

Sygn. akt: KIO 588/17

Sygn. akt: KIO 591/17

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 27 marca 2017 r. przez:

- A. **Z.C., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Zakład Usług Leśnych Z.C., Okalewko 148, 87-510 Skrwilno, Sygn. akt KIO 588/17,**
- B. **SOEN Sp. z o.o., ul. Droga Łąkowa 57a, 86-300 Grudziądz, Sygn. akt KIO 591/17**

w postępowaniu prowadzonym przez **ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Marynarki Polskiej 130, Oddział w Płocku, ul. Wyszogrodzka 106, 09 - 400 Płock**

- A. przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o Sygn. akt: KIO 588/17:
 - 1. **konsorcjum: MAGAT Sp. z o.o., R.S., prowadzący działalność gospodarczą p.n. PAT-RAF R.S., ul. Bławatkowa 5, 86-300 Grudziądz,**
 - 2. **R.C., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Firma Handlowo Usługowa, ul. Polna 13/1, 11-320 Jeziorany**

oraz

- B. przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o Sygn. akt: KIO 591/17:
 - R.Z., prowadzący działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo Usługowe, ul. Głowackiego 3/1, 11-320 Jeziorany**

orzeka:

1. A. uwzględnia odwołanie o Sygn. akt: KIO 588/17, wniesione przez Z.C., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Zakład Usług Leśnych Z.C., i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniach 2 i 7 oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zadaniach 2 i 7 z zastosowaniem art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty Odwołującego,

1. B. uwzględnia odwołanie o Sygn. akt: KIO 591/17, wniesione przez Soen Sp. z o.o. i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu 3 oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert z zastosowaniem art. 26 ust.3 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża **ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Marynarki Polskiej 130, Oddział w Płocku, ul. Wyszogrodzka 106, 09 - 400 Płock** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych), uiszczoną przez Odwołujących się: **Z.C., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Zakład Usług Leśnych Z.C.** oraz **Soen Sp. z o.o.** tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od **ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Marynarki Polskiej 130, Oddział w Płocku, ul. Wyszogrodzka 106, 09 - 400 Płock** na rzecz **Z.C., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Zakład Usług Leśnych Z.C.** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

2.3 zasądza od **ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Marynarki Polskiej 130, Oddział w Płocku, ul. Wyszogrodzka 106, 09 - 400 Płock** na rzecz **Soen Sp. z o.o.** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Energa Operator S.A. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na wycinkę drzew i gałęzi wzdłuż i pod liniami elektroenergetycznymi WN, SN i nN w roku 2017 na terenie ENERGA- OPERATOR SA Oddział w Płocku. Zamówienie zostało podzielone na osiem zadań. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2016r. pod numerem 2016/S 246-450660.

W dniu 27 marca 2017r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły dwa odwołania wniesione przez: Z.C., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Zakład Usług Leśnych Z.C w zakresie zadań nr 2 i 7 (Sygn. akt KIO 588/17) oraz Soen sp. z o.o. w zakresie zadania nr 3 (Sygn. akt KIO 591/17).

Sygn. akt KIO 588/17

Odwołujący - Z.C., prowadzący działalność gospodarczą p.n. Zakład Usług Leśnych Z.C.- wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w zakresie zadań 2 i 7 polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego Zakład Usług Leśnych Z.C.,
2. wyborze w zakresie zadań 2 i 7 jako najkorzystniejszych ofert, które prawidłowo powinny zostać sklasyfikowane na pozycji drugiej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego, niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców;
2. art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie czynności wyjaśnień i uzupełnień do których zobligowany był zgodnie z przepisami Pzp;
3. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 2 i 7;
2. powtórzenia czynności badania ofert;
3. dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie zadań nr 2 i 7;
4. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego.

Odwołanie zostało wniesione w związku z przekazaniem w dniu 16 marca 2017r. zawiadomieniem o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2 - wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Magnat Sp. z o.o. oraz Pat-Raf R.S., zaś w zadaniu nr 7 - Firmy Usługowo-Handlowej R.C. Zamawiający poinformował jednocześnie o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując jako podstawę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał na:

- niekompletny w jego ocenie JEDZ (brak wymienionych pracowników i ich uprawnień, brak wymienionego sprzętu do realizacji zadania),
- brak informacji o podwykonawcach w formularzu oferty, natomiast w JEDZ podano, iż wykonawca będzie zatrudniać podwykonawców,
- nie określono firm, które będą podwykonawcami i nie złożono dla nich JEDZ,
- brak oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej.

W ocenie Odwołującego wskazana przez Zamawiającego okoliczność - brak określonych informacji w formularzu JEDZ - nie może stanowić o odrzuceniu oferty. Zamawiający winien zastosować tryb przewidziany w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, który obliguje Zamawiającego do wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów. Wskazał, że zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 (jednolity formularz - JEDZ), oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zamawiający, jednakże nie podjął próby wyjaśnienia przedmiotowej wątpliwości polegającej na braku określonych informacji w formularzu JEDZ i nie dał możliwości złożenia przez Odwołującego wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Należy ocenić to jako zaniechanie czynności, do której obowiązany był Zamawiający na mocy przepisów ustawy Pzp. Podstawowym bowiem obowiązkiem jest przeprowadzenie obiektywnej oceny ofert oraz wybór oferty i udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ustawy Pzp). Wyjaśnił, że pismem z dnia 14.02.2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp do złożenia dokumentów, wymienionych w pkt. 8 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dowód nr 2 pismo Zamawiającego datowane na 14.02.2017 r. znak EOP-7LZ- 000704-2017 wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów - w dokumentacji postępowania). Odwołujący złożył te dokumenty i oświadczenia w dniu 22.02.2017 r. zachowując wyznaczony

przez Zamawiającego dziesięciodniowy termin (dowód nr 3 - potwierdzenie złożenia dokumentów i oświadczeń - w dokumentacji postępowania). Informacje, których brak stał się przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający uzyskał w dniu 22.02.2017. Odwołujący złożył m. in. Formularz 3.3 „Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” oraz Formularz 3.4 „Wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego” - formularze te wypełnione i podpisane znajdują się w dokumentacji postępowania. Zamawiający nie zakwestionował ww. dokumentów. Dokumenty, które uzyskał Odwołujący pozwalają w sposób niebudzący wątpliwości stwierdzić, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym m.in. warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, o których mowa w pkt 6.2 pkt 2 i 3 SIWZ.

Odnosnie drugiego zarzutu, Odwołujący stwierdził, że faktycznie nie zamieścił w formularzu oferta nazw podwykonawców, co w kontekście informacji wynikającej z formularza JEDZ może powodować wątpliwości. Zauważył, że Zamawiający dysponuje określonymi w ustawie Pzp narzędziami za pomocą których może usunąć wątpliwości w przedmiotowym zakresie. W art. 87 ustawodawca dał możliwość Zamawiającemu wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty. Natomiast z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wynika obowiązek Zamawiającego do wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów. Konstrukcja tego przepisu - słowa „Zamawiający wzywa także” wskazują, że wyjaśnienie wątpliwości w zakresie złożonych oświadczeń lub dokumentów przez Zamawiającego jest obligatoryjne. Zaprezentowane powyżej stanowisko zgodne jest także z przepisem art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, z którego wynika, że zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Ustawa nie może być jednak odczytywana w oderwaniu od rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Zgodnie z przywołanym rozporządzeniem (część II, sekcja D formularza JEDZ) wykonawcy mają obowiązek podania wykazu podwykonawców, o ile są znani. Za taką interpretacją przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp przemawia także brzmienie przepisu art. 36b ust. 1a ustawy Pzp. W przypadku zamówień na roboty budowlane i usługi wykonywane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego wykonawca, przed przystąpieniem do wykonywania zamówienia, zobowiązany jest podać m.in. nazwy podwykonawców, o ile są już znane. Wykonawca ma również obowiązek informować o nowych podwykonawcach, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług. Uwzględniając powyższe, w ocenie Odwołującego, po pierwsze- treść oferty (oświadczenia woli Odwołującego będącego w tym przypadku jego jednostronnym zobowiązaniem do

wykonania przyszłych zamówień wykonawczych na warunkach zgodnych z SIWZ, a w konsekwencji i umową ramową), nie jest sprzeczna z żadnym postanowieniem SIWZ, gdyż w SIWZ (wraz z załącznikami) wymagano podania firm podwykonawców znanych na moment składania ofert. Po drugie - nawet, gdyby nazwy podwykonawców zostały podane, nie wiązałoby się to z obowiązkiem zlecenia im jakichkolwiek prac w ramach zamówień wykonawczych - podanie nazw miałoby wyłącznie walor informacyjny, a nie stanowiłoby treści oświadczenia woli wykonawcy (zobowiązania). Zatem a contrario - nie podanie tych nazw również nie może skutkować uznaniem niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Po trzecie brak sprecyzowania zakresu prac, które być może zostaną zlecone podwykonawcom także nie oznacza niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, gdyż Zamawiający w SIWZ nie postawił żadnych wymagań co do szczegółowości oświadczenia zawartego w formularzu oferty w tej materii oraz dopuścił podwykonawstwo w każdym zakresie. Odwołujący powołał się także na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2017 r. sygn. akt KIO234/17, w którym Izba analizowała identyczną sytuację i podzieliła stanowisko, że oświadczenie o podwykonawcach, wymagane na skutek żądania zamawiającego wynikającego z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, mającego odzwierciedlenie w art. 71 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, Podwykonawstwo - gdzie wskazano: "W dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców - nie stanowi treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - tj. merytorycznej treści zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot zamówienia. Nie jest to więc oświadczenie woli/ o jakim stanowi przepis art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego z zw. z art. 14 ustawy Pzp. W sentencji tego orzeczenia Izba wskazała, że brak podania w formularzu ofertowym żądanych informacji nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu niezgodności tych dokumentów, o jakiej stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skutkującej odrzuceniem oferty. Odwołujący nie zgodził się także ze stanowiskiem Zamawiającego, że brak złożenia formularzy JEDz dla podwykonawców jest podstawą do odrzucenia oferty. Podkreślił, że w SIWZ brak określenia takiego wymogu, w pkt 4 SIWZ nie ma postanowienia, które zobowiązywało by Odwołującego do złożenia formularza JEDZ dla podwykonawców. Wynikający z pkt 8.1 i 8.2 obowiązek złożenia JEDZ dotyczy jedynie wykonawcy. W pkt 9.7 SIWZ sformułowano nakaz złożenia dokumentu JEDz w stosunku do podmiotu innego niż wykonawca lecz dotyczy on jedynie podmiotów na zasoby, których powołuje się wykonawca w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że nie istnieją w stosunku

do niego podstawy wykluczenia. Odwołujący, składając ofertę nie powołuje się na zasoby innych podmiotów, nakaz ten więc go nie dotyczy. Na poparcie powołał wyrok KIO z dnia 24.02.2009r, KI/UZP 155/09. Ponadto, istotnym jest fakt, iż ustawa Pzp reguluje kwestię wprowadzenia pod wykonawstwa na etapie realizacji usługi, bowiem art. 36ba ust. 1 stanowi, że jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1, lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy.

Odnosnie braku złożenia oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej, Odwołujący wskazał, że wysłał ten dokument w dniu 2.02.2017r. w formie skanu za pomocą poczty elektronicznej, następnie niezwłocznie dokument ten wysłał w formie oryginału pocztą. Wskazana przez Zamawiającego okoliczność - brak dokumentu w formie oryginału nie może sama w sobie stanowić o wykluczeniu wykonawcy, a tym bardziej o odrzuceniu jego oferty. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 23) ustawy Pzp następuje, gdy wykonawcy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z okoliczności niniejszej sprawy jasno wynika, że Odwołujący nie należy do grupy kapitałowej. Nawet gdyby należał do takiej grupy, nie stanowi to o automatycznym wykluczeniu, do tego niezbędne byłoby, aby inny wykonawca należący do tej samej grupy kapitałowej również złożył ofertę. Zamawiający posiada wiedzę jakie podmioty złożyły oferty, może więc na tej podstawie ocenić, że taka okoliczność nie zachodzi.

W okolicznościach niniejszej sprawy bezsporne jest to, że Odwołujący złożył ważną, niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Jak wykazano powyżej wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu a Zamawiający wszelkie wątpliwości w tym zakresie może usunąć stosując mechanizmy uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów oraz treści oferty. Oferta Odwołującego winna zostać wybrana w zakresie zadań nr 2 i 7 -jako najkorzystniejsza, gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy. Tymczasem Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp i dokonał wyboru ofert, które powinny zostać sklasyfikowane na odrzucona. Skutek działań Zamawiającego obciążał natomiast Odwołującego, który składając ważną ofertę powinien był, w następstwie prawidłowego przeprowadzenia postępowania, uzyskać niniejsze zamówienie publiczne.

Sygn. akt KIO 591/17

Odwołujący - Soen Sp. z o.o. - wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w zakresie zadania 3 polegających na:

- a. wyborze oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe R.Z.
- b. badaniu i ocenie oferty złożonej przez Odwołującego w zadaniu nr 3.
- c. odrzuceniu oferty Odwołującego,
- d. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jest ona zgodna z treścią SIWZ,
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp z zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia JEDZ, mimo że Zamawiający w przypadku błędów w składanych dokumentach podmiotowych zobowiązany jest do skorzystania z tego trybu.
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy PPHU Zawadzki jako najkorzystniejszej w części 3.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty PPHU Z. jako najkorzystniejszej w części 3 zamówienia,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części 3 zamówienia,
3. dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej w części 3 zamówienia przez Odwołującego, w tym wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ,
4. dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części 3 zamówienia.

Odwołujący, nie zgodził się z decyzją Zamawiającego z dnia 16 marca 2017r. o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odnośnie niekompletnego (brak stron) i niewypełnionego JEDz w zakresie: wykonania usług, podwykonawców, sprzętu, finansów, ubezpieczenia OC, Odwołujący potwierdził, że złożony przez niego JEDz omyłkowo nie zawierał wszystkich stron oraz wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji. Odwołujący wskazał jednak, co wynika także z pkt. 8.1 IDW (SIWZ), że oświadczenie złożone w JEDZ stanowi wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tym samym ewentualne braki w dokumentach podmiotowych mogą być podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania a nie odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Najistotniejsze jest jednak to, że Odwołujący został przez Zamawiającego oceniony jako podmiot, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Decyzja Zamawiającego została oparta na dokumentach podmiotowych, które Odwołujący przedłożył Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14 lutego 2017r. wystosowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie

Odwołującego Zamawiający nie dopatrył się braków w zakresie oświadczenia złożonego w JEDZ i wezwał wykonawcę do przedłożenia dokumentów podmiotowych w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie braku załączenia JEDz dla podwykonawców Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie żądał w treści SIWZ przedłożenia JEDz dla podwykonawców, natomiast Odwołujący nie polega celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu na potencjale jakiegokolwiek podmiotu trzeciego.

Odnośnie braku w Krajowym Rejestrze Sądowym Odwołującego zakresu usług objętych przedmiotem zamówienia, Odwołujący wskazał, że KRS jest rejestrem o charakterze jawnym zawierającym aktualne i istotne informacje o osobach prawnych. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania określonego rodzaju działalności lub czynności wyłącznie w przypadkach, gdy przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. A zatem wyłącznie wobec tych wykonawców, którzy prowadzą działalność gospodarczą, której wykonywanie wymaga spełnienia szczególnych warunków, określonych przepisami prawa oraz wyłącznie w tych przypadkach, kiedy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia publicznego (np.: usługi bankowe, usługi telekomunikacyjne, usługi ochrony mienia). Zgodnie z art. 5 ust. 5 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorcy mogą prowadzić dowolną działalność gospodarczą nie legitymując się przy tym zezwoleniem, koncesją, licencją bądź innym dokumentem mającym charakter decyzji administracyjnej zezwalającym na określoną działalność - o ile działalność ta nie mieści się w zakresie ustawowo regulowanym. Działalność gospodarczą nie objętą rygiem regulacji ustawowej może zatem prowadzić dowolna osoba a zakres i przedmiot tej działalności określony w odpisie z KRS czy też CEIDG nie musi być tożsamy z przedmiotem wykonywanej działalności - a tym samym z przedmiotem zamówienia publicznego, na które przedsiębiorca składa ofertę jako wykonawca. Nie ma zatem znaczenia fakt uwidocznienia, bądź braku uwidocznienia przedmiotu działalności w Krajowym Rejestrze Sądowym czy też w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Obydwa wskazane Rejestry mają walor informacyjny dla innych uczestników życia gospodarczego - w tym również dla podmiotów zamawiających w rozumieniu ustawy Pzp i tym samym nie mogą stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy (tym bardziej odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ) w sytuacji, gdy przedmiot działalności opisany w KRS bądź CEIDG nie jest tożsamy z przedmiotem zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał także, iż celem przedkładania przez wykonawców dokumentów w postaci odpisu z KRS lub CEIDG jest wyłącznie wykazanie braku podstaw wykluczenia tj. nie znajdowania się w stanie likwidacji bądź upadłości (dodatkowo wskazuje również na zasady reprezentacji wykonawcy/przedsiębiorcy). Podobny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 17 maja 2011 roku (sygn. akt: KIO/KD 38/11):

Odwołujący wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ, mimo, że Zamawiający w przypadku błędów w składanych dokumentach podmiotowych zobowiązany jest do skorzystania z tego trybu. Braki w zakresie dokumentu JEDZ na obecnym etapie postępowania nie mają jakiegokolwiek znaczenia, ponieważ Odwołujący wykazał za pomocą dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Żądanie przedłożenia uzupełnionego JEDZ na tym etapie stanowiłoby jedynie przejaw nadmiernego formalizmu. W przypadku jednak uznania, że dokument JEDZ winien zostać złożony w prawidłowej formie ze wskazaniem wszystkich informacji, wskazać należy, że konieczne jest zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i przed dokonaniem wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, wezwanie go do uzupełnienia dokumentu JEDZ w odpowiednim zakresie.

W konsekwencji Odwołujący wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty PHU Z. jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 3.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz został uiszczony od nich wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, określonych w art. 189 ust. 2 ustawy skutkujących odrzuceniem któregoś z odwołań.

W ocenie Izby wypełnione zostały także przesłanki do wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołujących interesu w uzyskaniu danej części zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba uznała, że czynność polegająca na odrzuceniu ofert: Zakład Usług Leśnych Z.C. oraz Soen Sp. z o.o. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnych z treścią SIWZ była nieprawidłowa. W konsekwencji dokonania tej czynności doszło do wadliwego wyboru ofert najkorzystniejszych w zadaniach 2, 3 i 7 zamówienia.

Jedną z podstaw faktycznych odrzucenia ofert Odwołujący się wykonawców był niekompletny, niewypełniony dokument JEDZ.

Zgodnie z art. 25a ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniach powyżej progów unijnych (tak jak w analizowanym postępowaniu) wykonawca składa oświadczenie o braku podstaw wykluczenia oraz spełnieniu warunków udziału, o których mowa w art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w formie jednolitego europejskiego dokumentu JEDZ. Oświadczenia złożone na formularzu JEDZ, podlegają stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnieniu lub poprawie, jeśli są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem zaprezentowanym w toku rozprawy przez Przystępującego, że brak odesłania wprost w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do art. 25a ust. 2, który dotyczy dokumentu JEDZ, oznacza, że nie jest możliwe uzupełnienie lub poprawienie dokumentu JEDZ. Przywołany przepis art. 25a ust. 2 ustawy Pzp określa jedynie formę, w jakiej składane są oświadczenia, o których mowa w ust. 1 tego przepisu tj. oświadczenia o braku podstaw wykluczenia oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje zaś wprost na konieczność wezwania do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień co do oświadczeń, o których mowa w art. 25 a ust. 1 ustawy Pzp a zatem także oświadczeń, które w postępowaniach powyżej progów unijnych składane są w formie jednolitego europejskiego dokumentu JEDZ.

W dalszej części wskazać należy, że istotne znaczenie dla sprawy ma rozróżnienie przesłanek zastosowania art. 26 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i kolejność ich stosowania w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dokonuje weryfikacji pod kątem wykazania okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jedynie w odniesieniu do tego wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej, tj. wykonawcy, który uplasował się na najwyższej pozycji w rankingu ofert. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp jest stosowane zatem wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej i jest to wezwanie do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Ewentualne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp to wezwanie do uzupełnienia lub poprawienia niekompletnych, zawierających błąd lub budzących wątpliwości dokumentów i oświadczeń, w tym również oświadczeń złożonych w jednolitym europejskim dokumencie JEDZ.

W analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w częściach 2,3 i 7 Zamawiający błędnie zastosował wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do wszystkich wykonawców a nie tylko do wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej. Pisma z dnia 14 lutego 2017r., nie można traktować jako wezwania w trybie art. 26 ust. 3

ustawy Pzp, nie tylko ze względu na wskazanie wprost jako podstawy prawnej art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, ale także z uwagi na samą jego treść, w której wzywa się do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań.

W ocenie Izby, w zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający zaniechał zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania Odwołującego Z.C. oraz Soen Sp. z o.o. do uzupełnienia niekompletnych oświadczeń zawartych w złożonych przez tych wykonawców dokumentach JEDZ. W tym zakresie koniecznym jest, zdaniem Izby, wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp:

- a. Zakładu Usług Leśnych Z.C. do uzupełnienia dokumentu JEDZ przez podanie pracowników, ich uprawnień oraz sprzętu do realizacji zamówienia.
- b. Soen Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu JEDZ przez złożenie wszystkich stron tego dokumentu i podanie informacji dotyczących wykonania usług, podwykonawców, sprzętu, finansów, ubezpieczenia OC.

Odnosnie rozbieżności pomiędzy treścią oświadczenia zawartego w formularzu oferty Zakładu Usług Leśnych Z.C., gdzie wykonawca nie wpisał iż zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie części zamówienia oraz oświadczeniem ze strony 5 dokumentu JEDZ, gdzie wykonawca zaznaczył TAK - w rubryce zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo części zamówienia a także oświadczeniem ze strony 15 dokumentu JEDZ, gdzie nie wskazano procentowej części zamówienia, jaką wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom, Izba uznała, że rozbieżność ta mogła wzbudzić co najwyżej wątpliwości Zamawiającego ale nie mogła stać się ona podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Treść oświadczeń złożonych w JEDZ podlega bowiem, jak każde oświadczenie dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W tym zakresie, w ocenie Izby koniecznym jest zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i zwrócenie się do Odwołującego Zakładu Usług Leśnych Z.C. o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy złożonymi oświadczeniami.

Nie można zgodzić się także z argumentacją Zamawiającego, że obowiązkiem wykonawców w tym postępowaniu było złożenie dokumentu JEDZ dla podwykonawców. Zgodnie z treścią art. 25a ust.5 ustawy Pzp dokumenty JEDZ dotyczące podwykonawców składa się wyłącznie na wyraźne żądanie Zamawiającego zawarte w SIWZ. Nie ulega wątpliwości, że w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający nie określił w ogóle żądania złożenia dokumentów JEDZ w odniesieniu do podwykonawców. Stąd brak załączenia tych dokumentów nie może być podstawą do stwierdzenia sprzeczności treści oferty z treścią siwz i odrzucenia ofert Odwołujących się wykonawców.

Niezasadną jest także argumentacja Zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty Odwołującego Zakładu Usług Leśnych Z.C. z uwagi na brak złożenia oryginału lub kopii poświadczającej za zgodność z oryginałem oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej. Niespornym jest, że oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej zostało przekazane Zamawiającemu w dniu 2 lutego 2017r. w formie skanu za pomocą poczty elektronicznej. Zgodnie z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, wykonawca, w terminie 3 dni od dnia przekazania informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu albo od informacji z otwarcia ofert przekazuje zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w ust. 1 pkt 23. Zgodzić się należy z Odwołującym, że 3 - dniowy termin na złożenie oświadczenia o grupie kapitałowej to termin o charakterze instrukcyjnym, a przepisy ustawy Pzp nie przewidują sankcji w postaci wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty za niezłożenie w terminie tego oświadczenia. W sytuacji braku złożenia w terminie 3 dni od otwarcia ofert lub przekazania informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oświadczenia o grupie kapitałowej zamawiający zobowiązany jest zastosować tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać wykonawcę do złożenia tego oświadczenia. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, znajduje zastosowanie, gdy wykonawca nie złożył oświadczeń lub dowodów, w tym dowodów o których mowa w art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, lub gdy są one niekompletne albo budzą jego wątpliwości. Z kolei formę oświadczenia, o przynależności bądź braku przynależności do grupy kapitałowej określa rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126). Zgodnie z § 14 ust. 1 oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu dotyczące wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy oraz dotyczące podwykonawców, składane są w oryginale. Przywołany § 14 ust. 1 rozporządzenia regulujący formę oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego odnosi się również do oświadczenia dotyczącego przynależności do grupy kapitałowej, które to oświadczenie zostało wskazane w § 5 pkt 10 tego rozporządzenia.

Powyższe prowadzi do wniosku, że w analizowanym postępowaniu o zamówienie publiczne Zamawiający winien wezwać Odwołującego Zakład Usług Leśnych Z.C. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia w oryginale oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej.

Niezasadnym jest także stanowisko Zamawiającego odnośnie istnienia przesłanki odrzucenia oferty Soen Sp. z o.o., jako niezgodnej z treścią SIWZ z uwagi na to, że w KRS Odwołującego

nie figuruje zakres usług objętych przedmiotem zamówienia. Ujawnienie w danym rejestrze rodzaju działalności gospodarczej nie może przesądzać o istnieniu lub braku istnienia uprawnień do prowadzenia określonej działalności, bowiem sam wpis w KRS takich uprawnień nie statuuje. Niezależnie od tego należy wskazać, że przedmiot zamówienia dotyczący wycinki drzew i gałęzi pod liniami elektroenergetycznymi, nie obejmuje działalności regulowanej, której prowadzenie wymagałoby uzyskania odpowiedniego zezwolenia. Ponadto, jak słusznie wskazał Odwołujący w jego odpisie KRS widnieje działalność określona w dziale 81 PKD obejmująca działalność usługową związaną z utrzymaniem porządku w budynkach i zagospodarowaniem terenów zieleni.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....