

Sygn. akt KIO 1228/15

WYROK
z dnia 23 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 czerwca 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **8 czerwca 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o.** z siedzibą w **Tarnowskich Górach, ul. Nakielska 1-3, 42-60 Tarnowskie Góry** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Opole, Rynek Ratusz, 45-015 Opole,**

przy udziale wykonawcy „**Park Leśny**” **Zakład Usługowy W. G., ul. Ustroń 3, 44-114 Gliwice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach, ul. Nakielska 1-3, 42-60 Tarnowskie Góry**

i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach, ul. Nakielska 1-3, 42-60 Tarnowskie Góry**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Opole, Urząd Miasta Opola, Wydział Inwestycji Miejskich Plac Wolności 7-8; 45-018 Opole wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Utrzymanie terenów zieleni miejskiej«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **21.02.2015 r.** pod nrem **2015/S 037-063662**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **28.05.2015 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **W. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Park Leśny” ul. Ustroń 3, 44-114 Gliwice.**

Wykonawca Remondis Tarnowskie Góry sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach, ul. Nakielska 3; 42-600 Tarnowskie Góry, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **08.06.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie w zakresie **zadania nr 3** zamówienia pn. »Utrzymanie terenów zieleni miejskiej«.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp** przez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i uzupełnionych dokumentów i zaniechanie wykluczenia wykonawcy W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **„Park Leśny”** Zakład Usługowy W. G. (dalej jako: WG) z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wykazał realności dysponowania udostępnionym potencjałem, co oznacza, że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie **zamawiającego**
ewentualnie
- 2) **art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp** przez zaniechanie, pomimo obowiązku wykonania czynności zgodnie z żądaniem odwołania z **30.04.2015 r.**, wezwania **wykonawcy WG** do uzupełnienia dokumentów potwierdzających

spełnianie warunków udziału w postępowaniu, mimo że wykonawca ten nie wykazał realności dysponowania zasobami udostępnianymi przez Zakład Ogrodniczy „Fleur” M. O., co w konsekwencji powinno prowadzić do wniosku, że **wykonawca WG** nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

- 3) **art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp** przez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i uzupełnionych dokumentów i zaniechanie wykluczenia **wykonawcy WG** z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w odpowiedzi na wezwanie **zamawiającego**

ewentualnie:

- 4) **art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp** przez zaniechanie, pomimo obowiązku wykonania czynności zgodnie z żądaniem odwołania z **30.04.2015 r.**, wezwania **wykonawcy WG** do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, mimo że załączona do oferty polisa nie potwierdza ubezpieczenia tego wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, co powinno prowadzić do wniosku, że **wykonawca WG** nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu;
- 5) **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie **zamawiającemu** dokonania następujących czynności w **Zadaniu 3**:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty **wykonawcy WG**;
- 3) wykluczenia **wykonawcy WG** z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 4) ewentualnie – zgodnie z żądaniem odwołania z **30.04.2015 r.** – nakazanie wezwania **wykonawcy WG** do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz, w przypadku ich nieuzupełnienia lub wadliwego uzupełnienia – wykluczenie **wykonawcy WG** z postępowania;
- 5) dokonania wyboru oferty **wykonawcy Remondis** jako najkorzystniejszej.

Uzasadnienie

I.

Zamawiający dokonał pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w **Zadaniu 3 22.04.2015 r.** Wobec tej czynności, **wykonawca Remondis 30.04.2015 r.** wniósł odwołanie kwestionujące prawidłowość czynności zamawiającego polegających na badaniu, ocenie i wyborze oferty **WG. 08.05.2015 r. zamawiający** uwzględnił w całości zarzuty odwołania, zaś wobec braku wniesienia sprzeciwu przez wykonawców przystępujących do odwołania po stronie **zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza** postanowieniem z dnia **14 maja 2015 r.** w sprawie **KIO 903/15** umorzyła postępowanie odwoławcze. W związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania, **zamawiający** na podstawie **art. 186 ust. 2 Pzp** zobowiązany był do dokonania czynności zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania z **30.04.2015 r. Zamawiający** skierował do **wykonawcy WG** wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień, zaś **wykonawca ten 25.05.2015 r.** udzielił wyjaśnień i dokonał uzupełnienia dokumentów. W ocenie **odwołującego, zamawiający** dokonał nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień i dokumentów, jak również – skierowane do **wykonawcy WG** wezwanie nie jest prawidłowe i nie odpowiada w pełni żądaniom odwołania z **30.04.2015 r.**

II. Zarzuty dotyczące niewykazania przez wykonawcę WG spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej

1. W zakresie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę minimum **100 000,00 zł** na jedno i wszystkie zdarzenia, **wykonawca WG** nie wykazał w ofercie spełniania przedmiotowego warunku, jak również – jego spełniania nie potwierdza odpowiedź udzielona na wezwanie **zamawiającego** z **19.05.2015 r.**

2. **Zamawiający** skierował wobec **wykonawcy WG** wezwanie do udzielenia wyjaśnień złożonego dokumentu polisy w trybie **art. 26 ust. 4 Pzp.**

Czynność **zamawiającego** nie odpowiada żądaniu uwzględnionego odwołania z **30.04.2015 r.**

Odwołujący żądał wezwania **wykonawcy WG** do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia OC od prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z **§ 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231)**, spełnianie tego warunku potwierdza się za pomocą dokumentu

opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

3. Oznacza to, że wymagany element warunku, tj. ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, powinien zostać wykazany w dokumencie złożonym wraz ofertą. Nie jest możliwe jego zastąpienie przez wyjaśnienia wykonawcy potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, zatem nawet udzielone w tym zakresie wyjaśnienia i oświadczenia **wykonawcy WG** nie są wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

4. Niezależnie od powyższego, **wykonawca WG** dokonał uzupełnienia dokumentów, które jednakże w żaden sposób nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu. Nie wykazują tego również wyjaśnienia udzielone w piśmie z **22.05.2015 r.**

Odwołujący podkreśla, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, spoczywa ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu tak, aby nie pozostawały w tym zakresie żadne wątpliwości.

5. Poza deklaracją, że *żaden z limitów nie obniża odpowiedzialności ubezpieczenia OC*, **wykonawca WG** nie udzielił żadnych wyjaśnień w tym zakresie, jak również nie wykazał, że jego twierdzenie znajduje potwierdzenie w warunkach ubezpieczenia. Taka odpowiedź na wyraźnie zawarte w wezwaniu pytanie **zamawiającego** i, zważywszy na określony minimalny wymagany poziom sumy gwarancyjnej, nie jest wystarczająca dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

6. Wykonawca WG ponownie załączył ten sam dokument polisy, który w sposób niebudzący wątpliwości nie określa, jaka działalność objęta jest ubezpieczeniem OC. Wyjaśnienia nie wskazują, w jaki sposób z treści dokumentu polisy E-I/P 052708 wystawionej przez InterRisk S.A. można wywnioskować, że działalność **wykonawcy** związana z przedmiotem zamówienia jest objęta ochroną ubezpieczeniową na podstawie przedstawionej polisy, szczególnie, że treść wyjaśnień błędnie odnosi się do innego numeru polisy.

7. Załączony dokument zawierający cytowane w treści wyjaśnień postanowienie OWU również w żaden sposób nie uzupełnia brakującego elementu wymaganego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Załączony do wyjaśnień dokument stanowi wyciąg z niezidentyfikowanej umowy lub OWU i w żaden sposób nie

wykazano jego związku z polisą przedstawioną przez **wykonawcę WG** – nie wiadomo *de facto* do czego i kogo przedmiotowy dokument się odnosi.

Poza tym, postanowienie, na które powołuje się **wykonawca WG**, wskazuje jedynie, że przedmiotem ubezpieczenia jest odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone „**w związku z prowadzeniem działalności określonej w umowie ubezpieczenia**” – nie załączono natomiast przedmiotowej umowy, ani nie wykazano w inny sposób, że ta właśnie działalność stanowi działalność **wykonawcy WG** związaną z przedmiotem zamówienia.

8. Argumentacja wywodząca zakres odpowiedzialności ubezpieczyciela z numeru, czy też zaświadczeniu o nadaniu numeru REGON jest całkowicie chybiona.

a. Rodzaj działalności objętej ubezpieczeniem powinien wynikać z dokumentu polisy lub innego dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia – nie wynika to z samego podania w dokumencie numeru REGON, który służy identyfikacji podmiotu;

b. stosownie do **§ 6 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 lipca 1999 r. w sprawie sposobu i metodologii prowadzenia i aktualizacji rejestru podmiotów gospodarki narodowej**, w tym wzorów wniosków, ankiet i zaświadczeń, oraz szczegółowych warunków i trybu współdziałania służb statystyki publicznej z innymi organami prowadzącymi urzędowe rejestry i systemy informacyjne administracji publicznej (Dz. U. Nr 69 poz. 763 ze zm.): „**Numer identyfikacyjny REGON podmiotów, składa się z dziewięciu cyfr, które nie mogą mieć ukrytego lub jawnego charakteru znaczącego, określającego pewne cechy podmiotu, przy czym osiem pierwszych cyfr stanowi liczbę porządkową, a dziewiąta – cyfrę kontrolną**”. Numer REGON nie może zatem służyć identyfikacji określonej działalności, a szczególnie – same jego podanie nie potwierdza, że działalność jest objęta ochroną ubezpieczeniową. Przedsiębiorstwo realizować może różne rodzaje działalności i zmiana w tym zakresie – rozszerzenie bądź ograniczenie działalności nie powoduje zmiany numeru REGON.

c. **Wykonawca WG** obok działalności o kodzie 81.30.Z, która jest wyszczególniona w zaświadczeniu o nadaniu REGON, jako działalność przeważająca, prowadzi również inne rodzaje działalności, co wynika z informacji podanych w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (kody 02.40.Z, 47.99.Z, 49.41.Z, 71.11.Z, 71.12.Z, 72.19.Z.). Zatem, przedmiotem ubezpieczenia może być objęta inna działalność **wykonawcy WG**, niezwiązana z przedmiotem zamówienia.

9. Wbrew twierdzeniom **wykonawcy WG**, żaden z przedstawionych dokumentów ani też udzielone wyjaśnienia – ani osobno, ani też rozpatrywane łącznie, nie wykazują spełniania warunków udziału w postępowaniu w kwestionowanym zakresie. Wobec faktu, że WG dokonał uzupełnienia dokumentów wymaganych do złożenia wraz z ofertą, w świetle **art. 7**

ust. 1 Pzp, nie jest dopuszczalne powtórne uzupełnienie dokumentów, które mogłyby potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie tego samego wymagania. Tym samym, zasadne jest wykluczenie wykonawcy WG z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

III. Zarzuty dotyczące niewykazania przez WG spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

1. Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia na Zadanie 3 wykazania się, m.in.:

– Wiedzą i doświadczeniem polegającym na wykonywaniu jako główny wykonawca prac związanych z całorocznym utrzymaniem parku lub parków, polegającym na koszeniu trawników, wycince lub pielęgnacji drzew, nasadzeniach roślin, utrzymaniu czystości, zrealizowanych lub realizowanych nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy przynajmniej w jednym parku, którego powierzchnia nie może być mniejsza, niż 20 ha lub w terenach zieleni publicznej o łącznej powierzchni nie mniejszej niż 20 ha o minimalnej wartości wykonanych usług nie mniejszej niż 250.000,00 zł brutto na rok;

– Dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia o określonych przez zamawiającego kwalifikacjach i doświadczeniu;

– Dysponowaniem potencjałem technicznym w postaci określonego przez zamawiającego sprzętu.

2. W przypadku każdego z tych warunków, wykonawca WG wykazywał ich spełnienie za pomocą zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci – Zakład Ogrodniczy „Fleur” M. O. (dalej: „Fleur”). Ponieważ, załączone do oferty zobowiązanie do udostępnienia zasobów z 30.03.2015 r. nie potwierdza realności dysponowania przez wykonawcę WG zasobami podmiotu trzeciego, a tym samym, nie pozwala na uznanie, że wykonawca WG wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wykonawca WG został wezwany do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień w zakresie zasobów udostępnionych przez przedsiębiorstwo „Fleur”. Wykonawca WG udzielił wyjaśnień oraz dokonał uzupełnienia oferty, jednakże udzielona odpowiedź nie pozwala na uznanie, że wykonawca WG wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

3. Zamawiający w wezwaniu z 19.05.2015 r. wskazał, że:

a. W zobowiązaniu **przedsiębiorstwa „Fleur”** powołano się na przepis nieobowiązującego już stanu prawnego;

b. W zobowiązaniu brak wskazania osób (z imienia i nazwiska) i ilości wymaganego sprzętu;

c. Kopie referencji zostały nieprawidłowo potwierdzone za zgodność z oryginałem;

d. „wzywa **wykonawcę** do uzupełnienia nowego oryginału zobowiązania (z uwzględnieniem ww. zmiany w zakresie aktualnego przepisu Prawa) podmiotu, który oddał do dyspozycji **wykonawcy** niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie umowy, potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez podmiot udostępniający, tak aby został spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”.

4. Ponadto, **zamawiający** na podstawie **art. 26 ust. 4 Pzp**, wezwał do złożenia wyjaśnień pozwalających ustalić:

a. W jakim zakresie podmiot udzielający zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia i potencjału technicznego będzie udzielał doradztwa, konsultacji analizy, szkolenia, doradztwa technicznego i nadzoru nad wykonawcą;

b. Na jakiej zasadzie odbywać się będzie udostępnianie przez **przedsiębiorstwo „Fleur”** osób zdolnych do realizacji zamówienia, w jakim charakterze i pod czym kierownictwem będą one uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że wezwanie w powyższym zakresie nie jest zgodne z żądaniem odwołania z **30.04.2015 r.**, bo – wskazując na brak wykazania ww. okoliczności – **odwołujący** domagał się wezwania **wykonawcy WG** do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzałyby wymagane okoliczności związane z udostępnieniem zasobów.

Ponadto, wezwanie do wyjaśnień tych okoliczności nie może służyć wykazaniu dysponowania potencjałem udostępnionym przez podmiot trzeci. Zgodnie z **art. 26 ust. 2b Pzp** w zw. z **§ 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów**, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, ww. okoliczności powinny stanowić część zobowiązania, a więc oświadczenia woli, podmiotu trzeciego dokonującego udostępnienia zasobów wykonawcy.

Uzupełnienie oświadczenia woli podmiotu trzeciego nie jest możliwe przez samego **wykonawcę** w drodze wyjaśnień, gdyż w przypadku potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego, dokument potwierdzający udostępnienie zasobów – w tym przypadku – pisemne zobowiązanie, nie może zostać zastąpiony przez oświadczenie własne **wykonawcy**. Zatem, nawet gdyby

wykonawca WG prawidłowo udzielił wyjaśnień w wymaganym przez zamawiającego zakresie, w dalszym ciągu nie mogłyby one służyć skutecznemu wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

5. Niezależnie od powyższego ani uzupełnione dokumenty zobowiązań przedsiębiorstwa „Fleur”, ani złożone wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę WG warunków udziału w postępowaniu.

a. Nie wskazano, w jakim charakterze i pod którym kierownictwem udostępniane osoby będą uczestniczyć w realizacji zamówienia;

b. Nie doprecyzowano, w jakim zakresie podmiot zobowiązujący się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia i potencjału technicznego będzie udzielał doradztwa, konsultacji, analizy, szkolenia, doradztwa technicznego i nadzoru nad wykonawcą – sposób wykorzystania udostępnionych zasobów przy realizacji zamówienia został opisany w sposób ogólnikowy, niepozwalający na stwierdzenie, jak faktycznie wykonawca WG będzie wykonywał zamówienie z wykorzystaniem potencjału udostępnionego przez przedsiębiorstwo „Fleur”;

Wskazano rozbieżne deklaracje dotyczące tego, na jakiej zasadzie odbywać się będzie udostępnienie przez przedsiębiorstwo „Fleur” osób zdolnych do realizacji zamówienia – w treści uzupełnionego zobowiązania wskazano, że podstawą będzie oddelegowanie do pracy na podstawie umowy o pracę, zaś w treści pisma z 22.05.2015 r. strona 4, wskazano że: **„pracownicy oddelegowani do pracy zostaną zatrudnieni na podstawie umowy o pracę oraz umowy zlecenie na czas realizacji zamówienia publicznego”**;

d. Powyższe, czyni *de facto* nieskutecznym zobowiązanie przedsiębiorstwa „Fleur” do ponoszenia solidarnej odpowiedzialności za nieudostępnienie zasobów koniecznych do realizacji zamówienia – ogólnikowa i wieloznaczna treść zobowiązania nie umożliwia identyfikacji rzeczywistego zakresu zobowiązania i odpowiedzialności, niezależnie od faktu, że jest niewystarczająca dla wykazania realnego dysponowania zasobami wymaganymi na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

6. Treść zobowiązań przedsiębiorstwa „Fleur” w dalszym ciągu jest nieprecyzyjna i niejasna, co podważa skuteczność i realność udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, w sytuacji, gdy to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że dysponuje i będzie dysponował niezbędnymi zasobami w sposób realny i zapewniający należyte wykonanie zamówienia.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 4 listopada 2014 r. (sygn. KIO 2182/14): „Izba, odnosząc się do tego zarzutu stwierdziła, że przystępujący, wykazując się spełnieniem warunku wiedzy i doświadczenia, oparł się na potencjale podmiotu trzeciego,

jednak – zgodnie z dyspozycją **art. 26 ust. 2b Pzp** – nie udowodnił w wystarczający sposób, że wskazany potencjał, udostępniony mu przez podmiot trzeci, będzie wykorzystywany przez **wykonawcę (przystępującego)** w sposób realny przy wykonywaniu zamówienia. Zgodnie z przywołanym przepisem **ustawy Pzp**, jeżeli wykonawca w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego celem wykazania spełniania określonego warunku udziału w postępowaniu, posługuje się potencjałem podmiotu trzeciego, zobowiązany jest udowodnić **zamawiającemu**, że będzie dysponował tym zasobem, który jest niezbędny do realizacji zamówienia, a oddane przez podmiot trzeci konkretne zasoby będą wykorzystane przez wykonawcę zamówienia przy jego realizacji. Wskazany przepis **ustawy Pzp** jak i przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów, dają adresatom wskazanej normy wytyczne, wskazujące na ciężar dowodowy spoczywający na wykonawcy, który posługuje się takim potencjałem, wykazania realnego dysponowania potencjałem, który będzie mógł być, także w sposób realny, w danych, konkretnych warunkach, wykorzystywany w trakcie realizacji zamówienia. Podkreślenia wymaga, że przepisy te nie wymagają wprost uczestnictwa przy realizacji zamówienia podmiotu trzeciego w formie podwykonawstwa, choć taka forma udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego jest z pewnością najbardziej optymalnym rozwiązaniem, wskazującym na realną możliwość wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. **Art. 26 ust. 2b Pzp** stanowi bowiem o możliwości korzystania z niezbędnych zasobów przy wykonywaniu zamówienia, a nie uczestnictwie podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Taka forma korzystania z potencjału podmiotu trzeciego (podwykonawstwo), biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne konkretnej sprawy (uwzględniając w szczególności rodzaj udostępnianego potencjału, charakter przedmiotu danego zamówienia, sposób realizacji zamówienia, czy choćby stosunki łączące podmiot trzeci z wykonawcą) może też być wprost niezbędna dla wykazania zamawiającemu rzeczywistej możliwości wykorzystania udostępnionego potencjału podmiotu trzeciego zgodnie z **art. 26 ust. 2b Pzp**”.

7. Wykazywanie się potencjałem podmiotu trzeciego na podstawie **art. 26 ust. 2b Pzp** nie może mieć jedynie pozornego charakteru zmierzającego wyłącznie do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia, ale powinno również dotyczyć etapu realizacji zamówienia i umożliwiać faktyczne wykorzystanie niezbędnych zasobów dla realizacji zamówienia.

Jak słusznie wskazano w **opinii UZP (opublikowano na www.uzp.gov.pl)** oraz w wyrokach z 13 lipca 2010 r., sygn. **KIO 1288/10** i z 18.05.2010 r., sygn. **KIO 786/10**: „dysponowanie wymienionymi w przepisie **art. 26 ust. 2b Pzp** zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów **zamawiającego** co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego

zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada. Stwierdzenie tego dysponowania przez **wykonawcę** powinno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny przez **zamawiającego** dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego”.

Znajduje to również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.

a. Wyrok z 25 kwietnia 2014 r., sygn. **KIO 715/14**: „W świetle **art. 26 ust. 2b Pzp**, warunkiem koniecznym powołania się na zasoby innych podmiotów jest wykazanie, że zostaną one udostępnione. Zgodnie z powyższym przepisem, wykonawca powołujący się na zasoby innych podmiotów, może wykazać dysponowanie nimi w szczególności przez złożenie zobowiązania podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie przepis ten nie określa minimalnej treści takiego zobowiązania, niemniej jednak formułuje on konieczność udowodnienia **zamawiającemu**, że **wykonawca** będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Należy zatem uznać, że musi to być zobowiązanie do realnego przekazania, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia, forma ta powinna zostać określona już w treści tego zobowiązania, a wykonawca powinien być w stanie wykazać, że udostępnienie zasobów w tej formie rzeczywiście będzie możliwe. W przeciwnym wypadku poleganie na zasobach innego podmiotu mogłoby prowadzić do fikcji, służącej jedynie formalnemu wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu”.

b. Wyrok z 24 kwietnia 2014 r., sygn. KIO **735/14**: „W świetle brzmienia **art. 26 ust. 2b Pzp**, dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi zostać udowodnione przez **wykonawcę** ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie budzący wątpliwości co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu, jak również, że podmiot udzielający odpowiedniego zasobu (na gruncie analizowanej sprawy – wiedzy i doświadczenia) rzeczywiście go posiada w wymaganym przez zamawiającego zakresie. [...] Nie ulega wątpliwości, że dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu rzeczywiście nim dysponuje, a także, w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Jeśli złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego treści, w tym zakresu udostępnienia zasobu, to nie sposób uznać za udowodnione jego udostępnienie”.

8. Odwołujący podkreślił, że **wykonawca WG** samodzielnie nie spełnia żadnego z ww. warunków udziału w postępowaniu w Zadaniu 3 (zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, ograniczając to prawo jednak wyłącznie do części postępowania), ale w zakresie całego potencjału (poza ekonomicznym i finansowym) koniecznego do wykazania w tym zadaniu, korzysta z zasobów podmiotu trzeciego. Udział **przedsiębiorstwa „Fleur”** w realizacji zamówienia i sposób wykorzystania udostępnionych zasobów nie jest precyzyjnie określony, zaś sam **wykonawca** nie tylko nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, ale również nie daje rękojmi należytego wywiązania się z obowiązków umownych – w czerwcu 2014 r., zamawiający Miasto Opole – Miejski Zarząd Dróg w Opolu, odstąpił od zawartej z **wykonawcą WG** umowy na usługi koszenia trawy i chwastów, ze względu na jej wielokrotne nienależyte wykonywanie przez tego **wykonawcę**.

9. **Wykonawca WG** został wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu i załączył dokumenty wymagane do przedstawienia w ofercie. Jednak uzupełnione dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu w kwestionowanym przez **zamawiającego** zakresie. Zatem, wobec reguły jednokrotnego wzywania do uzupełnienia prawidłowych dokumentów (w tym wypadku – dokumentów potwierdzających udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci) w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**, zasadne jest wykluczenie **wykonawcy WG** z postępowania na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**.

Mając na uwadze powyższe odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 08.06.2015 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp)**.

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **08.06.2015 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp)**.

10.06.2015 r. wykonawca **W. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WG ul. Ustroń 3, 44-114 Gliwice** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (**art. 185 ust. 2 Pzp**).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron

zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

22.04.2015 r. zamawiający poinformował **wykonawców** o wyborze najkorzystniejszej oferty w **zadaniach nr 3 i 4**, za które uznane zostały oferty **wykonawców**: WG – złożona na zadanie nr 3 oraz Ogród Serwis sp. j. J. K., P. K. (dalej wykonawca OS) – złożona na zadanie nr 4.

30.04.2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wykonawcy Remondis Tarnowskie Góry sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie **zamawiającego** zgłosił **wykonawca WG** zgodnie z **art. 185 ust. 2 Pzp** (przystąpienie wykonawcy OS nieistotne dla rozpoznawanej sprawy).

Pismem z 08.05.2015 r. **zamawiający** w całości uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu, a **wykonawca WG** nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez **zamawiającego**.

W związku z tym Izba postanowieniem z dnia **14 maja 2015 r.** (sygn. akt **KIO 903/15**) umorzyła postępowanie odwoławcze, a **zamawiający** zostaje zobowiązany do czynności wynikających z **art. 186 ust. 2 zdanie drugie Pzp**, który brzmi »W takim przypadku [uwzględnienia odwołania] zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu«.

W odwołaniu wniesionym w postępowaniu sygn. akt KIO 903/15 **odwołujący** wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie **zamawiającemu**:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w **zadaniach 3 i 4**;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert wykonawcy OS i **wykonawcy WG**;

- 3) wezwania **wykonawcy WG** do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz, w przypadku ich nieuzupełnienia lub wadliwego uzupełnienia – wykluczenie **wykonawcy WG** z postępowania;
- 4) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę OS;
ewentualnie: wezwania wykonawcy OS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w postępowaniu oraz, w przypadku ich nieuzupełnienia lub wadliwego uzupełnienia – wykluczenie wykonawcy OS z postępowania;
- 5) dokonania wyboru oferty **odwołującego** jako najkorzystniejszej w **zadaniach 3** i 4.

Zamawiający, zgodnie z **art. 186 ust. 2 zdanie drugie Pzp** skierował do **wykonawcy WG** wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień, zaś **wykonawca WG 25.05.2015 r.** udzielił wyjaśnień i dokonał uzupełnienia dokumentów. W ocenie **odwołującego**, **zamawiający** dokonał nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień i dokumentów, jak również – skierowane do **wykonawcy WG** wezwanie nie jest prawidłowe i nie odpowiada w pełni żądaniom odwołania z **30.04.2015 r.**

Izba stwierdza, że **zamawiający** uwzględniając odwołanie zobowiązuje się do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jednak to zobowiązanie **zamawiającego** musi być wykonane w granicach prawa, zgodnie z unormowaniami, w szczególności **zamawiający** musi wykonać swoje czynności tak, aby nie narazić się na zarzuty działania niezgodnego z przepisami prawa kierowane przez organy kontroli czy nie narazić się na kolejne odwołania. Dlatego kontrola wykonania zobowiązania **zamawiającego** wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu ze strony **Krajowej Izby Odwoławczej** nie może ograniczyć się tylko do formalnego stwierdzenia wykonania żądań odwołującego, ale **Izba** musi również sprawdzić w zakresie materialnoprawnym czy **zamawiający** postępował zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Izba podkreśla, że regułą udzielania zamówień publicznych jest zakaz dokonywania zmian w ofercie po upływie terminu składania ofert. Zakaz ten dotyczy **wykonawcy** składającego ofertę i **zamawiającego**. Stanowi o tym **art. 84 ust. 1 Pzp**, który brzmi »Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę« i wynika z tego, że po upływie terminu składania ofert **wykonawca** nie może zmienić ani wycofać oferty. Zakaz ten dotyczy również zamawiającego, który nie może dokonywać w ofercie żadnych zmian za wyjątkiem zmian wynikających z **art. 26 ust. 3 Pzp**, który brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy

złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert« i **art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp**, który brzmi »Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«. **Art. 87 ust. 1a Pzp** dotyczy dialogu technicznego, a **art. 87 ust. 2 Pzp** brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«. Wynika z tego, że dokonywanie jakichkolwiek ingerencji w ofercie po upływie terminu składania ofert musi być traktowane jako wyjątek od reguły nienaruszalności oferty. A więc **zamawiający** mając jakiegokolwiek wątpliwości w stosunku do treści czy zawartości oferty powinien najpierw starać się rozwiązać te wątpliwości, zgodnie z **art. 87 ust. 1** i **art. 26 ust. 4 Pzp**. Przepis **art. 87 ust. 1 Pzp** brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«, a przepis **art. 26 ust. 4 Pzp** brzmi »Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1«.

Izba podkreśla, że nie jest żądaniem uzupełnienia oferty żądanie złożenia przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu na podstawie **§ 7 ust. 3 rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), który to przepis brzmi »Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości«.

Zgodnie z przepisami postępowania **zamawiający** zażądał od **wykonawcy WG** przedstawienia oryginału problematycznego dokumentu (zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów) i dokonał wyjaśnień oferty, mimo że **odwołujący** żądał w

uwzględnionym odwołaniu, aby wykonawca WG złożył nowe dokumenty. Skoro wykonawca zdołał rozwiązać wątpliwości zamawiającego tylko przedstawieniem oryginału dokumentu i wytłumaczeniami, to nie było uzasadnienia do wzywania wykonawcy do złożenia dodatkowych dokumentów w wyznaczonym terminie.

Zamawiający ustalił, że podmiot trzeci (Zakład Ogrodniczy „Fleur” M. O. dalej podmiot ZOF) zadeklarował nie tylko oddanie do dyspozycji wykonawcy WG niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, ale także zadeklarował swoje podwykonawstwo (co nie było kwestionowane przez odwołującego), zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, który brzmi »Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia«. Natomiast odwołujący kwestionuje, że podmiot ZOF nie może deklorować delegowania swoich pracowników zgodnie z przepisami Kodeksu pracy bądź podmiot ZOF nie może swoimi pracownikami zapewnić dalszego działania swojej firmy i świadczenia podwykonawstwa. Jednak zamawiający nie ma uprawnień do żądania takich dokumentów, które mogłyby rozwiązać wątpliwości podnoszone na rozprawie przez odwołującego. Ponadto odwołujący nie wykazuje na braku możliwości wykonawcy zamówienia przez przystępującego, który będzie miał podwykonawcę, który to podwykonawca np. zwiększy zatrudnienie, aby podjąć obowiązkom wynikającym ze swojej normalnej działalności powiększonej o świadczenie usług wynikających z podwykonawstwa.

Bez znaczenia dla postępowania jest fakt odstąpienia rok wcześniej przez zamawiającego od umowy na podobny przedmiot zamówienia.

Izba stwierdza, że także drugi z zarzutów dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, zgodnie z postanowieniami specyfikacji wykonawcy mieli pokazać w ofercie, że posiadają polisy ubezpieczeniowe w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę przynajmniej 100 000 zł. Wykonawcy mieli wykazać posiadanie takiej polisy na podstawie § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), który to przepis brzmi »W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać, następujących dokumentów

[...] opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia».

Zamawiający wyjaśnił w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, że **wykonawca WG** złożył kopię właściwej polisy, jednak ze względu na to, że polisa obecnie złożona w ofercie jest kontynuacją polisy zawartej rok wcześniej polisa ta częstokroć jest mylnie określana jednym bądź drugim numerem, chociaż wszystkie okoliczności dotyczą tylko numeru aktualnej polisy E-I/P 052708 obowiązującej w terminie składania ofert. Ponadto Izba stwierdza, że mimo braku wykreślenia jednego z wyrazów w nagłówku tego dokumentu »WNIOSEK / POLISA«, dokument należy brać pod uwagę jako polisę, gdyż do oferty został załączony dokument potwierdzający opłacenie polisy. Suma ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wyniosła 500 000 zł, a więc była nawet większa niż wymagał tego zamawiający w specyfikacji. Jednocześnie zakres ubezpieczenia dotyczył prowadzonej działalności przez wykonawcę WG. Wynikało to m.in. z wypisu z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, gdzie w rubryce »Przeważająca działalność gospodarcza« znajduje się symbol PKD 81.30.Z – Działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni, a więc działalność związana z przedmiotem zamówienia. W przywołanym przepisie § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie ma mowy o pokrywaniu się zakresów działania wykonawcy, zakresu ubezpieczenia i zakresu zamówienia, a jest tylko mowa o działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Dlatego nie można podważać zasadności złożonej do oferty polisy i zasadności uznania przez **zamawiającego**, że na podstawie tej polisy należy stwierdzić spełnienie warunku przez **wykonawcę WG**.

Zamawiający konsultował się z brokerem ubezpieczeniowym, aby właściwie ocenić spełnienie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej **wykonawcy WG** (dowód nr 4). Jednak odwołujący na rozprawie zarzucił brak zamawiający brak wpisu do Protokołu ZP informacji o powołaniu biegłego i złożenia przez niego oświadczenia wynikającego z art. 17 ust. 2 Pzp, który to przepis brzmi »Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1«. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że protokół podlega uzupełnieniu, a kopia protokołu będąca w posiadaniu Izby odnosi się do wcześniejszego okresu. Dlatego można wziąć pod uwagę opinię brokera z 18 czerwca 2015 r. jednak z zastrzeżeniem, że informacje o powołaniu biegłego powinny się znaleźć w protokole, co zapewne organy kontrolujące postępowanie będą weryfikować.

Wreszcie odwołujący samodzielnie nie wskazywał na naruszenie **art. 7 ust. 1 Pzp**, który brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«.

Odwołujący zarzucał naruszenie przepisu **art. 7 ust. 1 Pzp** ze względu na naruszenie innych przepisów przez **zamawiającego**, jednak **odwołujący** nie wykazał naruszenia innych przepisów tym samym zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** nie może być uwzględniony przez **Krajową Izbę Odwoławczą**.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez strony:

1) dowód nr 2 kopię polisy załączonej do oferty, gdzie widnieją numery dwóch polis dużymi cyframi obecnie obejmującej i małymi cyferkami umowy poprzedniej;

2) dowód 3 pismo InterRisk z 17.06.2015 r., gdzie InterRisk potwierdza ochronę ubezpieczeniową przystępującego

– za wyjątkiem

3) dowodu nr 1 złożonego przez zamawiającego – kopii pism MZD w Opolu, gdyż pisma dotyczyły innego postępowania i złożone kopie nie były potwierdzone z zgodność z oryginałem;

4) dowodu nr 4 oświadczenie w przedmiocie zamiaru wniesienia sprzeciwu z 11.05.2015 r., gdyż do złożenia sprzeciwu w poprzednim postępowaniu odwoławczym nie doszło.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i 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 rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: