

WYROK
z dnia 24 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Przemysław Dzierzędzki
Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Megatherm sp. z o.o., ul. Łąkowa 2, 46-070 Chmielowice, 2) A. Ś., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ANN-POL A. Ś., ul. Olsztyńska 25, 45-260 Opole** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **4 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Gen. Andersa 47, 44-121 Gliwice** w przedmiocie „świadczenia usług utrzymania czystości terenów zewnętrznych i odśnieżania”

przy udziale wykonawcy: **J. S., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Print-Line J. S., ul. Chorzowska 58, 44-100 Gliwice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje w zakresie zadania nr 8: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wezwanie wykonawcy: J. S., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Print-Line J. S., ul. Chorzowska 58, 44-100 Gliwice, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c SIWZ; w pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: 4 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Gen. Andersa 47, 44-121 Gliwice, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia: 1) Megatherm sp. z o.o., ul. Łąkowa 2, 46-070 Chmielowice, 2) A. Ś., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ANN-POL A. Ś., ul. Olsztyńska 25, 45-260 Opole**, tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **4 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Gen. Andersa 47, 44-121 Gliwice** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia: **1) Megatherm sp. z o.o., ul. Łąkowa 2, 46-070 Chmielowice, 2) A. Ś., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ANN-POL A. Ś., ul. Olsztyńska 25, 45-260 Opole** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 Gliwicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*świadczenie usług utrzymania czystości terenów zewnętrznych i odśnieżania*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 października 2016 r. pod numerem 2016/S 206-372945.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie, w zakresie zdania numer 8, wobec wyboru oferty J. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Print-Line J. S. w Gliwicach (dalej „Przystępujący”) i zaniechania wykluczenia Przystępującego i odrzucenia jego oferty, a także zaniechania wybrania oferty Odwołującego, pomimo, że oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Wskazując na powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ich pominięcie, przejawiające się nie wykluczeniem z postępowania Przystępującego, pomimo, że Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona z uwagi na brak niezbędnych prawem zezwoleń do wykonania przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez ich pominięcie, przejawiające się nie wykluczeniem z postępowania Przystępującego, pomimo, że Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, jako, że Wykonawca ten w jednolitym europejskim dokumencie zamówień (dalej „JEDZ”) nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego ubezpieczenia z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej;
- 3) art. 91 w zw. z art. 25 ustawy Pzp w zw. z pkt V ppkt 2 lit. b SIWZ poprzez wybór oferty Przystępującego, który powinien być wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem według JEDZ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego ubezpieczenia z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego pominięcie, przejawiające się nie wykluczeniem z postępowania Przystępującego, pomimo, że Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta

odrzucona jako, że Wykonawca ten nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia;

- 5) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez podanie Zamawiającemu nieprawdziwych informacji dotyczących wykonywania usług na rzecz 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zgierzu i 35 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Krakowie w zakresie wskazanym.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, w zakresie zadania nr 8, i odrzucenia jego oferty;
2. dokonania czynności ponownej oceny ofert i w związku z tym wybór oferty Odwołującego.

I.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności czynności załadunku, wywozu, odbioru i utylizacji odpadów.

Dalej Odwołujący podał, że podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na podstawie ustawy art. 9e ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r., poz. 250 ze zm.) jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości:

- 1) selektywnie zebranych odpadów komunalnych bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;
- 2) zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych bezpośrednio do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

Odwołujący zauważył, że powyższy przepis nakazuje podmiotom odbierającym odpady komunalne, w tym m.in. wykonawcom w tym postępowaniu, przekazywanie odpadów bezpośrednio do regionalnej instancji do przetwarzania odpadów komunalnych. Ww. przepis prawa jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, a to oznacza, zdaniem Odwołującego, że każdy podmiot, który w zakresie swej działalności trudni się wykonywaniem czynności związanych ze sprzątnięciem oraz odbiorem odpadów ma obowiązek ich ściśle oznaczonego zagospodarowania. Przekazywanie odpadów sprzecznie z ww. ustawą powodować może, jak dostrzegł Odwołujący, odpowiedzialność karną, jak i cywilnoprawną.

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że art. 9c ww. ustawy nakłada obowiązek posiadania zezwolenia w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej związanej z odbiorem odpadów. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w

gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Wobec powyższego unormowania należy stwierdzić, w ocenie Odwołującego, że działalność w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną i przed rozpoczęciem jej wykonywania należy uzyskać wymagane prawem pozwolenie. Takim pozwoleniem, jak zauważył Odwołujący, jest wpis do rejestru Gminy Opole, związany z prowadzeniem działalności w zakresie odbierania odpadów. Brak takiego wpisu do rejestru Gminy Opole, zdaniem Odwołującego, uniemożliwia Wykonawcy należyte wykonywanie umowy, albowiem prowadzenie takiej działalności będzie sprzeczne z prawem. Odwołujący zwrócił uwagę, że nikt od wykonawcy nielegitymującego się stosownymi pozwoleniami nie odbierze odpadów, tym samym będzie musiał odpady pozostawić w miejscu do tego nieprzeznaczonym (np. las, wyrobisko, dzikie wysypisko). Odwołujący podał, że Przystępujący zaznaczył w JEDZ, że usługę wykona bez pomocy podwykonawców, tym samym nie może zlecić usługi odbioru oraz transportu podmiotom innym.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2016 r., poz. 1987 ze zm.) Zamawiający może podpisać umowę w sprawie zamówienia publicznego objętej zakresem niniejszego postępowania jedynie z podmiotem, który posiada zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów.

Zgodnie zaś z art. 27 ust. 2 ustawy o odpadach wytwórca odpadów lub inny posiadacz odpadów może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami wyłącznie podmiotom, które posiadają m.in. zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów.

Powyższy przepis, w ocenie Odwołującego, stanowi prawny obowiązek Zamawiającego do zawarcia umowy z podmiotem posiadającym pozwolenie na odbiór odpadów lub na przetwarzanie odpadów. Odwołujący zauważył, że w przypadku, gdy Zamawiający zawrze umowę, w skład której wchodzi m.in. odbiór odpadów lub przetwarzanie odpadów, a taką umową będzie umowa objęta niniejszym postępowaniem, dopuszcza się deliktu z ustawy o odpadach. Sama zaś umowa, która będzie wykonywana z naruszeniem przepisów prawa, jak podał Odwołujący, będzie nieważna po myśli art. 58 k.c. w zw. z art. 27 ust. 2 ustawy o odpadach oraz w zw. z art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, że Przystępujący nie posiada zezwolenia na świadczenie usług odbioru odpadów z terenu Miasta i Gminy Opole. Zdaniem Odwołującego, Przystępujący nie posiada również zezwolenia na transport odpadów na terenie całego kraju, co uniemożliwia mu prowadzenie działalności również na terenie Miasta Opole w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Pozwolenie na transport odpadów na

terenie kraju, jak podał Odwołujący, zostało cofnięte z dniem 23 stycznia 2016 r. Na dowód powyższego przedłożył wypis z CEIDG.

Odwołujący podniósł, że Przystępujący nie przedłożył do oferty żadnego dokumentu lub oświadczenia mogącego dokumentować fakt, że posiada zezwolenie na wykonywanie ww. czynności odbioru i transportu odpadów, które niezbędne są do należytego wykonania umowy związanej z przedmiotem zamówienia.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że odbiór odpadów konieczny jest do należytego wykonania umowy. Odwołujący oświadczył, że w chwili obecnej świadczy usługi na rzecz Zamawiającego w tożsamym zakresie co przedmiot zamówienia i odbiera odpady zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawą o odpadach, posiadając do tego stosowne zezwolenia.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej występuje pogląd, że *„obowiązkiem zamawiającego jest określenie w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ jakimi zezwoleniami mają się legitymować wykonawcy ubiegający się o udzielenie tego zamówienia. Zamawiający nie ma bowiem prawa oceniać ofert w oparciu o dokumenty, których nie podał w ogłoszeniu o zamówieniu. Dlatego też taka informacja winna być przez niego wprost wyartykułowana. Brak żądania dokumentów potwierdzających uprawnienia wykonawcy może mieć wpływ na wynik tego postępowania i uzasadnia unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.). Opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, a raczej jego całkowity brak powoduje, że faktycznie nie można było na warunkach porównywalnych dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Zawarcie umowy z wykonawcą, który nie posiadałby wymaganych prawem zezwoleń stanowiłoby podstawę do jej unieważnienia, gdyż świadczenie usług w obrębie działalności regulowanej przez podmioty, które nie posiadają stosownych zezwoleń jest ustawowo zabronione i zagrożone sankcjami. Tak więc powyższe stanowiłoby obligatoryjną przesłankę unieważnienia umowy.”* (wyrok KIO z dnia 1 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1291/15).

Powyższy wyrok, jak wskazał Odwołujący, potwierdza stanowisko Odwołującego, że zawarcie umowy z podmiotem, który nie posiada prawnych zezwoleń na wykonywanie określonej działalności powodować będzie naruszeniem powszechnie obowiązującego prawa, czego Zamawiający nie może akceptować. Zdaniem Odwołującego, umowa taka może być nawet na podstawie przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp unieważniona.

Odwołujący podał, że podobne stanowisko zostało wyrażone w orzeczeniu KIO z dnia 3 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1420/13: *„Z aktualnego brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) wynika, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli*

postępowanie obarczone jest wadą, która, po pierwsze - jest niemożliwa do usunięcia, po drugie - uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.”

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, Przystępujący powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, jako że nie posiada uprawnień niezbędnych do realizacji umowy. Zamawiający natomiast nie może, co podkreślił Odwołujący, tolerować tego faktu i nie może zawrzeć ważnej umowy z podmiotem, który nie posiada zezwolenia do realizacji przedmiotu umowy.

II.

Odwołujący podniósł, że Przystępujący powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz w zw. z art. 25a ustawy Pzp jako, że nie spełnia warunków określonych w SIWZ przez Zamawiającego.

Uzasadniając powyższy zarzut Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Zamawiający w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b SIWZ podał, że Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną: 200.000,00 zł dla zadania nr 1, 120.000,00 zł dla zadania nr 2, 17.000,00 zł dla zadania nr 3, 300.000,00 zł dla zadania nr 4, 400.000,00 zł dla zadania nr 5, 270.000,00 zł dla zadania nr 6, 250.000,00 zł dla zadania nr 7, 900.000,00 zł dla zadania nr 8.

Dalej Odwołujący podał, że w przypadku składania oferty na dwie lub więcej części zamówienia, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę równą sumie wymaganych dla części, w zakresie których składa oferty częściowe.

Istotne dla niniejszej sprawy, zdaniem Odwołującego, pozostaje również, że Zamawiający działając na podstawie przepisu art. 25a ustawy Pzp wskazał, że *„do oferty wykonawca musi dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenia w zakresie wskazanym w załączniku nr 3 do SIWZ - tj. w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). Informacje zawarte w oświadczeniu (JEDZ) będą stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu”* (rozdział VI pkt 1 SIWZ).

W ocenie Odwołującego, na uwagę zasługuje fakt, że Przystępujący składając ofertę do dnia 30 listopada 2016 r. załączył do niej JEDZ, w którym nie wykazał, że posiada ubezpieczenie z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej na sumę zadań, na które złożył ofertę.

W części IV. Kryteria Kwalifikacji pkt 5) „*W ramach ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego wykonawca jest ubezpieczony na następującą kwotę*” Przystępujący nie wpisał nic, co świadczy o tym, w ocenie Odwołującego, że nie posiada ubezpieczenia z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej. Jest to równoznaczne, zdaniem Odwołującego, z niespełnieniem warunku postanowionego przez Zamawiającego w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, od którego uzależniony jest udział Wykonawcy w postępowaniu.

Wstępne oświadczenie Przystępującego, złożone w JEDZ powinno prowadzić, w ocenie Odwołującego, do podjęcia decyzji przez Zamawiającego o wykluczeniu tego Wykonawcy z postępowania, albowiem nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie powinien był ocenić najwyższej oferty złożonej przez Przystępującego, gdyż Wykonawca ten podlega wykluczeniu jako, że Przystępujący nie spełnia wymogu dotyczącego ubezpieczenia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem, istotą określenia tego warunku przez zamawiającego powinno być uzyskanie potwierdzenia wiarygodności ekonomicznej wykonawcy, które nie zostało wykazane przez Przystępującego.

Odwołujący podał, że jak się powszechnie przyjmuje w piśmiennictwie: *„Jednolity europejski dokument zamówienia jest składanym przez wykonawców oświadczeniem własnym stanowiącym dowód wstępny, zastępującym zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie. Jak określono w art. 59 dyrektywy 2014/24/UE, stanowi on oficjalne oświadczenie wykonawcy, w którym stwierdza on, że nie znajduje się w jednej z sytuacji, w przypadku której wykonawcy muszą lub mogą zostać wykluczeni, że spełnia stosowne kryteria kwalifikacji oraz że, w stosownych przypadkach, spełnia obiektywne zasady i kryteria ustalone na potrzeby ograniczenia liczby kwalifikujących się kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do udziału. Dokument ten ma na celu zmniejszenie obciążeń administracyjnych wynikających z wymogu przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów związanych z kryteriami wykluczenia i kwalifikacji. Zawarte w JEDZ informacje dotyczą: wykonawcy, podmiotów trzecich udostępniających zasoby na potrzeby wykonania zamówienia publicznego oraz podwykonawców zamówienia publicznego”* (por. Komentarz do art. 25a ustawy Prawo zamówień publicznych, pod red. Graneckiego 2016, wyd. 5, el/Legalis).

Zamawiający zatem, zdaniem Odwołującego, powinien na podstawie JEDZ ocenić, że Przystępujący nie spełnia wymogu dotyczącego ubezpieczenia z tytułu prowadzonej działalności i wykluczyć go z postępowania.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający tak samo rygorystycznie podszedł do odrzucenia oferty Konsorcjum firm: GREG oraz P.U. B. w zakresie zadania nr 8, ponieważ odrzucił tę ofertę, albowiem wadium nie wpłynęło na rachunek Zamawiającego do godz. 9.00, pomimo, że Wykonawca ten przestawił dowód złożenia dyspozycji w banku, związanej

z przelewem kwoty wadium.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, należy uznać, że wybór oferty Przystępującego nastąpił z naruszeniem przepisu art. 91 w zw. z art. 25 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem V pkt 1 ppkt. 2 lit. b SIWZ.

W opinii Odwołującego, Zamawiający nie powinien był również wzywać, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, albowiem z wstępnej oceny ofert - JEDZ wynika, że Przystępujący nie posiada ubezpieczenia z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że złożenie przez Przystępującego JEDZ po terminie składania ofert nie może wywołać skutku prawnego, albowiem ustawa Prawo zamówień publicznych nie dopuszcza takiej możliwości. Z tego względu, zdaniem Odwołującego, nie można przy ocenie ofert i warunków udziału w postępowaniu wziąć pod uwagę JEDZ, złożonego przez Przystępującego po terminie składania ofert, tj. w dniu 14 grudnia 2016 r.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wzywał Przystępującego do złożenia JEDZ lub do jego poprawienia.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, należy zwrócić uwagę, że przedłożona przez Przystępującego polisa ubezpieczeniowa nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący podał, że Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy będą ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na odpowiednią sumę ubezpieczenia.

Odwołujący wyjaśnił, że Przystępujący przedłożył polisę OC związaną z ubezpieczeniem jego działalności, jednakże zakres tej polisy nie pokrywa się z przedmiotem zamówienia. Odwołujący podał, że jak wynika z dokumentu polisy OC Przystępującego, jako przedmiot ubezpieczenia jest wskazana działalność pod numerem PKD: 81.21.Z - Niespecjalistyczne sprzątanie budynków i obiektów przemysłowych, 81.22.Z - Specjalistyczne sprzątanie budynków i obiektów przemysłowych, 46.43.Z - Sprzedaż hurtowa elektrycznych artykułów użytku domowego oraz dodatkowo klauzula o kodzie 38.11.Z - Zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, zakres ubezpieczenia nie obejmuje zdecydowanej większości czynności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Zakresem odpowiedzialności cywilnej związanej z przedmiotem zamówienia, w ocenie Odwołującego, powinna być objęta działalność, w szczególności według:

PKD 81.30 - Działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni.

Z - dokonywanie zasadzeń, pielęgnacja i utrzymanie:

- parków i ogrodów: przy domach prywatnych i domach wielomieszkaniowych, przy

budynkach użyteczności publicznej i częściowo publicznej (szkoły, szpitale, budynki administracyjne, kościoły itp.), na terenach miejskich (parki miejskie, strefy zieleni, cmentarze itp.), przy budynkach przemysłowych i handlowych,

- zieleni: budynków (zieleni fasad, ogrody na dachach i wewnątrz budynków itp.), autostrad, ulic, dróg kolejowych i tramwajowych, brzegów dróg wodnych, w portach itp., terenów sportowych, terenów przeznaczonych do gier i zabaw na świeżym powietrzu i innych terenów rekreacyjnych (np. trawniki przeznaczone do zażywania kąpeli słonecznych, pola golfowe), wód stojących i płynących (zbiorniki wodne, bagna, stawy, baseny kąpielowe, fosy, strumyki, potoki, rzeki, systemy oczyszczania ścieków), zagospodarowanie terenów zieleni i dokonywanie zasadzeń w celu ochrony przed hałasem, wiatrem, erozją, oślepieniem lub dla ułatwienia widoczności.

PKD 81.29 pozostałe sprzątanie:

Z - w zakresie czyszczenia i utrzymania w czystości basenów, mycie pociągów, autobusów, samolotów itp., czyszczenie wnętrz cystern i tankowców, działalność związana z dezynfekcją, dezynsekcją i deratyzacją, mycie butelek, zamiatanie i polewanie ulic i usuwanie śniegu i lodu, włącznie z usuwaniem śniegu i lodu z dachów budynków, pozostała działalność w zakresie sprzątania, gdzie indziej niesklasyfikowaną.

Nieobjęcie zakresem ubezpieczenia ww. rodzajów działalności sprawia, zdaniem Odwołującego, że Zmawiający nie będzie miał ubezpieczonego pełnego przedmiotu zamówienia, a w przypadku wystąpienia szkody ubezpieczyciel nie wypłaci odszkodowania. Odwołujący zauważył, że przedmiotem ubezpieczenia jest przede wszystkim „*świadczanie usług utrzymania czystości terenów zewnętrznych i odśnieżania*”. Wiele szkód powstaje w związku z nienależytym odśnieżeniem lub odlodzeniem powierzchni w okresie zimowym, co jest skutkiem wypadków, upadków, złamań itp. W takich przypadkach dochodzi do konieczności wypłaty znacznych kwot tytułem odszkodowań, ale i zadośćuczynień związanych z bólem i cierpieniem. Ponadto, wiele szkód powstaje przy koszeniu trawy, będących skutkiem, np. wyrzucenia kamienia spod kosiarki i uderzenia w samochody.

Zdaniem Odwołującego, należy zwrócić również uwagę na powszechnie dominujący pogląd, że „*przedłożona wraz z ofertą polisa powinna potwierdzać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej nie musi być tożsama z pełnym zakresem działalności ujawnionym w KRS wykonawcy. Wystarczy, że ubezpieczenie odnosi się do faktycznie wykonywanej przez firmę działalności*” (wyrok KIO z dnia 19 maja 2008 r., sygn. akt; KIO/UZP 429/08). Przedmiotem badania przez zamawiającego powinno być tylko ubezpieczenie wykonawców w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia (<http://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/warunki-udzialu-wpostepowaniu-dokumenty->

składane-przez-wykonawcow-oraz-ich-wykluczenie-z-udziału-w-postępowaniu-/opłacona-polisa-lub-innydokument-potwierdzający-ze-wykonawca-jest-ubezpieczony-od-odpowiedzialności-cywilnej-wzakresie-prowadzonej-działalności-związanej-z-przedmiotem-zamówienia).

Wobec powyższego Odwołujący twierdzi, że Przystępujący nie posiada ubezpieczenia w zakresie ubezpieczenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zakresem ubezpieczenia nie jest objęte wykonywanie czynności odśnieżania i odladzania powierzchni zewnętrznej, usuwania śniegu, czy sopli za dachu. Zakres ubezpieczenia Przystępującego, związanej z działalnością gospodarczą powinien obejmować, zdaniem Odwołującego, co najmniej kody PKD 81.30.Z dokonywanie zasadzeń, pielęgnacja i utrzymanie oraz 81.2. Z w zakresie czyszczenia i utrzymania w czystości basenów.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był ocenić ofertę Przystępującego według JEDZ załączonego do oferty na dzień składania ofert i dokonać wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania. Przedłożona natomiast polisa OC nie pokrywa się, w ocenie Odwołującego, z przedmiotem zamówienia, co było warunkiem udziału w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Przystępujący nie posiada również odpowiednich wpisów w CEIDG do wykonywania działalności gospodarczej w zakresie przedmiotowego postępowania (kody PKD: 81.30.Z, 81.29.Z).

III.

Zdaniem Odwołującego, Przystępujący powinien być wykluczony z postępowania również z tego powodu, że nie wykazał spełnienia warunku w zakresie posiadania niezbędnego do realizacji zamówienia doświadczenia.

Uzasadniając ten zarzut Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Warunek ten spełni Wykonawca, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie zrealizował 2 usługi utrzymania w czystości terenów zewnętrznych (w szczególności: terenów zielonych, dróg i chodników, powierzchni utwardzonych) na łączną kwotę brutto min: 200.000,00 zł dla zadania nr 1, 120.000,00 zł dla zadania nr 2, 17.000,00 zł dla zadania nr 3, 300.000,00 zł dla zadania nr 4, 400.000,00 zł dla zadania nr 5, 270.000,00 zł dla zadania nr 6, 250.000,00 zł dla zadania nr 7, 900.000,00 zł dla zadania nr 8.

Odwołujący wyjaśnił, że po wezwaniu Zamawiającego Przystępujący przedłożył Wykaz usług, z którego wynika, że realizował trzy usługi:

1. 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy Zgierz - kompleksowe utrzymanie czystości w okresie od 01.07.2013 r. do 30.11.2015 r., w tym tereny zewnętrzne na kwotę

579.830,71 zł,

2. 35 Wojskowy Oddział Gospodarczy Kraków - kompleksowe utrzymanie czystości w okresie od 30.04.2013 r. do 30.12.2014 r., w tym tereny zewnętrzne na kwotę 290.681,14 zł,
3. 4 Wojskowy Oddział Gospodarczy Gliwice - kompleksowe utrzymanie czystości w okresie od 01.01.2015 r. do 31.12.2015 r. w tym tereny zewnętrzne na kwotę 528.395,60 zł.

Zdaniem Odwołującego, zastrzeżenia Zamawiającego powinna wzbudzić usługa pod poz. 1 Wykazu, tj. wykonywania usługi na rzecz 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zgierzu, jako że nieprzedłożone zostały dokumenty potwierdzające należyte jej wykonanie.

Odwołujący wskazał, że na wezwanie Zmawiającego, Przystępujący przedłożył referencję 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zgierzu z dnia jeszcze wykonywania tej usługi, tj. z dnia 17 listopada 2015 r., podczas gdy usługa była wykonywana do dnia 30 listopada 2015 r. Jak zauważył Odwołujący, z treści samej referencji wynika, że jest ona wystawiona jeszcze w czasie, kiedy usługa była wykonywana. Odwołujący podkreślił, że na potrzeby niniejszego postępowania, prowadzonego *nota bene* jeden rok od zakończenia wykonywania usługi na rzecz 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zgierzu, Przystępujący powinien przedłożyć referencje świadczące o należyтым wykonaniu a nie wykonywaniu usługi z 2015 r. po dniu jej zakończenia.

Nadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający zastrzegł jednocześnie zgodnie z rozporządzeniem 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), że wykonawcy na wezwanie Zmawiającego mają przedłożyć dowody określające czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (rozdział VI pkt 8 SIWZ).

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, należy uznać, że jeżeli wykonawca wykonuje usługę o charakterze ciągłym w czasie, gdy składa ofertę, to referencja powinna być wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W chwili wystawiania referencji przez 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierzu, tj. w dniu

17 listopada 2015 r. usługa była wykonywana przez Przystępującego, tak więc przedmiotowa referencja była ważna najpóźniej do dnia 17 lutego 2016 r.

Z chwilą jednak, gdy usługa została zakończona, a nastąpiło to w dniu 30 listopada 2015 r. Przystępujący powinien, w ocenie Odwołującego, uzyskać referencje potwierdzające należyte wykonanie a nie wykonywanie umowy. Usługa bowiem najpóźniej z dniem 30 listopada 2015 r. przestała być wykonywana i zmienił się obowiązek wykonawcy, zamierzającego wykazać się wykonaniem (w czasie przeszłym dokonanym) pewnej usługi, a nie tylko wykonywaniem (w czasie terażniejszym) pewnej usługi.

W ocenie Odwołującego, skutkiem nieprzedłożenia odpowiednich referencji przez Przystępującego (że wykonała w sposób należyty usługę z pozycji 1 wykazu na rzecz 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego Zgierz), jest to, że nie można uznać kwoty 579.830,71 zł, stanowiącej wartość usługi utrzymania terenów zewnętrznych przez Przystępującego.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, można co najwyżej uznać, że Przystępujący wykazał co najwyżej dwie podobne usługi do przedmiotu zamówienia (poz. 2 i 3 Wykazu) na łączną kwotę 819.076,74 zł (290.681,14 zł + 528.395,60 zł = 819.076,74 zł). Tym samym, w opinii Odwołującego, należy przyjąć, że Przystępujący nie spełnia wymogu postawionego przez Zamawiającego w zakresie zadania nr 8, wykonania dwóch podobnych usług utrzymania w czystości terenów zewnętrznych na łączną kwotę 900.000,00 zł brutto.

Odwołujący podał, że posiada również informacje o tym, że Przystępujący wykonywał usługę na rzecz 35 Wojskowego Oddziału Gospodarczego Kraków w mniejszym zakresie, aniżeli zostało wskazane w Wykazie usług. Zastrzegł jednak, że celem wykazania tych okoliczności Odwołujący musiałby się zwrócić do 35 Wojskowego Oddziału Gospodarczego Kraków z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej, co wymaga czasu i na dzień składania przedmiotowego odwołania jest niemożliwe.

IV.

Odwołujący podniósł również, że Przystępujący powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 ustawy Pzp z powodu podania Zamawiającemu nieprawdziwych informacji dotyczących wykonywania usług.

Odwołujący podał, że wystąpił z zapytaniem, w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, do 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zgierzu oraz 35 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Krakowie z prośbą o potwierdzenie powyższej informacji. Na moment sporządzenia odwołania, jak podał, Odwołujący nie otrzymał pisemnej odpowiedzi.

Odwołujący podał, że otrzymał jednak telefoniczną informację od 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zgierzu oraz z 35 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Krakowie o tym, że Przystępujący wpisał do Wykazu usług nieprawdziwe informacje.

Odwołujący wyraził nadzieję, że ww. informacje zostaną potwierdzone w drodze pisemnej przez 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierzu i 35 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Krakowie do dnia rozprawy przed KIO.

Odwołujący podkreślił jednakże, że Zamawiający we własnym zakresie powinien zweryfikować te informacje, albowiem podanie nieprawdziwych informacji w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia jest istotnym naruszaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ze szczególnym uwzględnieniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 16 ustawy Pzp i winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

I.

W rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. a SIWZ zawarte jest postanowienie, że *„o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Zamawiający nie określa warunku w w/w zakresie”*.

Konsekwentnie, wśród oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, a wskazanych w rozdziale VI SIWZ, nie wymieniono dokumentu, który miałby potwierdzać jakiegokolwiek uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej.

Pismem z dnia 14 listopada 2016 r., na pytanie jednego z wykonawców o treści: *„Zgodnie z ustawą Wykonawca, który świadczy usługi załadunku, wywozu, utylizacji odpadów musi posiadać: aktualne zaświadczenie (zezwolenie) o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych prowadzonego przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta właściwego ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych zgodnie z wymogami Ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. 2016 r. poz. 250 z późn. zm.) art. 9 jak i zezwolenie na transport odpadów zgodnie z art. 28 ust. 4 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2010 r. nr 185, poz. 1243 z późn. zm.) – dlatego zwracamy się z zapytaniem czy w/w zaświadczenia (zezwolenia) należy dołączyć do oferty czy dopiero dostarczyć Zamawiającemu przy podpisaniu umowy?”,* Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *„Zamawiający informuje, iż Wykonawca jest zobowiązany do świadczenia usługi zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującymi. W SIWZ w rozdz. VI Zamawiający wskazał wykaz oświadczeń i dokumentów jakie należy dołączyć do oferty”*.

II.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 1 ppkt 2 lit. b SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji

ekonomicznej lub finansowej. „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną: 200.000,00 zł dla zadania nr 1, 120.000,00 zł dla zadania nr 2, 17.000,00 zł dla zadania nr 3, 300.000,00 zł dla zadania nr 4, 400.000,00 zł dla zadania nr 5, 270.000,00 zł dla zadania nr 6, 250.000,00 zł dla zadania nr 7, 900.000,00 zł dla zadania nr 8. W przypadku składania oferty na dwie lub więcej części zamówienia, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę równą sumie wymaganych kwot dla części, w zakresie których składa oferty częściowe”.

W rozdziale VI SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia” zawarto, m.in. następujące postanowienia: „Do oferty każdy wykonawca musi dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym w załączniku nr 3 do SIWZ – tj. w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). Informacje zawarte w oświadczeniu (JEDZ) będą stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu” (pkt 1). „Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca złoży w terminie nie krótszym niż 10 dni dokumenty aktualne na dzień złożenia, potwierdzające okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj.: (...) 2) dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności;” (pkt 8).

Przystępujący przedłożył wraz z ofertą JEDZ, gdzie w części IV: Kryteria kwalifikacji, sekcja B. Sytuacja ekonomiczna i finansowa w pkt 5 należało podać, na jaką kwotę wykonawca jest ubezpieczony w ramach ubezpieczenia zawodowego, zaś Przystępujący w tym zakresie nie złożył żadnego oświadczenia.

Pismem z dnia 7 grudnia 2016 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia prawidłowo wypełnionego JEDZ we wskazanym wyżej zakresie.

W odpowiedzi (pismo z dnia 8 grudnia 2016 r.) Przystępujący przedłożył poprawiony JEDZ, podając w części IV: Kryteria kwalifikacji, sekcja B. Sytuacja ekonomiczna i finansowa w pkt 5 kwotę 3.300.000,00 zł, stanowiącą wartość ubezpieczenia wykonawcy w ramach ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego. JEDZ opatrzony jest datą 8 grudnia 2016 r.

Pismem z dnia 13 grudnia 2016 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, m.in. dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

W odpowiedzi (pismo z dnia 14 grudnia 2016 r.) Przystępujący przedłożył polisę nr 903011798443 potwierdzając ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej Przystępującego z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej. Działalność przyjęta do ubezpieczenia: sprzątanie obiektów przemysłowych, handel hurtowy elektrycznymi artykułami użytku domowego, zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze świadka T. W. stwierdzając, iż dowód ten jest niedopuszczalny, gdyż strony nie można przesłuchać w charakterze świadka. Nadto, dowód ten jest bezprzedmiotowy, bowiem okoliczność, iż Przystępujący został wezwany do uzupełnienia JEDZ została potwierdzona dokumentem z dnia 7 grudnia 2016 r. Co więcej, na podstawie dokumentu z dnia 8 grudnia 2016 r., złożonego przez Przystępującego, Odwołujący uzyskał wiedzę, przeglądając dokumentację postępowania, iż takowe wezwanie zostało wystosowane do Przystępującego. Okoliczność, że w dokumentacji postępowania nie było spornego dokumentu nie oznacza, że dokument taki nie istnieje i nie został skierowany do Przystępującego.

Uzasadniając oddalenie przedmiotowego wniosku dowodowego należy wskazać, że przesłuchanie danej osoby w charakterze strony, gdy powinna być ona przesłuchana w charakterze świadka i odwrotnie, jak podkreśla się w literaturze, stanowi uchybienie procesowe. Przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron dopuszczalne jest wyjątkowo, gdy w świetle oceny sądu, opartej na całokształcie okoliczności sprawy, brak jest w ogóle innych środków dowodowych albo, gdy istniejące okazały się niewystarczające do wyjaśnienia okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie należy dopuszczać dowodu z przesłuchania stron, jeżeli sąd za pomocą innych środków dowodowych wyrobi sobie przekonanie co do stanu faktycznego i zgłoszonych przez strony żądań. Sąd nie tylko nie ma obowiązku uwzględnienia wniosku dowodowego, ale ewentualne przeprowadzenie dowodu w takiej sytuacji miałyby charakter uchybienia procesowego. Stanowisko to potwierdza orzecznictwo (orzeczenie SN z dnia 17 listopada 1946 r., C III 719/45, OSN 1948, nr 2, poz. 34, wyrok SA w Katowicach z 20 kwietnia 2016 r., V ACa 701/15, wyrok SA w Gdańsku z 10 marca 2016 r., V ACa 762/15).

Prezentowane poglądy zostały sformułowane na gruncie przepisu art. 299 k.p.c. i choć przepis ten nie ma zastosowania do postępowania odwoławczego, to jednak wobec braku odpowiedniej regulacji, a jednocześnie mając na względzie tożsamość źródeł dowodowych, wydaje się, że poglądy te zachowują aktualność i są adekwatne na gruncie niniejszej sprawy.

III.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 1 ppkt 2 lit. c SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej. *„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że; w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należycie zrealizował 2 usługi utrzymania czystości terenów zewnętrznych (w szczególności: terenów zielonych, dróg i chodników, powierzchni utwardzonych) na łączną kwotę brutto min.: (...) 900 000,00 zł dla zadania nr 8. W przypadku usług wykonywanych (tj. rozpoczętych, a nie zakończonych) na poczet wymaganej wiedzy i doświadczenia będzie zaliczona wyłącznie jej zrealizowana część. Tylko wartość tej części może być przez Wykonawcę wskazywana na poczet wymaganej, dla celów wykazania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, łącznej wartości usługi.”*

Zamawiający wskazał ponadto, że *„na wezwanie Zamawiającego Wykonawca złoży w terminie nie krótszym niż 10 dni dokumenty aktualne na dzień złożenia, potwierdzające okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj.: 1) wykaz usług (potwierdzający spełnienie warunku, o którym mowa w rozdziale V ust. 2 lit. c), wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi 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 mogą być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – o treści załącznika nr 5 do SIWZ;”*

Zamawiający działając na podstawie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego *„do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj.: 1) wykazu usług (potwierdzający spełnienie warunku, o którym mowa w rozdziale V ust. 2 lit. c), wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są*

referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – o treści załącznika nr 5 do SIWZ;”

W odpowiedzi (pismo z dnia 14 grudnia 2016 r.) Przystępujący przedłożył Wykaz wykonanych usług, w którym wskazał następujące usługi referencyjne:

- 1) Kompleksowe utrzymanie czystości wykonane na rzecz 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zgierzu zrealizowane w okresie 01.07.2013 r. – 30.11.2015 r.; wartość usługi 681.598,41 zł, w tym utrzymanie terenów zewnętrznych na kwotę 579.830,71 zł;
- 2) Kompleksowe utrzymanie czystości wykonane na rzecz 35 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Krakowie zrealizowane w okresie 30.04.2013 r. – 31.12.2014 r.; wartość usługi 366.428,72 zł, w tym utrzymanie terenów zewnętrznych na kwotę 290.681,14 zł;
- 3) Kompleksowe utrzymanie czystości zrealizowane na rzecz 4 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Gliwicach zrealizowane w okresie 01.01.2015 r. – 31.12.2015 r.; wartość usługi 1.805.583,10 zł, w tym utrzymanie terenów zewnętrznych na kwotę 528.395,60 zł;

Wraz z przedmiotowym Wykazem Odwołujący przedłożył referencje sporządzone w dniu 17 listopada 2015 r. przez 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierzu, w których podano: *„31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierzu zaświadcza, iż korzysta z usług Firmy Print-Line J.a S., w zakresie usług kompleksowego utrzymania czystości powierzchni kubaturowych i terenów zewnętrznych na podstawie umowy nr 154/WOG/2013 z dnia 01.07.2013 r., zawartej na okres od dnia 01.07.2013 r. do 30.11.2015 r.”*

Izba oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez Odwołującego w przedmiocie przeprowadzenia dowodu z dokumentu w postaci wyciągu z oferty złożonej przez Przystępującego w postępowaniu, w ramach którego zrealizował referencyjną usługę z poz. 1 Wykazu usług oraz Załącznika nr 2 do umowy zawartej w przedmiotowym postępowaniu.

Powodem oddalenia wniosku dowodowego jest okoliczność, że Odwołujący za pomocą przedmiotowego dowodu zamierzał wykazać okoliczności, które nie były objęte zarzutem zawartym w odwołaniu (wartość referencyjnej usługi), a zatem nie mogą być przedmiotem rozpoznania przez Izbę (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Przeprowadzenie dowodu

co do okoliczności, co do których Izba nie może podjąć rozstrzygnięcia byłoby bezprzedmiotowe.

Dalej, dostrzec należy, że przeprowadzenie rzeczonych dowodów jest niemożliwe z przyczyn formalnych. Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 3 ustawy Pzp dowodem w sprawie mogą być w szczególności dokumenty. O dokumentach, jako środkach dowodowych, mowa również na gruncie przepisów k.p.c., stąd też w celu wyjaśnienia, w jaki sposób należy rozumieć dokument i, w jakiej formie należy go składać, aby można było mówić o dokumencie, wypada odwołać się do orzecznictwa Sądu Najwyższego, gdzie wskazuje się, iż przez „dokument” rozumie się jego oryginał, a wyjątki, kiedy oryginał może być zastąpiony przez odpis (kserokopię), określa ustawa. Niepoświadczona podpisem strony kserokopia nie jest dokumentem. Mieści się ona w stosowanym w Kodeksie pojęciu odpisu (jako odwzorowanie oryginału), jednak poświadczenie jej zgodności z takim oryginałem mieści w sobie jednocześnie oświadczenie strony o istnieniu dokumentu o treści i formie odwzorowanej kserokopią. Zwykła odbitka ksero (to jest odbitka niepotwierdzona, niestanowiąca dokumentu) nie może zastąpić dokumentu, na którego bazie powstała (R. Schmidt: *Dokument prywatny mający moc dokumentu urzędowego jako podstawa wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym*, cz. I, Monitor Prawniczy z 2010 r. nr 8, s. 441 i n. oraz uzasadnienie uchwały SN z dnia 29 marca 1994 r., sygn. akt: III CZP 37/94, OSNCP 1994, nr 11, poz. 206).

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że przedłożone przez Odwołującego kserokopie powołanych wyżej dokumentów, niepoświadczone przez fachowego pełnomocnika, który reprezentował Odwołującego, nie mogą być traktowane jako dokumenty.

IV.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z umów dotyczących realizacji przez Przystępującego referencyjnego zadania z poz. 3 Wykazu usług mając na względzie aspekt formalny, a mianowicie, że w odniesieniu do przedmiotowych źródeł nie może być mowy o dokumencie. Zachowuje aktualność uzasadnienie Izby w tym przedmiocie przedstawione wyżej.

Nadto, dowody te zmierzają do ustalenia okoliczności, które ze względu na ograniczenia wynikające z przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie mogą być przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zatem przeprowadzenie wnioskowanych dowodów byłoby bezprzedmiotowe. Dostrzec bowiem należy, że Odwołujący zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp oparł na twierdzeniu, iż złożył on nieprawdziwe informacje na temat referencyjnych usług wymienionych w poz. 1 i 2 Wykazu usług (31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierzu, 35

Wojskowy Oddział Gospodarczy w Krakowie), nie zgłosił zaś zarzutu złożenia takowych informacji odnośnie usługi z poz. 3 Wykazu, realizowanej na rzecz Zamawiającego.

Za absolutnie nieprzekonujące należy zaś uznać twierdzenia Odwołującego, że jedynie przez omyłkę w treści odwołania nie wskazano 4 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Gliwicach w kontekście złożenia nieprawdziwych informacji przez Przystępującego. Dostrzec bowiem należy, że Odwołujący w treści odwołania konsekwentnie (w wielu miejscach) zarzut nieprawdziwych informacji formułował w odniesieniu do usługi realizowanej na rzecz 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zgierzu oraz 35 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Krakowie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie jedynie w części.

I.

Odwołujący domaga się wykluczenia Przystępującego z postępowania z powodu niespełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu z uwagi na brak niezbędnych zezwoleń do wykonania przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, przedmiotowy zarzut, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że zamawiający uprawniony jest do sformułowania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1a ustawy Pzp). Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć w szczególności kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów (art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp). Zamawiający jednocześnie w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert wskazuje oświadczenia lub dokumenty, które stanowią potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zaś z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

Analiza powołanych wyżej przepisów skłania do konstatacji, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych przez zamawiającego. Zatem, ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane.

Spełniać bowiem można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany. W przypadku zaś niesformułowania warunku udziału w postępowaniu niemożliwa jest ocena jego spełniania, a w konsekwencji stwierdzenie, że wykonawcę należy wykluczyć z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału w nim.

W ocenie Izby, czego Odwołujący nie dostrzegł, z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Zamawiający formułując w rozdziale V SIWZ warunki udziału w postępowaniu nie określił warunku w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. Konsekwentnie, nie wskazał również wśród dokumentów wymienionych w rozdziale VI SIWZ, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu tych, które wiązałyby się z uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności. Oznacza to, że Zamawiający zrezygnował ze sformułowania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie, a zatem ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu w tym przedmiocie przez Przystępującego jest niedopuszczalna i niemożliwa.

Z tych przyczyn, na obecnym etapie postępowania, Odwołujący nie ma możliwości domagania się oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie zezwoleń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, skoro Zamawiający w tym zakresie nie sformułował żadnych wymogów. Zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak i SIWZ w przedmiotowym zakresie są wiążące i z tych przyczyn ocena wykonawcy może następować wyłącznie w oparciu o okoliczności tam wskazane. Jeśli Odwołujący uważał, że Zamawiający winien na etapie oceny ofert weryfikować rzeczne uprawnienia, to mógł skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej i wnieść odwołanie (art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Skoro zaś tego nie uczynił, jego żądanie oceny uprawnień Przystępującego jest absolutnie nieuzasadnione.

W powoływanym przez Odwołującego wyroku Izby z dnia 1 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1291/15 Izba potwierdziła, że zamawiający nie ma prawa oceniać ofert w oparciu o dokumenty, których nie podał w ogłoszeniu o zamówieniu i skład orzekający w tej sprawie z poglądem tym się całkowicie zgadza. W tamtej jednakowoż sprawie Izba rozważała, czy zachodzą podstawy do unieważnienia przez zamawiającego postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, którego to wątku Izba nie bada w tym postępowaniu, zatem poglądy Izby wyrażone na kanwie tamtej sprawy, a dotyczące unieważnienia postępowania, nie mogą służyć obronie stanowiska Odwołującego prezentowanego w tym postępowaniu.

Wart podkreślenia jest również fakt, że Zamawiający wyjaśniając treść SIWZ (odpowieź na pytanie nr 27 z dnia 14 listopada 2016 r.) nie potwierdził, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że wraz z ofertą należy przedłożyć jakiegokolwiek zezwolenia, czy też

zaświadczenia. Wręcz przeciwnie, Zamawiający potwierdził, że usługi będące przedmiotem zamówienia należy świadczyć zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, ale nie poszerzył katalogu dokumentów, które należy złożyć wraz z ofertą, odwołując się do oświadczeń i dokumentów wymienionych w rozdziale VI SIWZ, wśród których, o czym była mowa wyżej, nie wskazano spornych dokumentów.

Powyższe potwierdza, że Zamawiający ze świadomością i stanowczością zaniechał sformułowania warunku udziału w postępowaniu w spornym zakresie i uwaga jednego z wykonawców nie wpłynęła na stanowisko Zamawiającego.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że gdyby dopuścić do oceny, jakiej domaga się Odwołujący, oznaczałoby to konieczność konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy prawa na etapie postępowania odwoławczego, co stoi w sprzeczności po pierwsze, z uprawnieniem Zamawiającego do formułowania warunków udziału w postępowaniu, po drugie, z obowiązkiem wyartykułowania rzeczonych warunków w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, po trzecie, z możliwością oceny spełniania przedmiotowych warunków jedynie w okolicznościach ich sformułowania i w konsekwencji, co prowadziłyby do naruszenia przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 1b ustawy Pzp. Stąd też czynności Odwołującego nie zasługują na ochronę.

Dodać również należy, że Odwołujący domaga się oceny spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów, które nie były wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ i których wykonawca nie ma obowiązku przedłożenia, nie widząc przeszkód do oceny w oparciu o dokumenty, które Odwołujący sam wskazuje. Zabieg ten nie może spotkać się aprobatą, bowiem gdyby to przyjąć, doszłoby do naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który uprawnienie dla określenia katalogu tych dokumentów przypisuje zamawiającemu, wiążąc ocenę spełniania rzeczonych warunków z tymi właśnie określonymi przez zamawiającego, a nie przez wykonawcę, dokumentami.

Wreszcie, powyższe należy uznać za niedopuszczalne mając na uwadze przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem wykonawcy muszą mieć wiedzę w oparciu, o jakie okoliczności i dokumenty oferta będzie oceniana i informacja ta musi pochodzić od zamawiającego, który ją upublicznia na określonym etapie postępowania. Zatem, nie ma możliwości, aby to inny wykonawca na etapie postępowania odwoławczego formułował katalog dokumentów w oparciu, o który należy przeprowadzić ocenę innego wykonawcy.

Z tych przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 (winno być pkt 2, a nie jak błędnie wskazał odwołujący pkt 1) ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Jedynie na marginesie wskazać należy, że przedmiotem niniejszego zamówienia nie jest odbiór odpadów komunalnych, a świadczenie usług utrzymania czystości powierzchni

zewnętrznych, utrzymania terenów zielonych oraz odśnieżanie dróg, chodników, powierzchni utwardzonych i połaci dachowych (rozdział III SIWZ – zadanie nr 8). Powyższe powoduje, że nie sposób w tych okolicznościach wymagać od wykonawcy, jak chciałby tego Odwołujący, wpisu do rejestru działalności regulowanej, bowiem realizacja przedmiotu zamówienia nie wymaga prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (art. 9b oraz 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach).

Należy zwrócić uwagę, że wykonawca jest zobowiązany do usuwania liści oraz suchych gałęzi, konarów z chodników, dróg i placów utwardzonych i jedynie zagospodarowanie tego odpadu leży po stronie wykonawcy, natomiast wszystkie inne nieczystości (odpady), które pojawiają się w związku ze świadczeniem usługi utrzymania czystości, wykonawca jest zobowiązany usuwać do pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych (załącznik nr 2 do SIWZ, rozdział III). Jednocześnie dostrzec należy, że podmiot świadczący usługi sprzątnięcia jest wytwórcą odpadów w rozumieniu przepisu art. 3 pkt 32 ustawy o odpadach, który może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami podmiotom, spełniającym wymagania określone w art. 27 ust. 2 ustawy o odpadach. Oznacza to, że podmiot ten nie musi gospodarować wytworzonymi przez siebie odpadami i tym samym nie ma obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów lub ich przetwarzanie.

Okoliczności niniejszej sprawy wskazują, że Przystępujący zamierza wykonać jedynie transport odpadów zielonych do miejsca przeznaczenia odpadów. Zdaniem Odwołującego, Przystępujący nie posiada w tym przedmiocie zezwolenia, bowiem pozwolenie na transport odpadów na terenie kraju zostało cofnięte. Tymczasem Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował decyzji nr ŚR/394/2012 Prezydenta Miasta Gliwice z dnia 13 czerwca 2012 r. w sprawie udzielenia Przystępującemu zezwolenia na transport odpadów na terenie RP.

Twierdzenia Odwołującego o konieczności posiadania przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów i ich przetwarzanie, a w konsekwencji obowiązek zawarcia przez Zamawiającego umowy z wykonawcą legitymującym się rzeczonymi zezwoleniami są całkowicie nieuprawnione biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia i definicje zbierania i przetwarzania odpadów, zawarte w art. 3 odpowiednio pkt 34 i 21 ustawy o odpadach. Analiza czynności składających się na przedmiot zamówienia pozwala na stwierdzenie, że nie mamy do czynienia ze zbieraniem i przetwarzaniem odpadów w rozumieniu powołanych przepisów.

Twierdzenia Odwołującego jakoby Przystępujący zamierzał zlecić transport odpadów innemu podmiotowi nie znajdują oparcia w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy. Jednocześnie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 4 stycznia 2016 r., sygn. akt: KIO 2752/15, iż udział innych podmiotów w dalszym przebiegu zagospodarowania

odpadów nie oznacza, że podmioty te mają przymiot podwykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 9b ustawy Pzp.

II.

Do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

- 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3 ustawy Pzp (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp).

Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu (art. 25a ust. 2 ustawy Pzp).

Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, 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 (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp). Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć m.in. sytuacji ekonomicznej lub finansowej (art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy Pzp). Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (art. 26 ust. 1 ustawy Pzp).

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać w szczególności dokumentów potwierdzających, że wykonawca

jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego (§ 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia 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).

Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

Analiza powyższych przepisów skłania do wniosku, że JEDZ stanowi wyłącznie wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jeśli zaś wykonawca nie złożyłby, wbrew obowiązkowi JEDZ albo też zawierałby on braki (oświadczenia w nim zawarte byłby niekompletne), to mocą przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu.

Natomiast ostatecznie ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu następuje w oparciu o dokumenty, których żądał zamawiający, a o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że nie ma racji Odwołujący, który domaga się wykluczenia z postępowania Przystępującego w oparciu o treść JEDZ, złożonego wraz z ofertą i uznania, że skoro Wykonawca nie potwierdził tam ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego oznacza to, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Po pierwsze, zauważyć należy, że JEDZ stanowi jedynie wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, niezłożenie oświadczenia w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zawartego w JEDZ, nie powoduje, że uzasadnione jest przyjęcie, iż wykonawca tego warunku nie spełnia. Wolą ustawodawcy, zamawiający z mocy przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia, uzupełnienia czy też poprawienia rzeczoności dokumentu i dokonania oceny w oparciu o przedłożony dokument.

W niniejszej sprawie w istocie w JEDZ pierwotnie złożonym (wraz z ofertą) Przystępujący nie zawarł żadnej informacji na temat ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego, niemniej jednak Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu poprzez wypełnienie brakujących informacji, co też Przystępujący uczynił.

Kwestionowanie przez Odwołującego uprawnienia Zamawiającego do wezwania Przystępującego do uzupełnienia JEDZ nie znajduje uzasadnienia, bowiem wprost taki obowiązek kreuje dla zamawiającego przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Skoro zaś czynność

ta znajduje zakotwiczenia w przepisach prawa i Przystępujący uzupełnił rzeczne informacje, to obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o uzupełniony dokument.

Opatrzanie uzupełnionego JEDZ datą po terminie składnia ofert nie oznacza jeszcze, że oświadczenie o ubezpieczeniu z tytułu ryzyka zawodowego jest nieaktualne. Należy raczej przyjąć, że jest to data sporządzenia uzupełnionego dokumentu i skonfrontować powyższe z dokumentem, który służy potwierdzeniu spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej (polisa), bowiem to właśnie ten dokument stanowi podstawę do dokonania ostatecznej oceny w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Zamawiający w tych okolicznościach nie miał podstaw do wzywania Przystępującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Skoro Zamawiający dysponował oświadczeniem Przystępującego o posiadaniu ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego, to mocą właśnie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, miał obowiązek wezwać Przystępującego do przedłożenia dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, że polisa ubezpieczeniowa, przedłożona przez Przystępującego, nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący stoi bowiem na stanowisku, iż zakres ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej winien być tożsamy z przedmiotem zamówienia.

Powyższe stanowisko jest błędne, gdyż rzeczony wymóg nie wynika z treści SIWZ i nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Zwrócić należy uwagę, że § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi podstawę sformułowanego przez Zamawiającego żądania w SIWZ w tym przedmiocie, które referuje, zgodnie z powołaną regulacją rozporządzenia, do działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zatem, okoliczność, że przedłożona przez Przystępującego polisa ubezpieczeniowa, jak wynika z jej treści, nie obejmuje zakresem ubezpieczenia całego przedmiotu zamówienia, w świetle powołanych okoliczności, nie świadczy o jej wadliwości.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że głównym celem, jaki przyświeca żądaniu załączania przez wykonawców do oferty przedmiotowego dokumentu, jest potwierdzenie określonej sytuacji ekonomicznej i finansowej danego wykonawcy na dzień składania ofert.

Jest to uprawnione zawężenie kręgu wykonawców mogących skutecznie ubiegać się o zamówienia publiczne.

Zgodnie z kierunkami wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, głównym celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się udzielenie zamówienia, jest ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej zgodnie z postawionym warunkiem. Co istotne, polisa nie służy w tym przypadku do potwierdzenia ubezpieczenia przedmiotu zamówienia.

Potwierdziła ten wniosek Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 września 2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 161/09, stwierdzając: *„Ratio legis wprowadzenia jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia oc w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonalisty dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Natomiast polisa oc w ramach wykazania spełniania warunku nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia. Nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia. Takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy.(...)”*.

Podkreślić należy, że na etapie składania ofert, czyli w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, przedłożenie spornego dokumentu ma na celu wykazanie się statusem ekonomicznym wykonawcy, nie zaś ochroną ubezpieczeniową przyszłej, ewentualnej umowy. Zamawiający sprawdza na tym etapie wiarygodność ekonomiczną wykonawców, nie zaś zabezpiecza realizację przyszłej umowy oraz przedmiotu zamówienia.

Zatem, na tym tle twierdzenia Odwołującego, że pozytywne zweryfikowanie przez Zamawiającego polisy przedłożonej przez Przystępującego oznaczać będzie, iż brak ubezpieczenia pełnego przedmiotu zamówienia, pokazują, że Odwołujący nie rozumie roli polisy ubezpieczeniowej w kontekście spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Reasumując stwierdzić należy, że zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać za chybiony. Po pierwsze bowiem, wobec możliwości uzupełnienia JEDZ, na wezwanie Zamawiającego, brak podstaw do twierdzenia, że wstępna ocena spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu mogła nastąpić jedynie w oparciu o dokument złożony pierwotnie. Po drugie, zdaniem Izby, przesądzające znaczenie dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ma dokument czy też oświadczenie składane w celu jego potwierdzenia jego spełniania. Skoro

zaś polisa ubezpieczeniowa potwierdza, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, to nie ma podstaw do przyjęcia, że Przystępujący warunkowi udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej nie spełnia.

Podniesiony w tym kontekście przez Odwołującego zarzut naruszenia przepisu art. 91 w zw. z art. 25 ustawy Pzp również należy uznać za nieuzasadniony, bowiem po pierwsze, nie znalazło potwierdzenia stanowisko Odwołującego, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego ubezpieczenia z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej. Po drugie, zarzut ten mógłby się ostać, gdyby Zamawiający dokonał oceny warunków udziału w postępowaniu w oparciu o dokumenty, których nie wymienił w ogłoszeniu i SIWZ, a takiej okoliczności Odwołujący nie podniósł.

Dalej podkreślić należy, że warunkowi posiadania odpowiednich uprawnień do wykonywania danej działalności nie należy utożsamiać z zakresem działalności uwidocznionym w dokumentach rejestrowych podmiotu (zaświadczenia o wpisie w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, odpisie z rejestru przedsiębiorców KRS). Dla potrzeb rejestracji używa się określenia działalności przez wskazanie klasy Polskiej Klasyfikacji Działalności, która służy głównie do celów statystycznych i nie stanowi podstawy do stwierdzenia, czy wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania danej działalności, czy też nie. Trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt: XIX Ga 3/07, że: *„Brak oznaczenia w ewidencji działalności gospodarczej lub rejestrze przedmiotu działalności, którego dotyczy zamówienie publiczne, nie stoi na przeszkodzie wzięciu udziału w przetargu i udzieleniu zamówienia. Oznaczenie przedmiotu działalności, zgodne z przedmiotem zamówienia nie jest ustawowym warunkiem uczestnictwa w przetargu ani prowadzenia działalności gospodarczej w danej dziedzinie, a ma jedynie charakter informacyjno-statystyczny.”*

Izba zauważa, iż przepis art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1829 ze zm.), który stanowi, iż działalność gospodarczą można podjąć po uzyskaniu wpisu do odpowiedniego rejestru przesądza o możliwości prowadzenia określonej działalności. Wskazany przepis określa jedynie obowiązki przedsiębiorcy w zakresie uzyskania wpisu w rejestrze lub ewidencji. Wpis ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia możliwości podjęcia działalności gospodarczej. Komentowany przepis wskazuje, że przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do CEIDG albo po uzyskaniu wpisu do rejestru

przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym. Należy zatem zauważyć, że obowiązkiem przedsiębiorcy jest uzyskanie wpisu w KRS lub CEIDG. Wskazany obowiązek stanowi w istocie legalizację działalności gospodarczej. Komentowany przepis bowiem wyraźnie określa, iż przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą po uzyskaniu wpisu we właściwym rejestrze. Jakkolwiek obowiązkiem przedsiębiorcy jest wskazanie we wniosku o wpis przedmiotu wykonywanej działalności gospodarczej (art. 25 ust. 1 pkt 8 powoływanej ustawy) to obowiązkowi tego nie należy utożsamiać z uprawnieniem do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, o tym bowiem przesadzają przepisy szczególne.

III.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że Przystępujący nie legitymuje się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem.

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: (...) 2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 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 wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (§ 2 ust. 4 pkt 2 powołanego rozporządzenia).

Analiza przedmiotowej regulacji pozwala na konstatację, że potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej może nastąpić w oparciu o wykaz usług wykonanych, a wykonywanych tylko, jeśli dotyczy to świadczeń okresowych lub ciągłych. Konsekwentnie potwierdzić należyte wykonanie zamówienia można dokumentem stwierdzającym należyte wykonanie usług, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – dokument ten może potwierdzać należyte wykonywanie usług i winien być wydany nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Reasumując, należyte

wykonanie usługi zrealizowanej może być potwierdzone jedynie dokumentem stwierdzającym jej wykonanie w całości, zaś w części może być potwierdzone należyte wykonanie zamówienia, jeżeli usługa jest realizowana i dotyczy świadczeń ciągłych lub okresowych.

Zamawiający formułując katalog dokumentów, które należy złożyć w celu potwierdzenia spełniania spornego warunku w istocie przytoczył powołaną regulację, co więcej zawarł jej treść w wezwaniu do przedłożenia wykazu usług i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie lub wykonywanie zamówienia. Wytycznych tych jednakże Zamawiający nie wdrożył na etapie oceny ofert.

Zamawiający pozytywnie zweryfikował usługę z poz. 1 Wykazu usług, choć Przystępujący nie wykazał jej należytego wykonania. Nie można pominąć, że przedmiotowa usługa została wykonana z dniem 30 listopada 2015 r., ale fakt jej należytej realizacji nie został potwierdzony w przedłożonej referencji. Należy zauważyć, jak trafnie wskazał Odwołujący, że sporną referencją Przystępujący mógł się posługiwać nawet nie do dnia 17 lutego 2016 r., ale jedynie w trakcie wykonywania zamówienia. W sytuacji, w której zamówienie zostało zrealizowane, niezbędne jest należyte potwierdzenie jego wykonania a nie wykonywania.

Z tych powodów Izba uznała, że choć brak podstaw do stwierdzenia, że sporna usługa nie została zrealizowana na warunkach wskazanych w treści Wykazu usług, to z całą pewnością nie można przyjąć, że została zrealizowana należyście, a to z kolei powoduje, że spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu nie zostało przez Przystępującego wykazane.

Odmienna jest jednak niż wskazywał to Odwołujący, ocena Izby, co do konsekwencji takiego stanu rzeczy. Otóż, zdaniem Izby, Zamawiający nie ma podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, natomiast zobowiązany jest, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do wezwania Przystępującego albo do uzupełnienia referencji potwierdzającej należyte wykonanie usługi z poz. 1 Wykazu usług albo do poprawienia Wykazu usług i zastąpienia usługi z poz. 1 rzeczonoego Wykazu inną i przedłożenia dokumentu, potwierdzającego należyte jej wykonanie lub wykonywanie (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych).

Za absolutnie nieuzasadnione należy uznać stanowisko Zamawiającego, który dokonał proporcjonalnego podziału tej usługi, mając na względzie okres, w którym ówczesny Zamawiający potwierdził jej należyte wykonanie i ten, co do którego takiego potwierdzenia nie ma, przyjmując do oceny część usługi, której należyte wykonanie Zamawiający potwierdził. Powoływanie się w tym względzie przez Zamawiającego na sprawiedliwe rozwiązanie nie może być przyjęte, bowiem nie znajduje oparcia w przepisach prawa, o czym była mowa wyżej.

Izba zgodnie z normą zawartą w przepisie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie objęła rozpoznaniem zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z tych powodów, a także z przyczyn formalnych, o czym była mowa wyżej, Izba oddaliła wnioszek dowodowy zmierzający do ustalenia okoliczności, które nie zostały wyartykułowane w treści odwołania. Dostrzec należy, że Odwołujący w odwołaniu kwestionował doświadczenie Wykonawcy z poz. 1 Wykazu usług, ale jedynie pod kątem należytego wykonania usługi. Natomiast dopiero na rozprawie Odwołujący podniósł zarzut wykonania przedmiotowej usługi w mniejszym zakresie, a także podjął temat związany z realizacją usługi z poz. 3 Wykazu usług, a mianowicie, że nie mamy do czynienia z jedną usługą a wieloma, ale z przyczyn, o których była mowa wyżej, aspekt ten nie mógł być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

IV.

Zdaniem Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie poddaje się ocenie. Odwołujący podniósł, że w odniesieniu do usług realizowanych przez Przystępującego na rzecz 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zgierzu i 35 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Krakowie, a wskazanych w Wykazie usług, Wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje. Stwierdzenie przedmiotowej okoliczności musi nastąpić przez przyzmat okoliczności faktycznych, wyartykułowanych w odwołaniu (art. 180 ust. 3 w z w. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp) i wymaga ich udowodnienia. Odwołujący zaś zaniechał nawet wskazania w oparciu, o jakie fakty kreuje twierdzenie o złożeniu przez Przystępującego nieprawdziwych informacji. Zatem, wobec braku substratu do oceny zarzut podlegał oddaleniu.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Zamawiający „*we własnym zakresie powinien zweryfikować te informacje*”. W ocenie Izby, gołosłowne twierdzenia Odwołującego o złożeniu nieprawdziwych informacji przez Przystępującego z pewnością nie stanowią podstawy do podjęcia działań przez Zamawiającego. Odwołujący wskazując na potrzebę weryfikacji nieprawdziwych informacji w istocie w żaden sposób nawet nie określa ich zakresu (przedmiotu), a zatem Zamawiający nie powziął nawet wiedzy, jakie informacje należałoby poddać kontroli. Nadto, zauważyć należy, że ciężar dowodzenia spoczywa na Odwołującym i nie ma żadnego uzasadnienia, aby przerzucać go na Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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 rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....