podpisane 17.01.2022 r.;
24. załącznik nr 6 do SWZ – oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ dla Outworking APT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 4 Sp.k. podpisane 17.01.2022 r.;
25. załącznik nr 6 do SWZ – oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ dla Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. podpisane 17.01.2022 r.;
26. informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców dla Outworking S.A. z dnia 3.01.2022 r., dla Outworking APT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 4 Sp.k. oraz Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. z dnia 14.01.2022 r.;

Pismem z dnia 2 lutego 2022 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Outworking do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz wyjaśnienia treści złożonych dokumentów. Na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał ww. Wykonawcę do złożenia zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego

złożeniem. Zamawiający wskazał, że przesłane dla lidera konsorcjum, tj. Outworking S.A. zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego zostało doręczone w formie kopii dokumentu elektronicznego podpisanego przez Wykonawcę. Zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami są podpisywane e-podpisem kwalifikowanym przez pracownika organu podatkowego, albo też poświadczane profilem zaufanym e-PUAP. W takiej też postaci powinny być przekazane Zamawiającemu.

Jednocześnie Zamawiający wezwał ww. Wykonawcę w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia złożonego dokumentu, tj. polisy ubezpieczeniowej nr 4036101140. Zamawiający wskazał, że z ww. dokumentu wynika, że ubezpieczona działalność to Agencja pracy tymczasowej oraz realizowanie spraw kadrowych i płacowych na zlecenie. Zamawiający z przedstawionego dokumentu nie może określić, iż zakres prac prowadzonej działalności jest związany z przedmiotem zamówienia, tj. doczyszczanie odpadów oraz prace porządkowe.

Pismem z dnia 7 lutego 2022 r. Konsorcjum Outworking złożyło zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego z dnia 3.01.2022 r. potwierdzające, że Outworking S.A. nie zalega z opłaceniem podatków (dokument pdf wraz z podpisem elektronicznym w postaci oddzielnego pliku xades).

Jednocześnie Wykonawca wyjaśnił, że polisa ubezpieczeniowa nr 4036101140 obejmuje swym zakresem działalność wykonawcy związaną z przedmiotem zamówienia. Konsorcjum Outworking wskazał, że wyjaśniając szczegółowo omawianą kwestię należy ustalić przede wszystkim co jest przedmiotem zamówienia. Usługi doczyszczania odpadów nie można bowiem zakwalifikować do żadnego określonego kodu Polskiej Klasyfikacji Działalności. Bezsparnie należy jednak uznać, że przedmiot zamówienia nie wchodzi w zakres działu 38 PKD, tj. działalność związana ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów; odzysk surowców. Tego rodzaju czynności stanowią bowiem działalność regulowaną, wymagającą zezwolenia. Tymczasem, Zamawiający w warunkach przetargu nie oczekuje aby wykonawcy legitymowali się określonymi uprawnieniami do wykonywania działalności. Opis przedmiotu zamówienia, jak i projekt umowy nie przewiduje tego, że: wykonawca staje się posiadaczem odpadów, przetwarza je w określonym procesie, dysponuje instalacją do przetwarzania, prowadzi dokumentację i sprawozdawczość związaną z odpadami. Z dokumentacji postępowania wynika, że przedmiotem zamówienie jest udostępnianie pracowników w formie outsourcingu, ewentualnie w formie pracy tymczasowej, jeżeli praca nie należy do kategorii szczególnie niebezpiecznej. Świadczy o tym opis przedmiotu zamówienia, gdzie na str. 6 SWZ, wśród obowiązków wykonawcy wymienia się: 1. Terminowe wykonywanie usługi z należytą starannością i jakością, 2. Zapewnienie 23 osób na zmianach przerobowych (dotyczy każdej zmiany, tj. I i II) jednak nie mniej niż 19 osób (minimalnie) w celu spełnienia niezbędnych warunków umożliwiających

uruchomienie linii i prawidłowe wykonanie usługi doczyszczania oraz 5 osób do wykonania prac porządkowych po zakończeniu zmiany przerobowej. Prace porządkowe wykonywane będą na terenie Z/I zlokalizowanej w Gotartowie gm. Kluczbork za pomocą narzędzi i środków wykonawcy. Także projekt umowy koncentruje się głównie na kwestiach związanych niezakłóconym zapewnieniem pełnej obsady personelu. Rozliczenie usługi dokonywane jest w oparciu o godziny pracy personelu, a nie w oparciu o postęp jej wykonania. Powtórzyć więc należy, że polisa ubezpieczeniowa nr 4036101140 obejmuje swym zakresem działalność wykonawcy związaną z przedmiotem zamówienia. Polisa w swej treści jest autorstwa Towarzystwa Ubezpieczeń Colonnade Insurance Society Anonyme Oddział w Polsce, także w zakresie ubezpieczonej działalności. Outworking S.A. zgłosiła do ubezpieczenia wszystkie prowadzone przez siebie rodzaje działalności. Towarzystwo Ubezpieczeń zebrało zbiorczo pod hasłem: Agencja pracy tymczasowej. Realizowanie spraw kadrowych i płacowych na zlecenie. Zgodnie z praktyką pracy ubezpieczyciela oznacza to objęcie ubezpieczeniem wszystkich rodzajów działalności Spółki Outworking, która w szerokim rozumieniu tego pojęcia jest agencją, udostępniającą czasowo pracowników. Potwierdzenie, a jednocześnie uszczegółowienie tego faktu znajduje się w postanowieniach dodatkowych polisy o treści: *„Jeżeli Ubezpieczony będzie świadczył usługi w zakresie działalności na podstawie outsourcingu pracowniczego, wówczas przyjmuje się, że wymóg pracy pod bezpośrednim nadzorem Ubezpieczonego nie ma zastosowania do Pracowników outsourcingu pracowniczego”*. Powyższe potwierdza jednoznacznie, że ubezpieczeniem objęte jest udostępnianie pracowników do wszelkiego rodzaju branż (tzw. outsourcing) w ramach pracy tymczasowej, jak i poza nią. W związku z pismem Zamawiającego, spółka wystąpiła do ubezpieczyciela o oświadczenie potwierdzające, że polisa obejmuje całą działalność spółki z uwzględnieniem outsourcingu pracowników, w tym usług sprzątnia i prac porządkowych. Ubezpieczyciel potwierdził ochronę ubezpieczeniową zgodną z przedmiotem zamówienia (dokument w załączeniu).

Konsorcjum Outworking złożyło oświadczenie Colonnade Insurance Society Anonyme Oddział w Polsce z dnia 7 lutego 2022 r. potwierdzające, że spółka Outworking S.A. w ramach polisy nr 4036101140 objęta jest ochroną ubezpieczeniową odpowiedzialności cywilnej także z tytułu działalności outsourcingu pracowników oraz usług sprzątnia i prac porządkowych.

W dniu 14 lutego 2022 r. Zamawiający za najkorzystniejszą wybrał ofertę Konsorcjum Outworking. Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Stosownie do treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Przedmiotem sporu zawisłego przed Izbą było to, czy Przystępujący za pomocą złożonych Zamawiającemu dokumentów podmiotowych wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, jak również że nie posiada zaległości w podatkach, składkach na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz że spełnia wymóg niekaralności.

Odnosząc się do zarzutu niewykazania przez Konsorcjum Outworking spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VI pkt 3 SWZ wskazać należy, iż poza sporem było to, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest usługa doczyszczania odpadów oraz wykonania prac porządkowych realizowanych za pomocą środków zapewnionych przez Wykonawcę na terenie zakładu/instalacji zarządzanej przez Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł w specyfikacji, że doczyszczanie odpadów musi zostać wykonane osobiście przez wykonawcę (bez udziału podwykonawców). Niespornie ze złożonej przez Przystępującego polisy OC z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej oraz posiadania rzeczy nr 4036101140 wystawionej przez Colonnade Insurance S.A. Oddział w Polsce dla Outworking S.A. (Ubezpieczający) z okresem ubezpieczenia od 26 października 2021 r. do 25 października 2022 r. wynika, że przedmiotem ubezpieczonej działalności jest: „*Agencja pracy tymczasowej. Realizowanie spraw kadrowych i płacowych na zlecenie.*” Podkreślić należy, iż pismem z dnia 2 lutego 2022 r. Zamawiający w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przedmiotu ubezpieczonej działalności, które to wyjaśnienia wraz z pismem Ubezpieczyciela z dnia 7 lutego 2022 r. - zdaniem Izby - miały kluczowe znaczenie dla oceny zarzutu podniesionego przez Odwołującego. Przystępujący w ww.

piśmie wskazał, iż usługi doczyszczania odpadów nie można zakwalifikować do żadnego określonego kodu Polskiej Klasyfikacji Działalności, w tym przedmiot zamówienia nie wchodzi w zakres działu 38 PKD, tj. działalność związana ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów; odzysk surowców (działalność regulowana). Przystępujący zauważył, że opis przedmiotu zamówienia, jak i projekt umowy nie przewiduje tego, że wykonawca staje się posiadaczem odpadów, przetwarza je w określonym procesie, dysponuje instalacją do przetwarzania, prowadzi dokumentację i sprawozdawczość związaną z odpadami. Z dokumentacji postępowania wynika, że przedmiotem zamówienia jest udostępnianie pracowników w formie outsourcingu, ewentualnie w formie pracy tymczasowej, jeżeli praca nie należy do kategorii szczególnie niebezpiecznej, co zdaniem Wykonawcy potwierdzają stosowne zapisy SWZ. Przystępujący nadto wskazał, iż projekt umowy koncentruje się głównie na kwestiach związanych niezakłóconym zapewnieniem pełnej obsady personelu, a rozliczenie usługi dokonywane jest w oparciu o godziny pracy personelu, a nie w oparciu o postępowanie jej wykonania. Wykonawca wyjaśnił, że Outworking S.A. zgłosiła do ubezpieczenia wszystkie prowadzone przez siebie rodzaje działalności, a Towarzystwo Ubezpieczeń zebrało je zbiorczo pod hasłem: Agencja pracy tymczasowej. Realizowanie spraw kadrowych i płacowych na zlecenie. Zgodnie z praktyką pracy ubezpieczyciela oznacza to objęcie ubezpieczeniem wszystkich rodzajów działalności Spółki Outworking, która w szerokim rozumieniu tego pojęcia jest agencją, udostępniającą czasowo pracowników. Przystępujący stał na stanowisku, iż ubezpieczeniem objęte jest udostępnianie pracowników do wszelkiego rodzaju branż (tzw. outsourcing) w ramach pracy tymczasowej, jak i poza nią. Jednocześnie na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Konsorcjum Outworking złożyło oświadczenie Colonnade Insurance Society Anonyme Oddział w Polsce z dnia 7 lutego 2022 r. potwierdzające, że spółka Outworking S.A. w ramach polisy nr 4036101140 objęta jest ochroną ubezpieczeniową odpowiedzialności cywilnej także z tytułu działalności outsourcingu pracowników oraz usług sprzątanego i prac porządkowych.

W tym miejscu podkreślić należy, iż Odwołujący w treści odwołania ani w toku rozprawy nie zakwestionował treści wyjaśnień Przystępującego z dnia 7 lutego 2022 r., a złożone przez Konsorcjum Outworking oświadczenie Ubezpieczyciela spuentował jednym zdaniem „*Powyższego nie zmienia także treść oświadczenia ubezpieczyciela z dnia 07.02.2022 r.*”. Wobec powyższego w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie miała podstaw do podważenia treści wyjaśnień Przystępującego oraz oświadczenia Ubezpieczyciela z dnia 7 lutego 2022 r., z którego wprost wynika, że w ramach polisy nr 4036101140 Spółka Outworking S.A. objęta jest ochroną ubezpieczeniową odpowiedzialności cywilnej także z tytułu działalności outsourcingu pracowników oraz usług sprzątanego i prac porządkowych. Wskazać należy, iż rację miał Przystępujący, że polisa OC powinna swym zakresem obejmować przedmiot pozostający w związku z przedmiotem

zamówienia, co nie oznacza, że powinny być one tożsame. Tym samym już choćby w zakresie prac porządkowych złożona przez Przystępującego polisa OC wprost obejmowała przedmiot będący w związku z przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego. Jednocześnie nie zostało podważone przez Odwołującego, iż przedmiotem ubezpieczenia, którym dysponuje Przystępujący nie objęto działalności outsourcingu pracowników, a Odwołujący nie twierdził, że usługi objęte przedmiotowym zamówieniem nie mogą być świadczone w takiej formule.

Przechodząc następnie do kwestii braku aktualności złożonych przez Przystępującego zaświadczeń z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, Urzędu Skarbowego oraz informacji o niekaralności wystawionych po dacie składania ofert Izba wskazuje, że Odwołujący pominął treść art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem, zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 13 marca 2020 r. sygn. akt: KIO 430/20, który zachowuje aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów: *„Data wystawienia dokumentu może (i najczęściej będzie) datą przypadającą po dniu składania ofert. Co istotne jednak, warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia powinny być spełnione na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, dlatego też dowody składane na potwierdzenie powyższych okoliczności mają być aktualne na dzień ich składania. Za wystarczające obecnie należy uznać przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania wniosków, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania wniosków (tu ofert) rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDZ. Innymi słowy, oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje.”* Podobnie rzecz ma się w przypadku złożonych przez Przystępującego załączników nr 5 i 6 do SWZ oraz informacji z KRS.

Jednocześnie w zakresie złożonych przez Przystępującego zaświadczeń Urzędu Skarbowego wskazać należy, iż ww. dokumenty zostały wystawione w formie elektronicznej przez urząd i zostały przekazane Zamawiającemu w wersji „oryginalnej”, tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym pracownika urzędu, co jest zgodne z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452).

Z kolei w przypadku zaświadczeń ZUS wystawionych dla poszczególnych członków

Konsorcjum Outworking wskazać należy, iż ww. dokumenty elektroniczne zostały wydrukowane i scalone do jednego pliku .pdf, a następnie opatrzone podpisem kwalifikowanym pełnomocnika Przystępującego. Okoliczność, iż znacznik podpisu znajduje się na stronie pierwszej dokumentu elektronicznego nie ma znaczenia, gdyż podpisem opatrzony został zbiór danych zawartych w pliku .pdf. Jednocześnie wskazać należy, iż na ocenę dokumentu wydanego przez ZUS w formie elektronicznej, zrównanej z formą pisemną, nie ma wpływu późniejsze jego wydrukowanie i cyfrowe odwzorowanie, opatrzone podpisem wykonawcy. Wynika to z przepisów art. 50 ust. 4a i 4c ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, które stanowią, że zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne, wydane w postaci dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, może być wykorzystywane w formie wydruku przez płatnika składek, który je uzyskał oraz, że taki wydruk ma moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez ZUS, jeżeli zawierają dane umożliwiające ich weryfikację, o których mowa w ust. 4b, stosownie, do którego ZUS umożliwia weryfikację takiego zaświadczenia poprzez udostępnioną stronę internetową, po podaniu danych identyfikujących zaświadczenie, typu i numeru identyfikatora płatnika składek oraz daty wydania zaświadczenia (por. wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1233/21).

Nie jest również prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący nie opatrzył podpisem kwalifikowanym informacji z KRS dotyczących Outworking APT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 4 Sp.k. oraz Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. Przystępujący scalił do jednego pliku .pdf trzy informacje odpowiadające odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców dotyczące każdego konsorcjanta, który został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym pełnomocnika Wykonawcy. Jednocześnie zauważyć należy, iż wydruk informacji pobranej w trybie art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, posiada moc dokumentu wydawanego przez Centralną Informację, nie wymaga podpisu i pieczęci. Ponadto wskazać należy, iż przedmiot niniejszego zamówienia nie stanowi działalności regulowanej, dlatego też profil działalności gospodarczej Przystępującego określony kodami PKD ujawnionymi w Rejestrze Przedsiębiorców pozostaje irrelevantny w kontekście możliwości świadczenia usług określonych w specyfikacji.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, Urzędu Skarbowego, informacje o niekaralności, informacje odpowiadające odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców dotyczące poszczególnych członków Konsorcjum Outworking, załączniki nr 5 i 6 do SWZ były aktualne w rozumieniu przepisów ustawy Pzp oraz zostały właściwie podpisane i przekazane Zamawiającemu.

W końcu wskazać należy, iż przedmiotem oceny Izby nie była czynność Zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1

pkt 2 lit. b ustawy Pzp z uwagi na brak sformułowania zarzutu w ww. zakresie składającego się z podstawy prawnej oraz okoliczności faktycznych. Odwołujący w końcowej części odwołania w istocie przyznał, że *„jego oferta w zakresie spełnienia warunku w postaci posiadania polisy ubezpieczenia OC działalności związanej z przedmiotem zamówienia, posiada jedynie wadę terminową (opłacenie składki w dniu 13.12.2021 r. a nie w terminie do dnia upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu)”*, nie polemizował przy tym z czynnością Zamawiającego.

Reasumując, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, brak było podstaw do uznania, iż Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej w zakresie posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej oraz braku podstaw do wykluczenia z uwagi na zaległości w podatkach, składkach na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz że spełnia wymóg niekaralności. Nie ziszcila się również obligatoryjna przesłanka wezwania Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wyznaczonym treścią odwołania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Wobec powyższego Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Wnoszących sprzeciw koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: