Sygn. akt: KIO 27/19

WYROK
z dnia 21 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Fundację Animalsi z siedzibą w Gdyni** oraz **Ogólnopolskie Towarzystwo Ochrony Zwierząt OTOZ „Animals" z siedzibą w Bojano**
w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto i Gminę Prabuty z siedzibą w Prabutach**

orzeka:

1.**uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2.kosztami postępowania obciąża **Miasto i Gminę Prabuty z siedzibą w Prabutach** i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Fundację Animalsi z siedzibą w Gdyni oraz Ogólnopolskie Towarzystwo Ochrony Zwierząt OTOZ „Animals" z siedzibą w Bojano** tytułem wpisu od odwołania,
2.2.zasądza od **Miasta i Gminy Prabuty z siedzibą w Prabutach** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Fundację Animalsi z siedzibą w Gdyni oraz Ogólnopolskie Towarzystwo Ochrony Zwierząt OTOZ „Animals" z siedzibą w Bojano** kwotę **11.250 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy dwustu pięćdziesięciu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 27/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Miasto i Gmina Prabuty z siedzibą w Prabutach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „wyłapywanie bezdomnych zwierząt z terenu Miasta i Gminy Prabuty wraz z zapewnieniem im opieki".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 5 grudnia 2018 r., poz. 657787-N-2018.

3 stycznia 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Fundacji Animalsi z siedzibą w Gdyni oraz Ogólnopolskiemu Towarzystwu Ochrony Zwierząt OTOZ „Animals" z siedzibą w Bojano, zwanym dalej „odwołującym", zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu.

Wobec czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu odwołujący wniósł 8 stycznia 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1)art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, mimo iż wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazał, że uprawnienie do prowadzenia działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami i prowadzenia schroniska dla tych zwierząt nadaje mu przepis art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1840, dalej u.o.z.), a także wykazał, iż nie będąc przedsiębiorcą nie jest zobowiązany, a nawet nie może posiadać zezwoleń, na które wskazuje art. 7 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu porządku i czystości w gminach (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1454), do których złożenia wezwał odwołującego zamawiający,
2)a w konsekwencji niezgodne z art. 24 ust. 5 ustawy Pzp uznanie oferty odwołującego za odrzuconą mimo braku podstaw do wykluczenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że odwołujący, tj. niebędące przedsiębiorcą stowarzyszenie - Ogólnopolskie Towarzystwo Ochrony Zwierząt OTOZ „Animals" z siedzibą w Bojanie k. Gdyni (dalej: OTOZ „Animals" oraz będąca przedsiębiorcą - Fundacja „Animalsi" z siedzibą w Gdyni, złożyli ofertę jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego o nazwie „wyłapywanie bezdomnych zwierząt z terenu Miasta i Gminy Prabuty wraz z zapewnieniem im opieki" organizowanego przez zamawiającego. Oferta ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejsza. Zamawiający wezwał odwołującego do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w Tomie I, ust. 6.2, pkt. 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Odwołujący podniósł, że wykazał spełnianie powyższych warunków, jednak mimo powyższego został wykluczony z ww. postępowania. W ocenie odwołującego do wykluczenia doszło w sposób niezgodny z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący, w ślad za stanowiskiem przedstawianym zamawiającemu w odpowiedziach na wezwania z dnia 14 i 20 grudnia 2018 r., wskazał, iż stowarzyszenie OTOZ „Animals", które nie jest przedsiębiorcą, nie podlega obowiązkowi uzyskania zezwolenia ani na prowadzenie działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami, ani też na prowadzenie schronisk dla zwierząt. Odwołujący argumentował, że zamawiający w kierowanych do odwołującego wezwaniach błędnie wskazywał, iż obaj wykonawcy są przedsiębiorcami. To założenie legło u podstaw wykluczenia odwołującego z postępowania, w którym zamawiający - wbrew treści SIWZ - bezwzględnie domagał się złożenia zezwoleń, na które wskazuje Tom I, ust. 6.2, pkt 1 SIWZ.

Odwołujący wywiódł, że definicję przedsiębiorcy zawiera obecnie ustawa z dnia 6 marca 2018 roku Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2018, poz. 646), która zastąpiła dotychczasową ustawę o swobodzie działalności gospodarczej. Zgodnie z jej treścią „Przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna

niebędąca osobą prawną której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną wykonująca działalność gospodarczą" (art. 4 ust. 1 Prawa przedsiębiorców). Działalnością gospodarczą w rozumieniu tej ustawy jest zaś: „zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły" (art. 3 Prawa przedsiębiorców).

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z treścią § 1 Statutu Ogólnopolskiego Towarzystwa Ochrony Zwierząt OTOZ „Animals", na którą zamawiający powołał się w wezwaniu: „Towarzystwo o nazwie Ogólnopolskie Towarzystwo Ochrony Zwierząt OTOZ „ANIMALS", zwane dalej Towarzystwem, jest dobrowolnym, samorządnym, trwałym zrzeszeniem o celach niezarobkowych, działającym na podstawie przepisów ustawy z dnia 7. kwietnia 1989 r. - Prawo o Stowarzyszeniach (tekst jednolity: Dz. U. z 2001 r., nr 79, poz. 855 z późn. zm.), oraz niniejszego statutu. Powyższe uregulowanie statutu wprost więc uniemożliwia OTOZ Animals wykonywanie działalności gospodarczej, która - zgodnie z brzmieniem ustawy Prawo przedsiębiorców - musi mieć charakter zarobkowy. W związku z powyższym za nietrafne odwołujący uznał stwierdzenie zamawiającego zawarte w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 20 grudnia 2018 r., iż Statut OTOZ Animals przewiduje możliwość prowadzenia działalności gospodarczej.

Dodatkowo odwołujący wskazał, iż OTOZ Animals nie jest wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, funkcjonuje zaś jedynie w ramach wpisu do rejestru stowarzyszeń. Powyższe dodatkowo potwierdza fakt, iż OTOZ Animals nie jest przedsiębiorcą. Odnosząc się do treści art. 7 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który czyni działalnością regulowaną ochronę przed bezdomnymi zwierzętami i prowadzenie schronisk - jest on skierowany jedynie wobec przedsiębiorców. Stowarzyszenia takie jak OTOZ Animals, które nie są przedsiębiorcami, nie prowadzą działalności zarobkowej, są organizacjami pożytku publicznego - nie podlegają powyższemu obowiązkowi. Jako podmioty niebędące przedsiębiorcami nie mogłyby ubiegać się o takie zezwolenie, gdyż nie są objęte zakresem powyższego przepisu. Taka regulacja spowodowałaby bezzasadne wykluczenie niebędącej przedsiębiorcą organizacji pożytku publicznego od udziału w analizowanym postępowaniu, mimo iż to właśnie tego typu organizacje nieprowadzące działalności dla osiągnięcia zysku, dają najlepszą gwarancję prawidłowej realizacji zamówienia.

Odwołujący wywiódł, że dlatego ustawodawca - odrębnie od powyższego przepisu - uregulował kwestię prowadzenia przez organizacje społeczne działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami i prowadzenia schronisk dla tych zwierząt. Uprawnienia do wykonywania wskazanej powyżej działalności organizacjom takim jak OTOZ Animals udziela art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o ochronie zwierząt (t.i. Dz. U. z 2017, poz. 1840). Zgodnie z tym przepisem: *„Organizacje społeczne, których statutowym celem działania jest ochrona zwierząt, mogą zapewniać bezdomnym zwierzętom opiekę i w tym celu prowadzić schroniska dla zwierząt, w porozumieniu z właściwymi organami samorządu terytorialnego"*. Odwołujący wskazał, że stowarzyszenie OTOZ „Animals" jest właścicielem schroniska dla bezdomnych zwierząt w Kościerzynie, w którym zgodnie z ofertą miały być umieszczane bezdomne zwierzęta wyłapane z terenu Miasta i Gminy Prabuty. Zostało to udokumentowane. Kościerskie władze na mocy zawartej z wykonawcą umowy umieszczają w tym schronisku zwierzęta wyłapane z terenu Gminy i Miasta Kościerzyna, jednocześnie zaś nie wymagają od OTOZ „Animals" zezwolenia na prowadzenie schroniska uznając uprawnienie do wykonywania tej działalności nadane stowarzyszeniu na mocy przepisów ustawy o ochronie zwierząt. Jednocześnie zaś Burmistrz Miasta Kościerzyna w drodze decyzji wydał takie zezwolenie przedsiębiorcy, który poprzednio prowadził ww. schronisko, co potwierdza zróżnicowanie w tym zakresie sytuacji prawnej przedsiębiorców i podmiotów, które przedsiębiorcami nie są.

Odwołujący podniósł ponadto, iż na mocy zawartej na potrzeby niniejszego postępowania umowy konsorcjum, którą dostarczono zamawiającemu, beneficjentem z tytułu wynagrodzenia jest Fundacja Animals, a OTOZ Animals nie zamierza więc osiągnąć dochodu z wykonywanej działalności, jak na to wskazywał zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 20 grudnia 2018 r., co legło u podstaw uznania tego podmiotu za przedsiębiorcę. Podmiot ten w ramach złożonej oferty wykorzystał natomiast swoje doświadczenie i zdolności zawodowe, dzięki którym spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w SIWZ do przedmiotowego zamówienia publicznego zastrzeżono, że konieczne jest posiadanie określonych kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej jedynie w przypadku, gdy wynika to z odrębnych przepisów (SIWZ - TOM I, strona 5, ust. 6.2. pkt 1). Jak zaś wykazano powyżej - w przypadku OTOZ Animals ustawodawca nie nakazuje, a nawet nie daje możliwości uzyskania wskazanych zezwoleń, zaś odrębne upoważnienie ustawowe dla tego stowarzyszenia do prowadzenia działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami i prowadzenia schronisk dla bezdomnych zwierząt daje art. 11 ustawy o ochronie zwierząt.

Odwołujący wywiódł także, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ wystarczającym jest, by tylko jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. Wynika to z treści pkt 10.5 SIWZ (TOM I, strona 8, ustęp 10), zgodnie z którym „dokumenty i oświadczenia o których mowa w pkt. 8.7 IDW składa odpowiednio Wykonawca, który wykazuje spełnianie warunku, w zakresie i na zasadach opisanych w pkt. 6.2 IDW". Odwołujący podniósł, że mimo przedstawienia zamawiającemu ww. argumentacji, dokonał on niezgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzucił też ofertę odwołującego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca A.Z., prowadzący w Grudziądzu działalność gospodarczą pod nazwą A.Z., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe D.Wniósł o oddalenie odwołania. W zgłoszeniu przystąpienia przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę odwołującego, wezwanie z 14.12.2018 r. do złożenia dokumentów kierowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie z 19 grudnia 2018 r. wraz z załącznikami, wezwanie z 20 grudnia 2018 r. do uzupełnienia dokumentów kierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie z 21 grudnia 2018 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu z 3 stycznia 2019 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego

wpis.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcy A.Z., prowadzącego w Grudziądzu działalność gospodarczą pod nazwą A.Z., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe D., z uwagi na nieprzesłanie odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia.

Stosownie do art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Z przywołanego przepisu wynika w sposób jednoznaczny, że obowiązkiem wykonawcy, który zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego, jest przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia zarówno zamawiającemu jak i odwołującemu. Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 21 stycznia 2019 r. oświadczył, że nie otrzymał kopii zgłoszenia przystąpienia. Zgłaszający przystąpienie, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie, nie stawił się na posiedzenie Izby i nie wykazał faktu przesłania kopii zgłoszenia do odwołującego. Ponieważ zgłaszający przystąpienie faktu tego nie wykazał, należało przyjąć, że kopia zgłoszenia przystąpienia nie została przekazana odwołującemu.

Zaniechanie przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu jest brakiem formalnym zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji usunięcia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego (w przeciwieństwie do instytucji usunięcia braków formalnych odwołania – art. 187 ust. 3 ustawy Pzp). Powyższe skutkowało koniecznością uznania za bezskuteczne zgłoszenia przystąpienia wykonawcy A.Z., prowadzącego w Grudziądzu działalność gospodarczą pod nazwą A.Z., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe D. do analizowanego postępowania odwoławczego.

Stwierdzono zatem, że w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Podzielono tym samym, wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd, iż *Brak skutecznego, tj. zgodnego z art. 185 ust. 2 p.z.p., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego należy traktować jako brak przystąpienia w terminie opisanego w art. 186 ust. 2 ustawy. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie brał udziału żaden wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego* (tak m.in. postanowienie KIO z dnia 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 348/10. Podzielono w omawianym zakresie również stanowisko wyrażane w piśmiennictwie, zgodnie z którym *Wobec braku przepisów ustalających zasady uzupełniania braków formalnych w interwencji ubocznej ich ewentualne wystąpienie sankcjonowane będzie odrzuceniem interwencji (por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz LEX 2010, Komentarz do art. 185 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.).*

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zaś jego oferta - w świetle kryteriów oceny ofert - może być wybrana jako najkorzystniejsza.. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia ww. czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *wyłapywanie bezdomnych zwierząt z terenu Miasta i Gminy Prabuty wraz z zapewnieniem im opieki*.

Ustalono również, że zamawiający w pkt 6.2. SIWZ przewidział, iż:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia w/w warunek, jeżeli wykaże, iż posiada:

a) Zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami na terenie miasta i gminy Prabuty wydane przez Burmistrza Miasta i Gminy Prabuty lub przedstawi oświadczenie, że w przypadku wyboru jego oferty, przed podpisaniem umowy uzyska zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami na terenie miasta i gminy Prabuty

b) Zezwolenie na prowadzenie schroniska dla bezdomnych zwierząt.

Ustalono także, że zamawiający w pkt 8.7. SIWZ wskazał, iż:*na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:*

W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:

1) zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami na terenie miasta i gminy Prabuty wydane przez Burmistrza Miasta i Gminy Prabuty lub oświadczenie, że w przypadku wyboru jego oferty, przed podpisaniem umowy uzyska zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami na terenie miasta i gminy Prabuty,

2) zezwolenie na prowadzenie schroniska dla bezdomnych zwierząt.

Ustalono ponadto, że w pkt 10 (informacja dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (spółki cywilne/konsorcja) zamawiający wskazał m.in.:

10.2. *W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia żaden z nich nie może podlegać wykluczeniu z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast spełnianie warunków udziału w postępowaniu Wykonawcy wykazują zgodnie z pkt. 6.2 IDW.*

10.5. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców są oni zobowiązani na wezwanie Zamawiającego, złożyć dokumenty i oświadczenia, o których mowa w pkt. 8.7 IDW, przy czym dokumenty i oświadczenia o których mowa w pkt. 8.7 IDW składa odpowiednio Wykonawca, którywykazuje spełnianie warunku, w zakresie i na zasadach opisanych w pkt. 6.2 IDW.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę na złożył m.in. odwołujący, to jest wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ogólnopolskie Towarzystwo Ochrony Zwierząt OTOZ „Animals" z siedzibą w Bojano oraz Fundacja Animals z siedzibą w Gdańsku.

Do oferty odwołującego załączono:

1)informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i

zawodowych oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej dla Ogólnopolskiego Towarzystwa Ochrony Zwierząt OTOZ „Animals" z siedzibą w Bojano, nr KRS 0000069730, w której znajduje się wzmianka, że stowarzyszenie to nie jest wpisane do rejestru przedsiębiorców,

2)informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dla Fundacji Animalsi, nr KRS 0000565003.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 14 grudnia 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia m.in.:

1)zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami na terenie miasta i gminy Prabuty wydanego przez Burmistrza Miasta i Gminy Prabuty lub oświadczenia, że w przypadku wyboru jego oferty, przed podpisaniem umowy uzyska zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami na terenie miasta i gminy Prabuty

2)zezwolenia na prowadzenie schroniska dla bezdomnych zwierząt.

Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył zamawiającemu pismo z dnia 19 grudnia 2018 r. Do pisma tego załączono oświadczenie Ogólnopolskiego Towarzystwa Ochrony Zwierząt OTOZ „Animals" z siedzibą w Bojano z dnia 18 grudnia 2018 r. W oświadczeniu tym OTOZ Animals wskazał, że:

W związku z przystąpieniem do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego: „Wyłapywanie bezdomnych zwierząt z terenu Miasta i Gminy Prabuty wraz z zapewnieniem im opieki" wskazujemy, że ani na prowadzenie przez niebędące przedsiębiorcami stowarzyszenia (w tym też organizacje pożytku publicznego, jaką jest OTOZ Animals) działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami, ani też na prowadzenie przez nie schronisk dla zwierząt nie jest wymagane zezwolenie właściwego miejscowo wójta (burmistrza/prezydenta) gminy, co wynika z art. 7 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.i. Dz. U. z 2018 r., Poz. 1454). Przepis ten wskazuje, że zezwolenia takie wymagane są na prowadzenie schronisk jedynie przez przedsiębiorcę. Przedsiębiorcą jest zaś (...)osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą (Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, art. 4 ust. 1). Zgodnie natomiast z art. 9 ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, działalność pożytku publicznego (m.in. ochrona zwierząt) nie jest działalnością gospodarczą, w następstwie czego nie można OTOZ Animals traktować jako przedsiębiorcę - więc nie obowiązuje Stowarzyszenia obowiązek starania się o którekolwiek ze wskazanych zezwoleń.

Organizacje społeczne - w tym OTOZ Animals - działają bowiem w tym zakresie w oparciuo reżim art. 11 ust. 4 Ustawy o ochronie zwierząt, zgodnie z którym „Organizacje społeczne, których statutowym celem działania jest ochrona zwierząt, mogą zapewniać bezdomnym zwierzętom opiekę i w tym celu prowadzić schroniska dla zwierząt, w porozumieniu z właściwymi organami samorządu terytorialnego". Powyższy przepis daje więc jednemu z Wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie uprawnienie zarówno do prowadzenia działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami, jak i do prowadzenia schronisk dla zwierząt.

OTOZ Animals oświadczył ponadto, że:*w załączeniu przesyłam Statut OTOZ Animals, z którego wynikają w/w cele.* Nadto oświadczył, że *przesyła dokumenty wystawione przez Powiatową Inspekcję Weterynaryjną dotyczącą Schronisk, w których mają być umieszczane zwierzęta terenu Miasta i Gminy Prabuty, co potwierdza, że Wykonawca posiada wszelkie wymagane prawem uprawnienia do prowadzenia schronisk dla bezdomnych zwierząt.*

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 20 grudnia 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia:

1)zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami na terenie miasta i gminy Prabuty wydanego przez Burmistrza Miasta i Gminy Prabuty lub oświadczenia, że w przypadku wyboru jego oferty, przed podpisaniem umowy uzyska zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami na terenie miasta i gminy Prabuty

2)zezwolenia na prowadzenie schroniska dla bezdomnych zwierząt.

W uzasadnieniu wezwania zamawiający wskazał, że *złożone oświadczenie Wykonawcy w sprawie posiadania uprawnień do prowadzenia działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami i do prowadzenia schroniska dla zwierząt, w ocenie zamawiającego, nie wyjaśnia braku wymaganych w postępowaniu zezwoleń. W ocenie Zamawiającego, Wykonawca jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, ponieważ statut Wykonawcy przewiduje możliwość prowadzenia działalności gospodarczej. W związku z powyższym skoro Wykonawca osiąga dochód z wykonywanej działalności, to prowadzi działalność gospodarczą i wymaga stosownych zezwoleń.*

Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na ww. wezwanie OTOZ Animals złożyło pismo datowane na 21 grudnia 2018 r. W piśmie tym wskazało, że wezwanie pozbawione jest prawnego uzasadnienia. Podtrzymało w tym zakresie w całości dotychczasowe stanowisko i wskazało, iż: *Stowarzyszenie, które nie jest przedsiębiorcą nie podlega obowiązkowi uzyskania zezwolenia ani na prowadzenie działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami, ani też na prowadzenie schronisk dla zwierząt. Z treści Państwa wezwania wynika, że podstawą jego skierowania wobec jednego z Wykonawców – Ogólnopolskiego Towarzystwa Ochrony Zwierząt OTOZ Animals – było założenie, że jest on przedsiębiorcą.*

Definicję przedsiębiorcy zawiera obecnie ustawa z dnia 6 marca 2018 roku Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2018, poz. 646), która zastąpiła dotychczasową ustawę o swobodzie działalności gospodarczej. Zgodnie z jej treścią „Przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą" (art. 4 ust. 1 Prawa przedsiębiorców). Działalnością gospodarczą w rozumieniu tej ustawy jest zaś: „zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły" (art. 3 Prawa przedsiębiorców).

Zgodnie zaś z treścią § 1 Statutu Ogólnopolskiego Towarzystwa Ochrony Zwierząt OTOZ „Animals", na którą powołujecie się Państwo w wezwaniu: „Towarzystwo o nazwie Ogólnopolskie Towarzystwo Ochrony Zwierząt OTOZ „ANIMALS", zwane dalej Towarzystwem, jest dobrowolnym, samorządnym, trwałym zrzeszeniem o celach niezarobkowych, działającym na podstawie przepisów ustawy z dnia 7. kwietnia 1989 r. — Prawo o Stowarzyszeniach (tekst jednolity: Dz. U. z 2001 r., nr 79, poz. 855 z późn. zm.), oraz niniejszego statutu. Powyższe uregulowanie Statutu wprost więc uniemożliwia OTOZ Animals wykonywanie działalności gospodarczej, która zgodnie z brzmieniem ustawy Prawo przedsiębiorców - musi mieć charakter zarobkowy.

W związku z powyższym za nietrafne należy uznać stwierdzenie zawarte w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów, iż Statut OTOZ Animals przewiduje możliwość prowadzenia działalności gospodarczej.

Dodatkowo wskazuję, iż OTOZ Animals nie jest wpisane do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, funkcjonuje zaś jedynie w ramach wpisu do Rejestru Stowarzyszeń. Powyższe dodatkowo potwierdza fakt, iż

OTOZ Animals nie jest przedsiębiorcą.

Należy zaś ponownie wskazać, że art. 7 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2018 r., Poz. 1454), który czyni działalnością regulowaną ochronę przed bezdomnymi zwierzętami i prowadzenie schronisk, skierowany jest jedynie wobec przedsiębiorców. Stowarzyszenia takie jak OTOZ Animals, które nie są przedsiębiorcami, nie prowadzą działalności zarobkowej, są organizacjami pożytku publicznego - nie podlegają powyższemu obowiązkowi. Jako podmioty niebędące przedsiębiorcami nie mogłyby ubiegać się o takie zezwolenie, gdyż nie są objęte zakresem powyższego przepisu. Taka regulacja spowodowałaby bezzasadne wykluczenie niebędącej przedsiębiorcą organizacji pożytku publicznego od udziału w niniejszym postępowaniu, mimo iż to właśnie tego typu organizacje nieprowadzące działalności dla osiągnięcia zysku, dają najlepszą gwarancję prawidłowej realizacji zamówienia.

Uprawnienia do wykonywania wskazanej powyżej działalności organizacjom takim jak OTOZ Animals udziela natomiast osobny przepis, tj. art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o ochronie zwierząt (tj. Dz. U. z 2017, poz. 1840). Zgodnie z tym przepisem: „Organizacje społeczne, których statutowym celem działania jest ochrona zwierząt, mogą zapewniać bezdomnym zwierzętom opiekę i w tym celu prowadzić schroniska dla zwierząt, porozumieniu z właściwymi organami samorządu terytorialnego"

Wreszcie zaś należy wskazać, iż na mocy zawartej na potrzeby niniejszego postępowania umowy konsorcjum, którą załączam, beneficjentem z tytułu wynagrodzenia za zrealizowanie zamówienia publicznego będzie drugi z Wykonawców — Fundacja Animalsi. OTOZ Animals nie zamierza więc osiągnąć dochodu z wykonywanej działalności, jak na to wskazuje się w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. OTOZ Animals w ramach złożonej oferty wykorzystuje natomiast swoje doświadczenie i zdolności zawodowe, dzięki którym spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej.

Należy zaś wskazać, że w treści Specyfikacji Ogólnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) do przedmiotowego zamówienia publicznego, ustanowiono, że konieczne jest posiadanie określonych kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej jedynie w przypadku, gdy wynika to z odrębnych przepisów (SIWZ - TOM I, strona 5, ustęp 6.2. punkt 1). Jak zaś wykazano powyżej - w przypadku OTOZ Animals ustawodawca nie nakazuje, a nawet nie umożliwia uzyskania wskazanych zezwoleń, zaś odrębne upoważnienie ustawowe dla tego Stowarzyszenia do prowadzenia działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami i prowadzenia schronisk dla bezdomnych zwierząt daje art. 11 ustawy o ochronie zwierząt.

Należy przy tym wskazać, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ wystarczającym jest, by tylko jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. Wynika to z treści ustępu 10.5 SIWZ (TOM I, strona 8, ustęp 10), zgodnie z którym „dokumenty i oświadczenia o których mowa w pkt. 8.7 IDW składa odpowiednio Wykonawca, który wykazuje spełnianie warunku, w zakresie i na zasadach opisanych w pkt. 6.2 IDW".

Niezależnie od powyższego - z daleko posuniętej ostrożności - w załączeniu przesyłam oświadczenie drugiego z wykonawców Fundacji Animalsi, o którym mowa w ust. 6.2 punkt 1 lit. a SIWZ, tj. „oświadczenie, że w przypadku wyboru jego oferty, przed podpisaniem umowy uzyska zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami na terenie miasta i gminy Prabuty". Jednocześnie ze złożeniem niniejszego oświadczenia Fundacja Animalsi skierowała do Burmistrza Gminy Prabuty wniosek o wydanie niniejszego zezwolenia, którego kopię również przesyłam w załączeniu.

Do ww. oświadczenia załączono umowę konsorcjum z dnia 10 grudnia 2018 r. zawartą przez OTOZ Animals i Fundację Animalsi. Na mocy tej umowy strony ustanowiły liderem konsorcjum Fundację Animalsi. Umowa ta zawiera ponadto m.in. następujące postanowienia:

§ 5

3. *Strony zgodnie oświadczają, iż wyłącznym beneficjentem wynagrodzenia z tytułu wykonywanego zamówienia publicznego zleconego przez Zamawiającego będzie Lider Konsorcjum*.
4. *Strony ustalają, że faktury za wszystkie prace wykonywane przez strony na podstawie kontraktu będą wystawiane zamawiającemu przez lidera konsorcjum*.

Do ww. oświadczenia załączono także oświadczenie Fundacji Animalsi z 21 grudnia 2018 r., w którym wskazuje, że w przypadku wyboru oferty jako najkorzystniejszej, przed podpisaniem umowy uzyska ona zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami na terenie Miasta i Gminy Prabuty.

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 3 stycznia 2019 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, że *w SIWZ w rozdziale 6 pkt 6.2. ppkt 1 określił warunek, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają:*

a) zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami na terenie miasta i gminy Prabuty wydane przez Burmistrza Miasta i Gminy Prabuty lub złożą oświadczenie, że w przypadku wyboru ich oferty, przed podpisaniem umowy uzyskają zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami na terenie miasta i gminy Prabuty

b) zezwolenie na prowadzenie schroniska dla bezdomnych zwierząt.

W dniu 14.12.2018 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w dniu 19.12.2018 r. przedłożył dokumenty bez wymienionych powyżej zezwoleń i oświadczenia.

W związku z powyższym Zamawiający w dniu 20.12.2018 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia do dnia 27.12.2018 r. ww. zezwoleń. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca, w dniu 27.12.2018 r. złożył dokumenty bez wymaganego zezwolenia na prowadzenia schroniska dla bezdomnych zwierząt, czym nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

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

Powodem wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu było niezłożenie przez odwołującego zezwolenia na prowadzenie schroniska dla bezdomnych zwierząt i konsekwencji niewykazanie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.2. ppkt 1 lit. b SIWZ.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że zamawiający wymagał od wykonawców złożenia tego zezwolenia tylko wtedy, jeżeli obowiązek jego posiadania wynika z odrębnych przepisów. Na powyższe wskazywało literalne brzmienie analizowanego warunku, w którym jednoznacznie wskazano, że *o udzielenie zamówienia mogą*

ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów (…).

Po drugie, celem potwierdzenia spełnienia ww. warunku zamawiający wymagał, aby – w odpowiedzi na stosowne wezwanie – złożono mu właściwe zezwolenie na prowadzenie schroniska dla bezdomnych zwierząt (pkt 8.7. ppkt 2 SIWZ). Co istotne jednak, zamawiający w SIWZ doprecyzował także sposób, w jaki warunek powinni wykazać wykonawcy, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia. Zamawiający w pkt 10.5 SIWZ wyraźnie przesądził, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dokumenty, o których mowa w pkt 8.7 SIWZ, składa wykonawca, który wykazuje spełnianie warunku, w zakresie i na zasadach opisanych w pkt 6.2. SIWZ.

Po trzecie, obowiązek uzyskania zezwolenia na prowadzenie schroniska dla bezdomnych zwierząt obowiązujące przepisy nakładają jedynie na przedsiębiorców. Jak bowiem wynika z art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1454) na prowadzenie przez przedsiębiorców działalności w zakresie: (…) prowadzenia schronisk dla bezdomnych zwierząt, a także grzebowisk i spalarni zwłok zwierzęcych i ich części wymagane jest uzyskanie zezwolenia.

Po czwarte, polski prawodawca, niezależnie od powyższego, przyznał prawo do prowadzenia schronisk dla zwierząt innym podmiotom. Jak bowiem wynika z art. 11 ust. 4 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (Dz. U. z 2017 r. poz. 1840 ze zm.) *organizacje społeczne, których statutowym celem działania jest ochrona zwierząt, mogą zapewniać bezdomnym zwierzętom opiekę i w tym celu prowadzić schroniska dla zwierząt, w porozumieniu z właściwymi organami samorządu terytorialnego.*

Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej postanowienia SIWZ i właściwe przepisy prawa należało dojść do wniosku, że zastrzeżony w SIWZ obowiązek złożenia zezwolenia na prowadzenie schroniska dla bezdomnych zwierząt dotyczył tylko takich wykonawców, którzy są przedsiębiorcami. Obowiązku takiego nie miały zaś organizacje społeczne, których statutowym celem działania jest ochrona zwierząt.

W analizowanej sprawie ofertę wspólną złożyło Ogólnopolskie Towarzystwo Ochrony Zwierząt OTOZ Animals (nr KRS0000069730) oraz Fundacja Animalsi (KRS 0000565003). Ogólnopolskie Towarzystwo Ochrony Zwierząt OTOZ Animals jest stowarzyszeniem, niewpisanym do rejestru przedsiębiorców, posiadającym status organizacji pożytku publicznego, którego statutowym celem jest ochrona zwierząt. Z kolei Fundacja Animalsi jest przedsiębiorcą, wpisanym do rejestru przedsiębiorców.

Ponieważ w postępowaniu ofertę wspólną złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (art. 23 ust. 1 ustawy Pzp), sposób wykazania spornego warunku udziału w postępowaniu regulowało przywołane wyżej postanowienie pkt 10.5 SIWZ. Z postanowienia tego jednoznacznie wynikało, że w analizowanej sytuacji wystarczające było złożenie dokumentu jedynie przez tego wykonawcę, który wykazuje spełnianie warunku.

Dostrzeżenia wymagało, że OTOZ Animals, jak wynika z art. 11 ust. 4 ustawy o ochronie zwierząt, posiadał ustawowe prawo do prowadzenia schroniska dla bezdomnych zwierząt i na prowadzenie tej działalności nie musiał uzyskiwać zezwolenia na podstawie przepisów o ochronie czystości i porządku w gminach. W tej sytuacji podmiot ten nie musiał składać zezwolenia, gdyż – jak wprost wynikało z pkt 6.2. SIWZ – konieczność złożenia dokumentu zamawiający zastrzegł wyłącznie, gdy obowiązek taki wynikał z odrębnych przepisów.

Nie można było się zgodzić także z zamawiającym, że skoro OTOZ Animals może prowadzić działalność gospodarczą, to na pewno jest przedsiębiorcą.

Stosownie do art. 34 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 210 ze zm.), *stowarzyszenie może prowadzić działalność gospodarczą, według ogólnych zasad określonych w odrębnych przepisach. Dochód z działalności gospodarczej stowarzyszenia służy realizacji celów statutowych i nie może być przeznaczony do podziału między jego członków.*

Z art. 50 ustawy z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym rejestrze Sądowym (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 986 ze zm.) wynika, *że jeżeli podmiot wpisany do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1, podejmuje działalność gospodarczą, podlega obowiązkowi wpisu także do rejestru przedsiębiorców, z wyjątkiem samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej.*

Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2018 r. poz. 646) przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą.

Art. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców stanowi, że *działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły.*

Wreszcie, jak wynika z art. 9 ust. 1 ustawy z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (t.j. z 2018 poz. 450 ze zm.) *Działalność odpłatna pożytku publicznego organizacji pozarządowych oraz podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 3 stanowi działalność gospodarczą, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, jeżeli:*

1) wynagrodzenie, o którym mowa w art. 8 ust. 1, jest w odniesieniu do działalności danego rodzaju wyższe od tego, jakie wynika z kosztów tej działalności, lub

2) przeciętne miesięczne wynagrodzenie osoby fizycznej z tytułu zatrudnienia przy wykonywaniu statutowej działalności odpłatnej pożytku publicznego, za okres ostatniego roku obrotowego, a w przypadku zatrudnienia trwającego krócej niż rok obrotowy - za okres tego zatrudnienia, przekracza 3-krotność przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedni.

Jak wynika z przytoczonych powyżej przepisów, stowarzyszenia rzeczywiście mogą prowadzić działalność gospodarczą, ale nie mają takiego obowiązku. Jeśli działalności takiej nie prowadzą, nie podlegają wpisowi do rejestru przedsiębiorców KRS. Właściwe przepisy precyzują także, kiedy odpłatna działalność pożytku publicznego stanowi działalność gospodarczą.

Na uwagę zasługiwał także fakt, że stowarzyszenie OTOZ Animals zostało wpisane jedynie do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnych. Podmiot ten nie został jednak wpisany do rejestru przedsiębiorców. Po drugie, jak wyjaśnił odwołujący w piśmie z dnia 21 grudnia 2018 r., ma mocy zawartej umowy konsorcjum beneficjentem wynagrodzenia za wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie wyłącznie drugi z konsorcjantów, to jest Fundacja Animalsi. Powyższe oznaczało, że OTOZ Animals nie zamierza z tytułu realizacji umowy osiągnąć jakiegokolwiek przychodu. Celem udowodnienia powyższego, do pisma z dnia 21 grudnia 2018 r. załączono umowę konsorcjum. Co istotne strony umowy w § 5 wyraźnie postanowiły, iż beneficjentem wynagrodzenia za wykonywanie zamówienia będzie wyłącznie lider konsorcjum (czyli Fundacja Animalsi). Strony ustaliły także, że faktury za prace będą wystawiane zamawiającemu przez lidera konsorcjum (tj. Fundację Animalsi).

Wbrew zatem stanowisku zamawiającego, OTOZ Animals wykonując umowę w sprawie zamówienia publicznego

nie będzie musiał prowadzić działalności gospodarczej. Zamawiający nie wykazał bowiem, aby wynagrodzenie OTOZ Animals z tytułu realizacji umowy w sprawie zamówienia miało przekraczać ustawowe progi określone w przywołanym przepisie art. 9 ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie. Jest to niemożliwe w sytuacji, gdy zgodnie z umową konsorcjum OTOZ Animals w ogóle nie zamierza z tego tytułu uzyskiwać jakiegokolwiek wynagrodzenia.

Dostrzeżenia wymagało także, że schronisko w Kościerzynie, do którego zgodnie z ofertą i wyjaśnieniami odwołującego miały trafiać zwierzęta w ramach realizacji zamówienia publicznego, jest własnością OTOZ Animals. Co istotne, schronisko to jest prowadzone w oparciu o art. 11 ust. 4 ustawy o ochronie zwierząt, tj. na podstawie ustawowej kompetencji OTOZ Animals oraz porozumienia zawartego z władzami Gminy i Gminy Miejskiej Kościerzyna (umowy z 27 grudnia 2018 r. i 31 grudnia 2018 r. złożone przez odwołującego na rozprawie). Na prowadzenie tego schroniska nie było zatem konieczne uzyskanie zezwolenia, o którym mowa w art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Wreszcie, jak wynikało z umowy współpracy z 10 sierpnia 2018 r. zawartej przez OTOZ Animals z Fundacją Animalsi, oba podmioty współpracują przy prowadzeniu tego schroniska.

W piśmiennictwie, w ślad za komentarzem do ustawy o ochronie zwierząt autorstwa W. Radeckiego wskazuje się, że *w sytuacji, gdy schronisko dla zwierząt zamierza prowadzić organizacja społeczna statutowo zainteresowana ochroną zwierząt, jej sytuacja prawna zależy od tego czy można ją uznać za przedsiębiorcę w rozumieniu u.s.d.g. Jeżeli zatem jest przedsiębiorcą, zobowiązana jest uzyskać zezwolenie wójta (burmistrza, prezydenta miasta) wydane w formie decyzji administracyjnej na podstawie art. 7 u.u.c.g. Natomiast jeżeli nim nie jest, to stosuje się wyłącznie art. 11 ust. 4 u.o.z. i wystarczy wtedy porozumienie z właściwymi organami samorządu terytorialnego W. Radecki, Ustawy o ochronie…, s. 83 (za stroną internetową http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/35865/007.pdf)*.

Jednocześnie, za nieznajdujące zastosowania w analizowanej sprawie uznano przywołane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wystąpienie pokontrolne NIK Delegatura w Szczecinie nr K/15/003 LSZ.411.004.01.2015. Jak wynikało z opisu stanu faktycznego w sprawie kontrolowanej przez NIK, organ udzielił zamówienia wykonawcy samodzielnie ubiegającemu się o udzielenie zamówienia, co do którego rzeczywiście uznano, iż powinien uzyskać zezwolenie na prowadzenie schroniska dla bezdomnych zwierząt. Jednakże konieczność uzyskania zezwolenia NIK wywiódł z tego, że podmiot ten miał otrzymywać wynagrodzenie z tytułu wykonywania umowy, co uznano za prowadzenie działalności gospodarczej. Rzeczywiście umowa w sprawie zamówienia publicznego jest odpłatna i z tytułu jej wykonywania należy się wynagrodzenie. Realizacja zamówienia jest więc z pewnością działalnością zarobkową. Jednakże stan faktyczny w analizowanej sprawie znacząco różnił się od tego wskazanego w wystąpieniu pokontrolnym, gdyż – jak wyjaśniono wcześniej – w świetle umowy konsorcjum OTOZ Animals nie uzyska żadnego wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy.

W tej sytuacji, wobec wykazania spełnienia spornego warunku przez OTOZ Animals należało uznać, że warunek wykazał również odwołujący. Powyższe wynikało bowiem z pkt 10.5 SIWZ. Zamawiający korzystając ze swej kompetencji, o której mowa w art. 23 ust. 5 ustawy Pzp, wyraźnie dopuścił, aby uprawnieniami wykazał się ten spośród wykonawców, który wykazuje spełnienie warunku. W szczególności, w postanowieniu tym zamawiający nie wymagał, aby warunek musieli udowadniać obaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. W omawianej sprawie wykonawcą wykazującym spełnienie warunku był OTOZ Animals. To bowiem ten konsorcjant posiadał ustawowe prawo do prowadzenia schroniska i na podstawie tego prawa prowadził - bez zezwolenia z art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy o otrzymaniu czystości i porządku w gminach - schronisko w Kościerzynie, do którego miały trafiać zwierzęta z terenu miasta i gminy Prabuty. W tej sytuacji, w świetle treści SIWZ, brak było podstaw do domagania się ww. zezwolenia od drugiego konsorcjanta, tj. Fundacji Animalsi, gdyż warunek – ze skutkiem dla odwołującego – został wykazany przez OTOZ Animals.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w analizowanej sprawie. Zamawiający z naruszeniem tego przepisu wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, pomimo iż ten wykazał spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu, w sposób wskazany w SIWZ.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. Stwierdzone przez Izbę naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp polegające na bezzasadnym wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu pomimo, iż wykazał on spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta odwołującego – w świetle kryteriów oceny ofert – może być wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił zamawiający. Kosztami postępowania obciążono zatem zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 7.500 zł, wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600,00 zł oraz koszty dojazdu pełnomocnika na posiedzenie Izby w kwocie 150,00 zł, ustalone na podstawie rachunków

złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……