

Sygn. akt KIO 400/14

WYROK
z dnia 13 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2014 r. przez TRAX elektronik A. M....., M. T....., L. T..... sp. j. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie

przy udziale Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Cornellà de Llobregat (Barcelona) zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz G..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. TELSAT G..... K..... w Gryficach zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża TRAX elektronik A. M....., M. T....., L. T..... sp. j. w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TRAX elektronik A. M....., M. T....., L. T..... sp. j. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zintegrowany System Sterowania Ruchem w Małopolsce.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 grudnia 2013 pod nr 2013/S 245-426173.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

19 lutego 2014 r. zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Alumbrados Viarios Sociedad Anonima z siedzibą w Cornelia de Llobregat (Barcelona), Hiszpania (dalej jako Alumbrados).

TRAX elektronik A. M....., M. T....., L. T....., sp. j. w Krakowie wnieśli odwołanie 29 lutego 2014 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 91 ust. 1 Pzp przez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego niepodlegającego wykluczeniu z postępowania;
- art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Alumbrados mimo złożenia przezeń oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT;
- art. 91 ust. 3a Pzp przez jego niewłaściwą wykładnię i zaniechanie dokonania doliczenia do przedstawionej w ofercie Alumbrados ceny podatku od towarów i usług (w zakresie zadania 2), który zamawiający będzie miał obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami;
- art. 87 ust. 1 Pzp przez przyjęcie w toku badania i oceny ofert wyjaśnień Alumbrados w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT tym samym doprowadzając do odtworzenia nowej treści oferty;
- art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt. 1 a) tiret pierwsze w zw. z § 4 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. z 2013 r. poz. 231) - dalej rozporządzenie w sprawie

dokumentów - przez zaniechanie wykluczenia Alumbrados, który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach wymienionych w 24 ust. 1 pkt 2 Pzp;

- art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2b przez zaniechanie wykluczenia Alumbrados, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w sekcji II pkt. 1.2.3 SIWZ, ewentualnie art. 26 ust 3 przez zaniechanie wezwania Alumbrados do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w sekcji II pkt. 1.2.3 SIWZ;

- art. 24 ust. 4 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Alumbrados mimo podlegania przezeń wykluczeniu z postępowania;

- w związku powyższym, art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, a także innych przepisów obowiązujących w zakresie udzielania zamówień publicznych wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Alumbrados z postępowania i odrzucenia jego oferty, dokonanie oceny oferty Alumbrados z uwzględnieniem art. 91 ust. 3a Pzp z uwzględnieniem w ocenie podatku od towarów i usług (w pełnym zakresie objętym przedmiotem zamówienia), który zamawiający będzie miał obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Ewentualnie, z ostrożności proceduralnej, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wezwania Alumbrados do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji II pkt. 1.2.3 SIWZ, z uwzględnieniem, jeżeli wykazanie spełniania rzeczzonego warunku nastąpi poprzez poleganie na zasobach innego podmiotu który będzie brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia, wymogu przedłożenia przez ten podmiot dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania i wezwania Alumbrados do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w okolicznościach określonych art. 24 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż podobieństwo oraz wzajemne powiązanie obu zadań (etapów) składających się na przedmiot zamówienia wskazuje, że nie istnieje podstawa do różnicowania stawek podatku od towarów i usług zastosowanych dla zadania 1 i zadania 2. W ocenie odwołującego, zarówno w przypadku zadania 1 jak i zadania 2, mamy do czynienia z importem usług z tytułu wykonania, których podatnikiem jest zamawiający - usługobiorca (wynika to faktu, iż w ramach przedmiotowego zamówienia dojdzie transakcji w ramach której jeden podatników zarejestrowany jest w Hiszpanii zaś drugi w Polsce). Zatem, w obydwu przypadkach, zastosowanie winien znaleźć art. 28b ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług tekst jedn. (Dz. U. z 2011 Nr 177, poz. 1054 ze zm.).

Oznacza to, że w ofercie Alumbrados, w odniesieniu do obu zadań VAT winien wynosić 0,00 zł. Istotnym argumentem przemawiającym na rzecz braku podstaw dla różnicowania zastosowanych stawek VAT dla zadań 1 oraz 2 jest fakt niepodzielności przedmiotu zamówienia. Trudno racjonalnie przyjąć, by bez szkody dla całości przedsięwzięcia, jeden podmiot mógł wykonać część zamówienia objętą zadaniem 1 (dostawa i wdrożenie systemu) zaś inny wykonywał czynności związane z jego bieżącym utrzymaniem i konserwacją.

Odwołujący zarzucił, że przyjęcie przez zamawiającego informacji Alumbrados, nie ujawnionej wcześniej w ofercie, że w cenę zadania 2 został wliczony podatek VAT w wysokości 23%, w istocie rzeczy, doprowadziło do odtworzenia nowej treści oferty. Podniósł, że wyjaśnienia przedstawione przez Alumbrados wpłynęły na sposób i zakres zastosowania przez zamawiającego dyspozycji art. 91 ust. 1 pkt. 3a Pzp.

Zdaniem odwołującego jest to nie do pogodzenia z regułą równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie, tym bardziej, że czynność ta wpłynęła również na wynik postępowania. W informacji o rozstrzygnięciu postępowania zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 3a p.z.p., w związku z przepisami o podatku od towarów i usług „(...) w zakresie dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów i importu usług należy do ceny tej oferty [Alumbrados] doliczyć 23% podatek VAT w kwocie 1 811 896,89 zł.” Dyspozycji tej Zamawiający nie zastosował w zakresie odnoszącym się do zadania 2. Do oceny oferty Alumbrados ostatecznie została przyjęta kwota 10 243 209,47 złotych. Gdyby zamawiający zastosował ten sam zabieg do zadania nr 2 przyjęta do oceny kwota zwiększyła by się, a oferta Alumbrados nie byłaby najkorzystniejsza. Nie może być uznana za dopuszczalną sytuacja, w której wykonawca, już po otwarciu ofert, znając ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach, ujawnia informacje w zakresie zaoferowanej przez siebie ceny, które kształtują jego pozycję w rankingu oceny ofert. Takie działanie zamawiającego rażąco narusza art. 7 Pzp bowiem istnieje racjonalne prawdopodobieństwo, że treść wyjaśnień przedstawianych przez takiego wykonawcę, jest zdeterminowana wiedzą o zawartości konkurencyjnych ofert.

Zdaniem odwołującego wobec treści wyjaśnień złożonych przez Alumbrados, w których stwierdził, że podmiot udostępniający zasoby wiedzy i doświadczenia nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, nie sposób uznać, że udowodnił on zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w postaci wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący zarzucił również, że żaden z dokumentów złożonych przez Alumbrados nie zawiera informacji, że w odniesieniu do Alumbrados - nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

Tym samym Alumbrados nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt. 2 p.z.p.

Alumbrados przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba nie uwzględniła opozycji zamawiającego przeciwko dopuszczeniu do udziału w postępowaniu odwoławczym G..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. TELSAT G..... K..... w Gryficach zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie odwołującego. Podstawą opozycji może stać się zgodnie z art. 185 ust. 4 Pzp uprawdopodobnienie braku interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść wskazanej strony, nie zaś braku interesu prawnego.

Uszło zamawiającemu, że nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778 ze zm.) zmieniła przesłanki zgłoszenia przystąpienia, które nie jest uwarunkowane wykazaniem interesu prawnego – bezpośredniego związku utraty możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie z normą prawną. Przepisy art. 185 ust. 2 – 4 Pzp posługują się kategorią interesu, który może mieć postać tak interesu prawnego, jak i faktycznego, co zbliża przesłanki uczestnictwa w procedurze odwoławczej do postępowania nieprocesowego uregulowanego w przepisach kodeksu postępowania cywilnego. Podkreślić przy tym należy, że do zgłoszenie przystąpienia, inaczej niż stanowi to art. 179 ust. 1 Pzp, nie jest niezbędne wykazywanie szkody.

Izb uznała, że G..... K..... niewątpliwie ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego. Oferta G..... K..... została oceniona jako kolejna po ofercie odwołującego, zatem wspólnym celem obu wykonawców jest uznanie, że oferta Alumbrados podlega odrzuceniu, oraz, że Alumbrados podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za

najkorzystniejszą oraz zysku związanego z wykonaniem zamówienia.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

W badanym postępowaniu przedmiot zamówienia podzielony został na dwa zadania, 1: opracowanie, wdrożenie i uruchomienie systemów informatycznych wraz z infrastrukturą urządzeń ITS (inteligentne systemy transportowe) oraz 2: administrowanie systemami wraz ze zdalnym nadzorem nad poprawnością działania oraz bieżące utrzymanie i konserwacja urządzeń ITS przez okres 36 miesięcy.

W wyroku z 24 października 2013 r. (KIO 2394/13) Izba uznała, że wymienione dwa zadania tworzą „dwa przedmioty zamówienia”, które nie są ze sobą nierozzerwalnie związane i nie tworzą świadczenia kompleksowego. Izba zważyła, że jedynie zadanie 1 stanowi dostawę towarów w rozumieniu art. 13 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 ze zm.), w związku czym do zadania 2 powinna być stosowana stawka podatku VAT w wysokości 23 % (str. 80 i 81). W konsekwencji Izba nakazała odrzucenie oferty Alumbrados na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, co przyniosło skutek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Rozpoznawane odwołanie zostało wniesione w nowym postępowaniu, w którym zamawiający tak samo opisał przedmiot zamówienia oraz dokonał podziału na zadania.

Zgodnie z postanowieniem V. 5.2 SIWZ, cenę oferty brutto należało obliczyć na podstawie załączników do SIWZ. W pkt 2 wzoru formularza ofertowego (załącznika nr 2 do SIWZ), cenę za całość zamówienia należy wyrazić wskazując cenę brutto za całość zamówienia, z uwzględnieniem cen brutto za każde z zadań składających się na przedmiot zamówienia.

Pismem z 6 lutego 2014 r. zamawiający wezwał Alumbrados do złożenia wyjaśnień stawki VAT. W odpowiedzi z 10 lutego 2014 r. Alumbrados udzielił wyjaśnień, z których wynika, że „podatek VAT wliczony w cenę brutto podaną w ofercie wynosi: dla zadania nr 1 = 0%, dla zadania nr 2 = 23%.

Izba zważyła, że zamawiający zasadnie uznał, że cena oferty Alumbrados została obliczona prawidłowo.

Po pierwsze, mimo że orzeczenia Izby, wydane w różnych postępowaniach nie mają charakteru wiążącego, to kształtują rozumienie przepisów ustawy i stanowią wskazówkę dla uczestników rynku zamówień publicznych. Podkreślić trzeba również, że w obecnym postępowaniu zmierzającym do udzielenie tego samego zamówienia przez tego samego zamawiającego opis przedmiotu zamówienia oraz obliczenia ceny oferty nie zmieniły się. Stąd też zamawiający i wykonawcy zainteresowani zamówieniem kierując się zaufaniem do wykładni prawa dokonanej przez Izbę w takim samym stanie faktycznym, uwzględnili

kwalifikację prawno podatkową obu zadań w nowym postępowaniu.

Po drugie, Izba również w tym składzie orzekającym podzieliła ocenę wyrażoną w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie KIO 2394/13. Przedmiot zamówienia nie jest jednorodny, nie tworzy usługi kompleksowej, lecz składa się z dwóch odrębnych świadczeń, z których tylko zadanie 1 podlega stawce VAT 0%.

Mimo, że w polskich przepisach podatkowych brak jest legalnej definicji pojęcia usługi kompleksowej, przyjmuje się powszechnie, że jest to kilka świadczeń, na które składa się czynność podstawowa (której wykonanie było celem umowy zawartej przez podatnika z klientem), a także czynności pomocnicze niezbędne do wykonania czynności podstawowej (tak: Naczelny Sąd Administracyjny w wyrokach z dnia 25 stycznia 2007 r., sygn. akt I FSK 499/06 oraz z dnia 2 grudnia 2008 r. sygn. akt I FSK 1946/07).

Izba stwierdziła, że w okolicznościach sprawy nie sposób przyjąć, aby przedmiot zamówienia tworzyły czynność podstawowa i służebna wobec niej czynność pomocnicza. Przeciwnie, opracowanie, wdrożenie i uruchomienie systemów informatycznych oraz administrowanie tymi systemami, bieżące utrzymanie i konserwacja urządzeń ITS są świadczeniami całkowicie odrębnymi, przy czym wyłącznie pierwsze z nich może być uznane za wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów podlegające stawce VAT 0%.

Izba uznała zatem, że Alumbrados przyjął prawidłowe stawki podatkowe, a zamawiający zgodnie z prawem nie doliczył do ceny zadania nr 2 kwoty podatku VAT.

Izba nie zgodziła się z też z odwołującym, że wymaganie podania przez wykonawców wyłącznie ceny brutto nie pozwala zamawiającemu w żadnym przypadku na badanie poprawności obliczenia ceny oferty. Dostrzec wszak trzeba, że obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 91 ust. 3a Pzp jest doliczenie do ceny oferty podatku, który zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami. Obowiązek ten istnieje niezależnie od tego, czy zamawiający żądał w SIWZ podania wyłącznie ceny brutto, ceny netto i brutto, ceny netto, kwoty lub stawki podatku VAT oraz ceny brutto.

Racjonalnym i obligatoryjnym działaniem zamawiającego jest zatem zbadanie ceny oferty w sytuacji, gdy ma miejsce wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów, również wtedy, gdy wykonawcy zobowiązani byli jedynie do podania ceny brutto. Jedynym instrumentem prawnym służącym zamawiającemu w tym zakresie jest art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający zasadnie skorzystał z uprawnienia zawartego w przywołanym przepisie w stosunku do Alumbrados.

W świetle ocen wyrażonych powyżej nie sposób uznać, że przez złożone wyjaśnienia w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT Alumbrados doprowadził do ustalenia nowej treści oferty.

Zdaniem Izby, wykonawca potwierdził jedynie prawidłowość przyjętej przez siebie stawki

oraz recepcję ocen wyrażonych w orzeczeniu Izby z 24 października 2013 r., KIO 2394/13. Tym samym Izba nie podzieliła poglądu odwołującego o możliwości wpływania przez Alumbrados na wynik postępowania i uznała, że zamawiający przyjmując wyjaśnienia Alumbrados nie naruszył zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Podstawą potwierdzenia zarzutu nie może być hipotetyczna możliwość naruszenia przepisów ustawy, lecz potwierdzony fakt ich naruszenia przez zamawiającego.

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 6, art. 91 ust. 3a oraz art. 87 ust. 1 nie znalazły potwierdzenia.

W formularzu oferty, którego wzór stanowił załącznik nr 1 do SIWZ, zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę jednego z dwóch oświadczeń – wskazania, że zamówienie wykona siłami własnymi, albo, że będzie korzystał z podwykonawców w zakresie, który powinien wskazać.

W ostatniej kolumnie wzoru wykazu wykonanych usług, którego wzór stanowił załącznik nr 4 do SIWZ zamawiający żądał wskazania, czy podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia.

W pkt III.1.3. SIWZ zamawiający w ślad za § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wskazał, że jeśli podmiot na zasobach którego wykonawcy polega zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp będzie brał udział w realizacji części zamówienia, obowiązany jest złożyć dokumenty wskazane w pkt III.1.2. SIWZ (dotyczące braku podstaw do wykluczenia).

Alumbrados złożył wykaz wykonanych usług, w którym wskazał m.in. usługę Transports Metropolitans de Barcelona wykonaną przez BKB ELECTRONICA S.A. w Barcelonie, dalej BKB, z zaznaczeniem, że podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia. Jednocześnie wskazał w formularzu oferty, że zamówienie wykona siłami własnymi.

W treści dwóch oświadczeń z 20 stycznia 2014 r. złożonych przez Alumbrados w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, BKB zobowiązał się do przekazania Alumbrados całej swojej technologii i doświadczenia w razie uzyskania zamówienia (pierwsze oświadczenie) oraz zobowiązał się do przekazanie wiedzy i technologii we wskazanym zakresie posiadanych w związku z wykonaniem umowy Transports Metropolitans de Barcelona (drugie oświadczenie).

Pismem z 6 lutego 2014 r. zamawiający wezwał Alumbrados do złożenia zobowiązania BKB w formie pisemnej w rozumieniu art. 78 § 1 k.c. oraz do złożenia wyjaśnień, co udziału BKB w realizacji zamówienia. Jako przyczynę wyjaśnień zamawiający wskazał rozbieżność między treścią formularza ofertowego - oświadczenia, że Alumbrados zamierza zamówienie wykonać bez udziału podwykonawców, a treścią wykazu zrealizowanych usług.

Pismem z 10 lutego 2014 r. Alumbrados wskazał, że BKB nie będzie brał udziału w realizacji

zamówienia. Ponadto złożył wykaz zrealizowanych usług, z którego wynika, że BKB nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia oraz oryginał zobowiązania BKB.

W pierwszej kolejności należało ustalić, jakie wymagania w zakresie wskazania udziału w wykonaniu zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby wiedzy i doświadczenia wynikają z SIWZ. SIWZ stanowi oświadczenie woli zamawiającego podlega zatem wykładni.

Izba uznała, że w wskazywany w ostatniej kolumnie wykazu usług udział w wykonaniu zamówienia należy rozumieć wyłącznie jako podwykonawstwo. W przeciwnym razie treść wykazu byłaby niespójna z formularzem ofertowym, w którym zamawiający przewidział wyłącznie deklarację, co do podwykonawstwa lub samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia.

Nie można pominąć, że wyłącznie spójność deklaracji wykonawcy pozwala na osiągnięcie celu, dla którego zamawiający – jak wyjaśnił na rozprawie - sformułował wymaganie zawarte w wykazie. Oświadczenie wykonawcy miało na celu wskazanie, czy podmiot na którego zasobach polega wykonawca, powinien złożyć dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia zgodnie z pkt III.1.3. SIWZ.

Izba uwzględniła, że inne rozumienie treści wykazu nie pozwoliłoby zamawiającemu na powzięcie stosownej wiedzy i uznała, że uzupełniony wykaz jest zgodny z oświadczeniem złożonym w ofercie przez Alumbrados tzn., że zamówienie siłami własnymi.

Prezentowaną wykładnię postanowień SIWZ uzasadnia również treść wezwania zamawiającego z 6 lutego 2014 r. Gdyby bowiem zamawiający nadał sformułowaniu „udział w wykonywaniu zamówienia” rozumienie inne, niż podwykonawstwo, nie wskazywałby w wezwaniu na treść oświadczenia złożonego przez Alumbrados w zakresie podwykonawstwa. Tym samym, o ile Alumbrados z samej treści wykazu miał prawo przypuszczać, że należy wskazać zamawiającemu każdy przypadek wsparcia go przez BKB przy wykonywaniu zamówienia, o tyle treść wezwania sugerowała, że „TAK” powinni oświadczyć wyłącznie wykonawcy, których podwykonawcą będzie podmiot udostępniający swą wiedzę i doświadczenie. Stąd wskazując, że BKB nie będzie brało udziału w wykonaniu zamówienia oświadczył po pierwsze:, że podmiot ten nie będzie podwykonawcą, po drugie: zachował się adekwatnie do wezwania zamawiającego.

Nie można pominąć, że również sam odwołujący potwierdził na rozprawie, że utożsamia oświadczenie z wykazu wykonanych usług z podwykonawstwem, gdyż to właśnie do podwykonawstwa odnosi się § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Orzecznictwo Izby wypracowało pogląd, że w razie powołania się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu, podmiot ten powinien wziąć udział w wykonaniu zamówienia. Udział innego podmiotu w wykonaniu zamówienia nie musi polegać jednak wyłącznie na podwykonawstwie (wyrok KIO z 9 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1265/10), lecz może nastąpić

w każdej dozwolonej przez prawo formie (wyrok KIO z 26 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1452, 53, 54/10; wyrok KIO z 10 stycznia 2011 r., KIO 2790/10).

Transfer wiedzy i technologii przez zakup stosownego programu oraz konsultacje i porady pracowników BKB są wystarczające do wykorzystania zasobów innego podmiotu w postaci wiedzy i doświadczenia. Wyjaśnienia o tej treści złożył Alumbrados na rozprawie.

W granicach podstaw faktycznych, w których kwestionowane było wykazanie spełniania przez Alumbrados warunku wiedzy i doświadczenia przez powołanie się na zasoby BKB, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2b Pzp nie znalazł potwierdzenia.

W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp wykonawców mających siedzibę za granicą zamawiający wymagał w pkt III.1.5.1.1. lit a SIWZ oraz pkt III.1.5.3. SIWZ w ślad za § 4 ust. 1 pkt 1 lit a oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów złożenia stosownego dokumentu urzędowego lub oświadczenia złożonego przed notariuszem albo właściwym organem.

Alumbrados wraz z ofertą złożył Odpis z Rejestru Handlowego w Barcelonie z 19 grudnia 2014 r. oraz oświadczenie złożone przed Notariuszem Katalońskiej Izby Notarialnej.

Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że w toku oceny dokumentów i oświadczeń składanych przez wykonawców mających siedzibę poza granicami RP należy uwzględnić, że ich treść jest formułowana stosownie do wymagań prawa kraju siedziby takiego wykonawcy oraz różnicę w zakresie terminologii w stosunku do siatki pojęciowej prawa polskiego.

Alumbrados wykazał brak podstaw do wykluczenia, gdyż ze złożonego odpisu z rejestru wynika, że w stosunku do tego podmiotu nie zaistniały zdarzenia specjalne, a ponadto z oświadczenia złożonego przed notariuszem wynika, że Alumbrados nie dotyczą przesłanki wykluczenia z postępowania w myśl prawa hiszpańskiego, zatem również w zakresie likwidacji i upadłości.

Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, że powołane treści powinny być interpretowane odmiennie.

Zamawiający nie naruszył w art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Skoro Alumbrados nie podlega wykluczeniu, oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu z mocy prawa. Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 4 oraz 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:

