

WYROK

z dnia 19 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 czerwca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia 5 czerwca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **ELMONTEX a.s. z siedzibą w Ostrawie (Czechy)**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie zrzutu lotniczego szczepionki przeciwko wściekliznie do szczepienia lisów rudych wolno żyjących na terenie województwo warmińsko-mazurskiego* (nr postępowania WIW-A-AGZ.272.1.05.2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Olsztynie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Adriana-Aviation” sp. z o.o. z siedzibą w Kosowiznie, Aeroklub Ziemi Lubuskiej w Przylepie, Blue Star sp. z o.o. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego ELMONTEX a.s. z siedzibą w Ostrawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

1

Sygn. akt KIO 1200/15

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1200/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej również: „ustawa pzp”, „ppz” lub „PZP”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Wykonanie zrzutu lotniczego szczepionki przeciwko wściekliznie do szczepienia lisów rudych wolno żyjących na terenie województwo warmińsko-mazurskiego* (nr postępowania WIW-A-AGZ.272.1.05.2015).

Ogłoszenie tym o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2015/S_073-129330 z 15 kwietnia 2015 r. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej {www.bip.olsztyn.wiw.gov.pl}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

27 maja 2015 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – ELMONTEX a.s. z siedzibą w Ostrawie (Czechy) zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej w obydwu zadaniach oferty złożonej przez „Adriana-Aviation” sp. z o.o. z siedzibą w Kosowiźnie, Aeroklub Ziemi Lubuskiej w Przylepie, Blue Star sp. z o.o. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (dalej również „Konsorcjum”).

5 czerwca 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) czynności lub zaniechań Zamawiającego w obydwu zadaniach.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów – w kształcie sprecyzowanym przez Odwołującego na rozprawie odnośnie powiązania wyliczonych na wstępie odwołania opisowo naruszeń z zamieszczonym odrębnie wyliczeniem naruszonych przepisów}:

1. Art. 91 ust. 3a – przez niewłaściwe obliczenie ceny dla oferty Odwołującego, polegające na doliczeniu do podanej przez niego ceny podatku od towarów i usług, mimo że Zamawiający nie jest podatnikiem tego podatku i w konsekwencji nie poniesie jego ciężaru – co spowodowało, że przyjęta do oceny ofert cena Odwołującego okazała się wyższa niż cena zaoferowana przez Konsorcjum.
2. Art. 24 ust. 1 pkt 3 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, mimo niespełnienia przez nie warunków udziału w postępowaniu,

3

Sygn. akt KIO 1200/15

co powoduje, że podlega ono wykluczeniu.

3. Art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 1 i 3 – przez przyjęcie wyłącznie na podstawie przedłożonych umów dzierżawy lub wynajmu statków powietrznych oraz oświadczenia o znakach rejestracyjnych SP-FLR, SP-FYE, SP-KHE, SP-FZX, SP-MLM, SP-FKM, SP-KHF oraz SP-RRY, że Konsorcjum dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia.
4. Art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do przedłożenia świadectw rejestracyjnych statków powietrznych o znakach rejestracyjnych SP-GBB, SP-FLR, SP-FYE, SP-KHE, SP-FZX, SP-MLM, SP-FKM, SP-KHF oraz SP-RRY.
5. Art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 1 i 3 – uwzględnieniu oferty Konsorcjum, mimo że nie wszystkie będące w jego dyspozycji (według wykazu statków powietrznych stanowiącego część oferty) statki powietrzne objęte są obowiązkowym ubezpieczeniem OC i ubezpieczeniem Aerocasco Konsorcjum jako ich użytkownika.
6. Art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do przedłożenia dowodu objęcia go jako użytkownika statków powietrznych ubezpieczeniem OC i ubezpieczeniem Aerocasco w odniesieniu do statków powietrznych oznaczonych znakami rejestracyjnymi SP-MLM i SP-FLR.
7. Art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do przedłożenia zgody Bankowego Leasingu sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, będącego właścicielem statku powietrznego oznaczonego znakiem rejestracyjnym SP-RRY, na podnajem tego statku powietrznego przez spółkę Raitaro Partners sp. z o.o. i przyjęcie mimo to, że Konsorcjum posiada dostateczny tytuł prawny do dysponowania tym statkiem powietrznym na potrzeby realizacji zamówienia.
8. Art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie wezwania poszczególnych konsorcjantów i podwykonawcy do przedłożenia zaświadczeń o niezaleganiu z podatkami lokalnymi (w rozumieniu ustawy z dnia 12 stycznia 1991 o podatkach i opłatach lokalnych) wydanymi przez właściwe organy podatkowe – wójtów (burmistrzów lub prezydentów miast) i przyjęciu, że Konsorcjum spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3.
9. Art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do przedłożenia certyfikatu usług lotniczych AWC dla statków powietrznych oznaczonych numerami SP-FMX {na rozprawie Odwołujący potwierdził, że chodzi o SP-FMH, jak to dalej wskazano w uzasadnieniu odwołania} i SP-FDW.
10. Art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 1 i 3 – zaniechanie wezwania

Sygn. akt KIO 1200/15

oznaczonego znakiem rejestracyjnym SP-GBB.

11. Art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do przedłożenia, będących integralną częścią świadectwa zdatności do lotu, instrukcji użytkowania w locie dla statków powietrznych oznaczonych znakami rejestracyjnymi SP-FMH, SP-FDW, SP-GBB, SP-FLR, SP-FYE, SP-KHE, SP-FZX, SP-MLM, SP-FKM, SP-KHF, SP-RRY oraz SP-KMB.
12. Art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 1 i 3 – przez bezpodstawne (wobec powyżej wskazanych w pkt 4-11 zaniechań) uznanie, że Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu, dysponując odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia, a w szczególności, że dysponuje samolotami wyposażonymi w miejsce (stół) do przygotowania szczepionki do zrzutu i system umożliwiający pionowy zrzut szczepionki, i że w odpowiedni sposób wykazało, że ten warunek udziału w postępowaniu spełnia.
13. Art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, mimo że nie spełnia ono warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym i wymagań szczegółowych dotyczących realizacji zamówienia – dysponowania samolotami wyposażonymi w (miejsce) stół do przygotowania szczepionki do zrzutu i system umożliwiający pionowy zrzut szczepionki, oraz mimo że Konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu

w obydwu zadaniach:

1. Unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.
2. Zażądania od Konsorcjum przedłożenia dokumentów stwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu:
 - a) świadectw rejestracyjnych statków powietrznych oznaczonych znakami rejestracyjnymi SP-FLR, SP-FYE, SP-KHE, SP-FZX, SP-MLM, SP-FKM, SP-KHF oraz SP-RRY,
 - b) dowodów objęcia ubezpieczeniem OC i Aerocasco Konsorcjum jako użytkownika statków powietrznych oznaczonych znakami rejestracyjnymi SP-MLM i SP-FLR,
 - c) oświadczenia o udzieleniu zgody przez Bankowy Leasing sp. z o.o. na zawarcie umowy najmu statku powietrznego SP-RRY z Konsorcjum przez Raitaro Partners sp. z o.o.,
 - d) certyfikatów usług lotniczych dla statków powietrznych oznaczonych znakami rejestracyjnymi SP-FMH, SP-FDW, będących własnością podwykonawcy W. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Cumulus W. M. z siedzibą w

Sygn. akt KIO 1200/15

Elblągu,

- e) świadectwa zdatności do lotu wraz z aktualną instrukcją użytkowania w locie i kartą płatowca dla statku powietrznego oznaczonego znakiem rejestracyjnym SP-GBB, będącego własnością ww. podwykonawcy.
3. Powtórzenia oceny i wyboru ofert.

Odwolujący ponadto sprecyzował dodatkowo zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Odwolujący ustalił na podstawie protokołu postępowania, że do zaoferowanej przez niego ceny doliczył podatek od towarów i usług według stawki 8%.

Odwolujący zarzucił, że Zamawiający uczynił to, choć nie jest podatnikiem tego podatku i nie powstały po jego stronie obowiązek jego zapłaty.

Według Odwołującego wpłynęło to decydująco na wynik postępowania, gdyż w przeciwnym wypadku to jego oferta zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza.

{uwagi wstępne do pozostałych zarzutów}

Zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum zawierała szereg braków formalnych, które winny być uzupełnione w toku postępowania o udzielenie zamówienia z inicjatywy Zamawiającego, czego jednak nie uczyniono. Braki te dotyczyły *istotnych kwestii związanych ze szczegółowymi wymaganiami przedmiotowymi dotyczącymi realizacji przedmiotu zamówienia*, jak i warunków udziału w postępowaniu, których niespełnienie winno skutkować wykluczeniem Konsorcjum z udziału w postępowaniu.

Ponadto w ocenie Odwołującego się Konsorcjum niezgodnie z prawdą złożyło oświadczenie, że *dysponuje zdatnymi samolotami dostosowanymi do wykonania zamówienia i spełniającymi warunki określone w SIWZ*.

{ad pkt 3 i 4 listy zarzutów (pkt 1 uzasadnienia odwołania)}

Odwołujący podał, że Konsorcjum jako załącznik do oferty przedłożyło wykaz statków powietrznych znajdujących się w jego dyspozycji z wyszczególnieniem ich typu (modelu) i form władania. W wykazie tym zawarto wymagane przez Zamawiającego oświadczenie o przystosowaniu znajdujących się w dyspozycji Konsorcjum statków powietrznych do wykonywania usług zrzutu szczepionki.

Według relacji Odwołującego z wykazu wynika, że statki powietrzne o znakach rejestracyjnych SP-FMH, SP-FDW, SP-GBB, SP-FLR, SP-FYE, SP-KHE, SP-FZX, SP-MLM,

6

Sygn. akt KIO 1200/15

SP-FKM, SP-KHF oraz SP-RRY nie są własnością Konsorcjum (żadnego z konsorcjantów) lecz są przedmiotem umów dzierżawy lub (jak w przypadku samolotów o znakach rejestracyjnych SP-FMH, SP-FDW i SP-GBB) są własnością podmiotu występującego jako podwykonawca (podmiot biorący udział w realizacji zamówienia) w rozumieniu art. 26 ust. 2b pzp.

Odwołujący podniósł, że stosownie do art. 34 i n. ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze statki powietrzne podlegają wpisowi do rejestru cywilnych statków powietrznych zwanego „rejestrem statków”, prowadzonego przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego. W rejestrze tym ujawnia się między innymi dane dotyczące właścicieli i użytkowników statków powietrznych. Odwołujący wyjaśnił, że użytkownikiem statku powietrznego jest (stosownie do treści art. 2 pkt 3 Prawa lotniczego) jest jego właściciel lub inna osoba wpisana jako jego użytkownik do rejestru statków powietrznych. Odwołujący dodał, że szczegółowe kwestie związane z prowadzeniem rejestru statków powietrznych reguluje rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 6 czerwca 2013 r. w sprawie rejestru cywilnych statków powietrznych oraz znaków i napisów na statkach powietrznych wpisanych do tego rejestru (Dz. U. z 2013 r. poz. 726 ze zm.). Stosownie do treści tego rozporządzenia (§5) zmianę danych rejestrowych zgłasza się na piśmie Prezesowi Urzędu Lotnictwa Cywilnego, który, w przypadku wpisu dot. zmiany użytkownika statku powietrznego, dokonuje stosownej adnotacji na świadectwie rejestracji statku powietrznego. Użytkownik statku powietrznego inny niż właściciel, zgłaszając zmianę danych rejestrowych powinien również przedłożyć zgodę właściciela statku powietrznego na zgłoszenie zmiany.

Według informacji Odwołującego Konsorcjum nie dokonało stosownych zmian w rejestrze statków powietrznych odnośnie wyżej wskazanych statków powietrznych, które według wykazu załączonego do oferty dzierżawi od innych podmiotów. Według Odwołującego Konsorcjum władając statkami powietrznymi na podstawie umów dzierżawy jest ich użytkownikiem w rozumieniu art. 2 pkt 3 Prawa lotniczego, a zatem winno być wpisane jako użytkownik w świadectwach rejestracji dotyczących poszczególnych statków powietrznych. Oprócz umów potwierdzających władanie statkami powietrznymi, Konsorcjum powinno przedłożyć również dotyczące ich świadectwa rejestracji, z których wynikałoby, że jest wpisane jako użytkownik statku powietrznego.

Zdaniem Odwołującego mając na względzie art. 38 ust. 1 Prawa lotniczego, który stanowi, że okoliczność podlegająca wpisowi do rejestru statków jest skuteczna wobec osób trzecich, gdy została wpisana do rejestru – wyłącznie świadectwo rejestracji statku

powietrznego, z którego wynika, kto jest jego użytkownikiem, w zestawieniu z umową dzierżawy lub inną umową dającą uprawnienie do używania statku powietrznego, jest

7

Sygn. akt KIO 1200/15

dostatecznym potwierdzeniem dysponowania statkiem powietrznym, a w konsekwencji przyjęcia, że Konsorcjum posiada odpowiedni potencjał techniczny do należytego wykonania zamówienia.

Według Odwołującego brak wpisów wydierżawiającego jako użytkownika w świadectwach rejestracji nie pozwala przyjąć, że Konsorcjum dysponuje zasobami wystarczającymi do należytego wykonania zamówienia, a zatem winno być wykluczone z postępowania, gdyż nie wykazało w dostateczny sposób, że spełnia warunki udziału w nim.

{ad pkt 5 i 6 listy zarzutów (pkt 2 uzasadnienia odwołania)}

Odwołujący podał, że w umowach dzierżawy, których przedmiotem są statki powietrzne oznaczone znakami rejestracyjnymi SP-MLM i SP-FLR (str. 48-52 oferty Konsorcjum), brak zapisów mówiących o dopisaniu Wykonawcy Adriana Aviation sp. z o.o. do ubezpieczenia OC i Aerocasco jako użytkownika w zakresie usług AWC – zrzut szczepionki na czas trwania akcji. Odwołujący dodał, że stosowne zapisy widnieją w pozostałych umowach dzierżawy i wynajmu statków powietrznych objętych wykazem przedłożonym przez Konsorcjum.

W ocenie Odwołującego oznacza to, że nie wszystkie statki powietrzne będące w dyspozycji Konsorcjum posiadają odpowiedni zakres obowiązkowego ubezpieczenia OC i Aerocasco, zapewniający dostateczną ochronę Konsorcjum jako ich użytkownika.

Odwołujący wyjaśnił, że stosownie do art. 209 ust. 1 Prawa lotniczego użytkownicy statków powietrznych są obowiązani do zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody powstałe w związku z prowadzoną przez nich działalnością lotniczą zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 785/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie wymogów w zakresie ubezpieczenia w odniesieniu do przewoźników lotniczych i operatorów statków powietrznych (Dz. Urz. UE L 138 z 30.04.2004, str. 1 ; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 7, t. 8, str. 160).

{ad pkt 7 listy zarzutów (pkt 3 uzasadnienia odwołania)}

Odwołujący podał, że w umowie najmu, której przedmiotem jest statek powietrzny oznaczony znakiem rejestracyjnym SP-RRY (str. 65-67 oferty Konsorcjum) zawarto postanowienia, z których wynika, że wynajmujący – Raitaro Partners sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie ma prawa oddania przedmiotu najmu w podnajem osobom trzecim bez pisemnej zgody właściciela statku powietrznego – Bankowego Leasingu sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi. Jak wynika z treści umowy, oświadczenie o wyrażeniu zgody na podnajem statku powietrznego ma stanowić do niej załącznik. Zgoda taka nie została załączona do oferty.

Według Odwołującego budzi to wątpliwości, czy przedmiotowa umowa najmu jest

8

Sygn. akt KIO 1200/15

skuteczna i czy w konsekwencji stanowi dostateczny dla Konsorcjum tytuł prawny do władania będącym jej przedmiotem statkiem powietrznym.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien wezwać Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 1 pzp do przedłożenia oświadczenia o udzieleniu zgody na zawarcie umowy najmu przez Bankowy Leasing sp. z o.o., czego Zamawiający jednak nie uczynił.

{ad pkt 8 listy zarzutów (pkt 4 uzasadnienia odwołania)}

Odwołujący wywiódł, że stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy zalegają m. in. z uiszczeniem podatków, z wyjątkiem przypadków, gdy uzyskali przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Odwołujący podał, że Konsorcjum przedłożyło zaświadczenia właściwych

naczelników urzędów skarbowych o niezaleganiu z podatkami dla wykazania tej okoliczności.

Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum nie wykazało, że nie zalega z uiszczeniem podatków lokalnych w rozumieniu ustawy 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (t.j. w Dz. U. z 2014 r., poz. 150), co do których właściwym organem podatkowym jest wójt, burmistrz lub prezydent miasta. W konsekwencji – według Odwołującego – Konsorcjum nie wykazało, że nie zalega z podatkami, gdyż przedłożone zaświadczenia nie dotyczą wszystkich podatków, które poszczególni konsorcjanci mają obowiązek uiszczać. Stąd nie można uznać, że Konsorcjum spełniło warunek określony w art. 24 ust. 1 pkt 3 pzp.

Zdaniem Odwołującego wynika to z tego, że Zamawiający błędnie sformułował treść pkt 10 lit. c w części VI SIWZ, posługując się sformułowaniem *zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego* zamiast: *zaświadczeniami właściwych organów podatkowych*. Spowodowało, to że uczestniczący w postępowaniu Wykonawcy stosując się wprost do zapisów SIWZ naruszali przepisy ustawy *Prawo zamówień publicznych* narażając się na wykluczenie z postępowania.

{ad pkt 9 listy zarzutów (pkt 5 uzasadnienia odwołania)}

Odwołujący podał, że Konsorcjum wskazało jako *swojego podwykonawcę – podmiot biorący udział w realizacji części zamówienia w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp – W. M.* prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Cumulus W. M. z siedzibą w Elblągu. Odwołujący dodał, że stosownie do treści rozdziału VI pkt 11 SIWZ Konsorcjum winno przedstawić w odniesieniu do tegoż podwykonawcy, dokumenty wymienione w rozdziale V pkt 1 oraz rozdziale VI pkt 10 lit. od a do f.

9

Sygn. akt KIO 1200/15

W szczególności dokumentem jaki wg Odwołującego miało obowiązek przedstawić Konsorcjum jest certyfikat usług lotniczych (AWC – Aerial Works Certificate) oraz towarzyszące temu certyfikatowi specyfikacje operacyjne.

Odwołujący podał, że podwykonawca Cumulus W. M. złożył oświadczenie o udostępnieniu Konsorcjum statków powietrznych oznaczonych znakami rejestracyjnymi SP-FMH, SP-FDW i SP-GBB, spośród których certyfikat usług lotniczych Konsorcjum przedstawiło wyłącznie dla ostatniego z nich. Odwołujący dodał, że Zamawiający nie wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów o certyfikaty usług lotniczych dla statków powietrznych oznaczonych znakami rejestracyjnymi SP-FMH i SP-FDW.

{ad pkt 10 listy zarzutów (pkt 5 uzasadnienia odwołania, końcowy fragment)}

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że obowiązkiem Konsorcjum było również – stosownie do treści rozdziału VI pkt 4 SIWZ – przedłożenie świadectw zdolności do lotu dotyczących wszystkich statków powietrznych wskazanych przez niego w wykazie statków powietrznych znajdujących się w jego dyspozycji.

Odwołujący podał, że w ofercie Konsorcjum brakuje świadectwa zdolności do lotu dla statku powietrznego oznaczonego znakiem rejestracyjnym SP-GBB, który został ujęty w wykazie statków powietrznych znajdujących się w dyspozycji Konsorcjum i przeznaczonych do wykonania zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie wezwał Konsorcjum do przedłożenia tego dokumentu, wbrew obowiązkowi wynikającemu tak z art. 26 ust. 1 pzp, jak i z rozdziału V pkt 7 SIWZ.

{ad pkt 11 listy zarzutów (pkt 6 uzasadnienia odwołania)}

Według relacji Odwołującego w rozdziale IV pkt 6 lit b SIWZ Zamawiający wskazał, że samoloty wykonawcy muszą być wyposażone w miejsce (stół) do przygotowania szczepionki do zrzutu i system umożliwiający pionowy zrzut szczepionki. Na potwierdzenie tej okoliczności – zgodnie z treścią rozdziału VI pkt 4 SIWZ – wykonawca miał przedłożyć wraz z wykazem statków powietrznych oświadczenie o ich przystosowaniu do wykonywania usługi zrzutu szczepionki. Ponadto wykonawca miał obowiązek wraz z wykazem statków powietrznych przedłożyć świadectwa zdolności do lotu w odniesieniu do każdego ze statków powietrznych ujętych w dostarczonym przez niego wykazie.

Odwołujący wyjaśnił, że zagadnienia związane z montowaniem dodatkowego

Sygn. akt KIO 1200/15

usługowego zastosowanie ma załącznik nr 2 do ww. rozporządzenia. Z rozdziału 8 pkt 8.2.4 załącznika nr 2 do ww. rozporządzenia wynika, że modyfikacje statku powietrznego muszą być wykonane przez odpowiednio zatwierdzoną organizację obsługową z zastosowaniem danych zatwierdzonych przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego lub przez organizację projektującą zatwierdzoną zgodnie z Part 21 (certyfikat wydawany przez Europejską Agencję Bezpieczeństwa Lotniczego na podstawie Rozporządzenia Komisji (UE) z dnia 3 sierpnia 2012r. nr 748/2012 ustanawiającego przepisy wykonawcze dotyczące certyfikacji statków powietrznych i związanych z nimi wyrobów, części i akcesoriów w zakresie zdatności do lotu i ochrony środowiska oraz dotyczące certyfikacji organizacji projektujących i produkujących, Dz. Urz. UE z 21 sierpnia 2012r., L 224/1, który upoważnia do projektowania i wykonywania tego rodzaju modyfikacji). Ponieważ stanowią obsługę statku powietrznego i podlegają poświadczeniu obsługi zgodnie z przepisami ww. rozporządzenia (rozdział 8 załącznika nr 2 do ww. rozporządzenia), stosownie do treści rozdziału 10 pkt 10.6 ww. rozporządzenia są wpisywane do pokładowego dziennika technicznego statku powietrznego oraz książki samolotu.

Według Odwołującego w przypadku urządzeń służących do pionowego zrzutu szczepionki w pokładowym dzienniku technicznym i książce samolotu zapisywać się powinno każdy ich montaż i demontaż, a wpisu winien dokonać podmiot właściwy w rozumieniu wyżej przywołanego pkt. 8.2.4 w rozdziale 8 załącznika nr 2 do ww. rozporządzenia.

Odwołujący wskazał ponadto, że z treści rozdziału 10 pkt. 10.3 wynika, iż integralną częścią świadectwa zdatności do lotu każdego statku powietrznego jest jego instrukcja użytkownika w locie wydawana przez producenta, która przy wydawaniu oraz każdej aktualizacji dokonywanej przez producenta lub użytkownika (własne modyfikacje) zatwierdzana jest przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego, przy czym użytkownik statku powietrznego ma obowiązek dostarczenia Prezesowi Urzędu Lotnictwa Cywilnego egzemplarza instrukcji zawierającego wszystkie zatwierdzone uzupełnienia i zmiany przez niego wprowadzone.

Uwzględniając powyższe Odwołujący podniósł, że wskazane przez Konsorcjum w wykazie statki powietrzne powinny posiadać w swoich książkach samolotu, pokładowych dziennikach technicznych i instrukcjach użytkownika w locie stosowne wpisy dotyczące montażu i demontażu urządzeń służących do zrzutu pionowego szczepionki przeciwko wściekliźnie, dokonane przez posiadające odpowiedni certyfikat Part 21 podmioty. Odwołujący zastrzegł, że dotyczy to wyłącznie statków powietrznych typu Cessna oznaczonych znakami rejestracyjnymi SP-GBB, SP- FLR, SP-FYE, SP-KHE, SP-FZX, SP-MLM, SP-FKM, SP-KHF, SP-RRY oraz SP- KMB, gdyż pozostałe statki powietrzne pozostające w dyspozycji Konsorcjum, typu An-2, nie muszą spełniać ww. wymogów.

Sygn. akt KIO 1200/15

Ponadto według Odwołującego skoro instrukcja użytkownika w locie jest integralną częścią świadectwa zdatności do lotu statku powietrznego, Konsorcjum miało obowiązek przedłożyć takie instrukcje wraz z żądanymi przez Zamawiającego świadectwami, czego jednakże nie uczyniło.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien wezwać Konsorcjum do przedłożenia instrukcji użytkownika w locie dla wszystkich statków powietrznych wskazanych przez niego w wykazie, gdyż tylko wówczas można będzie uznać, że Konsorcjum przedłożyło kompletne świadectwa zdatności do lotu, co pozwoliłoby ocenić, czy faktycznie spełnia określone przez Zamawiającego wymagania dotyczące realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł ponadto, że według posiadanych przez niego informacji znajdujący się w wykazie Konsorcjum statek powietrzny oznaczony znakiem rejestracyjnym SP-GBB nie posiada w książce samolotu, pokładowym dzienniku technicznym wymaganych

wpisów dotyczących zamontowania urządzenia do zrzutu szczepionek, a tym samym nie spełnia warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

{uwagi końcowe}

W ocenie Odwołującego Konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie wykazało należyście, że warunki te spełnia, a obowiązkiem Zamawiającego było wezwać go do przedłożenia wskazanych w zarzutach dokumentów, które pozwoliłyby na weryfikację prawdziwości złożonych przez niego oświadczeń.

Odwołujący podniósł także, że Wykonawca niezgodnie z prawdą złożył oświadczenie, iż dysponuje zdolnymi samolotami dostosowanymi do wykonania zamówienia i spełniającymi warunki określone w SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty, a w konsekwencji wyborem oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej.

Ponadto błędne obliczenie ceny oferty Odwołującego skutkowało wyborem oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

12 czerwca 2015 r. Zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie odwołania, w szczególności w następujący sposób odnosząc się do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 4 lit. a i b ustawy z 29 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054, z późn. zm.) podatnikiem jest jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej nabywająca usługi,

12

Sygn. akt KIO 1200/15

a usługodawcą jest podatnik nieposiadający siedziby działalności gospodarczej oraz stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium kraju. Wg poz. 137 załącznika nr 3 do ww. ustawy zrzut szczepionki do przeprowadzania szczepień lisów rudych wolno żyjących zaklasyfikowany jest do usług objętych stawką podatku od towarów i usług w wysokości 8%.

Zamawiający zwrócił uwagę na art. 91 ust. 3a pzp, zgodnie z którym jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający przywołał także postanowienie zawarte w pkt 5 rozdziału XII SIWZ (w ramach sposobu obliczenia oferty): *Jeżeli Wykonawca nie będzie zobowiązany zgodnie z przepisami prawa polskiego do naliczenia VAT od wartości dokonywanej dostawy, a obowiązek zapłaty tego podatku będzie obciążał Zamawiającego, wówczas do podanych przez takiego Wykonawcę wartości dostawy netto (bez VAT) dla poszczególnych pozycji. Zamawiający doliczy dla potrzeb porównania i oceny ofert – kwotę VAT w obowiązującej Zamawiającego wysokości, następnie zsumuje uzyskane wartości i tak uzyskaną cenę oferty porówna z cenami brutto pozostałych ofert.*

Zamawiający wywiódł z powyższego, że porównując oferty powinien brać pod uwagę całkowitą kwotę wydatkowanych środków. W sytuacji nabywania towarów lub usług od takich podmiotów zagranicznych, które na podstawie odrębnych przepisów dotyczących obrotu wewnątrzwspólnotowego nie są zobowiązane do uiszczenia podatku VAT w kraju odbiorcy (sporządzane przez nich oferty zawierają zerową stawkę VAT), obowiązek podatkowy spoczywa na nabywcy towarów lub usług, tzn. zamawiającym, który w razie uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez takiego wykonawcy, byłby obowiązany do uiszczenia należnego podatku wprost do odpowiedniego organu skarbowego.

Zamawiający dodał, że taki sposób postępowania znajduje uzasadnienie w zasadzie równego traktowania wykonawców, gdyż nie prowadzi do faworyzowania wykonawców zagranicznych względem krajowych (W. Dzierżanowski *Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Lex 2014*).

{ad pkt 2 listy zarzutów}

Zamawiający wywiódł, że ponieważ wykonawcy nie wnieśli środków ochrony prawnej

wobec treści ogłoszenia o zamówienia ani wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, są one wiążące. Zamawiający na etapie badania i oceny oferty jest uprawniony do żądania od wykonawców tylko tych dokumentów, których zażądał w treści

13

Sygn. akt KIO 1200/15

SIWZ. Z kolei na potwierdzenie warunków podmiotowych (spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp i braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 pzp), może żądać tylko tych dokumentów, o których mowa w § 1-5 rozporządzenia 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), z uwzględnieniem art. 26 ust. 2b pzp, gdyż katalog ten jest zamknięty i zamawiający nie może oczekiwać od wykonawców przedłożenia mu innych dokumentów lub oświadczeń niż te, które zostały wskazane w powołanych przepisach (wyrok Izby z 13 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 158/14).

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Zamawiający zacytował postanowienia SIWZ:

– rozdział V pkt 6 SIWZ – *Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności*

mu do przedstawiając w tym celu

pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

– rozdział VI pkt 4 SIWZ – *Wykaz statków powietrznych znajdujących się w dyspozycji Wykonawcy wyszczególnieniem ich typu (modelu) i form władania oraz załączonymi dokumentami świadectw zdatności do lotu, oraz oświadczeniem o ich przystosowaniu do wykonywania usługi zrzuca szczepionki – wg załącznika nr 7. W przypadku korzystania z zasobów innych podmiotów do realizacji zamówienia pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia lub umowę.*

Zamawiający zrelacjonował, że oferta Konsorcjum zawiera wykaz znajdujących się w dyspozycji do wykonania zamówienia statków powietrznych (załącznik nr 7 – str. 25) oraz oświadczenie o udostępnieniu i umowy dzierżawy (str. 47-70).

{ad pkt 4-7 i 11 listy zarzutów}

Zamawiający podniósł, że w SIWZ nie wymagał od wykonawców:

- świadectw rejestracyjnych statków powietrznych,
- objęcia statków powietrznych obowiązkowym ubezpieczeniem OC i Aerocasco,
- zgody leasiodawcy na podnajem,

14

Sygn. akt KIO 1200/15

– instrukcji użytkowania w locie dla statków powietrznych.

Zamawiający dodał, że z treści świadectwa zdatności do lotu nie wynika, że jego integralną częścią jest instrukcja użytkowania w locie.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze do oceny skutków wpisu do rejestru statków prowadzonym przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego stosuje się odpowiednio przepisy o księgach wieczystych i hipotece. Wobec tego według Zamawiającego jest to ewidencja statków powietrznych, zapewniająca bezpieczeństwo lotu. Nie jest to jednak równoznaczne z tym, jak podnosi Odwołujący, że skuteczność dysponowania wynajętym lub wdzierżawionym statkiem powietrznym uzależniona jest od wpisu w rejestrze.

{ad pkt 8 listy zarzutów}

Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, zamawiający może żądać aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Zamawiający podniósł, że ani przepisy rozporządzenia, ani postanowienia SIWZ nie wymagają od wykonawców przedstawienia zaświadczeń o niezaleganiu z podatkami lokalnymi.

{ad pkt 9 listy zarzutów}

Zamawiający uznał za chybiony zarzut braku certyfikatu usług lotniczych AWC dla statku powietrznego SP-FMX, gdyż taki numer samolotu nie występuje w ofercie.

{ad pkt 10 listy zarzutów}

Zamawiający wskazał, że poświadczenie przeglądu zdatności do lotu dla statku powietrznego SP-GBB znajduje się na str. 37 oferty.

{ad pkt 12 i 13 listy zarzutów}

Zamawiający podniósł, że zgodnie z jego wymaganiami Konsorcjum złożyło oświadczenie o posiadaniu samolotów sprawnych technicznie, dostosowanych do przewozu ładunku w postaci kartonów, z zamontowanymi stołami do przygotowania szczepionki

15

Sygn. akt KIO 1200/15

do zrzutu pionowego (załącznik nr 2 oferty).

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 5 czerwca 2015 r. drogą elektroniczną kopii odwołania – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 czerwca 2015 r. wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez „Adriana-Aviation” sp. z o.o. z siedzibą w Kosowiznie, Aeroklub Ziemi Lubuskiej w Przylepie, Blue Star sp. z o.o. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia .

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, z tą zmianą, że Odwołujący wycofał zarzut wynikający z pkt 10 listy zarzutów i dalszego uzasadnienia.

Zarzut ten przestał być przedmiotem rozpoznawania Izby w tej sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia

odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

16

Sygn. akt KIO 1200/15

W ocenie Izby Odwoławczy wykazał, że: po pierwsze – ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia – w którym złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu, po drugie – może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które spowodowały zaniechanie wyboru jego oferty, względnie zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, co uniemożliwia Odwoławczemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. zarzut związany z ofertą Odwoławczego

Izba ustaliła, że Odwoławczy jest czeską spółką akcyjną z siedzibą w Ostrawie i w obu zadaniach podał cenę oferty, która nie obejmuje podatku VAT.

Z art. 7 ust. 1 zawartego w rozdziale 2 ustawy pzp wynika, że przygotowanie i przeprowadzenie przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców zalicza się do zasad udzielania zamówień, które muszą być przestrzegane w każdym postępowaniu.

Zgodnie z art. 91 ust. 3a pzp jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054, z późn. zm.) podatnikami są również osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne: (...)

3) dokonujące wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów; 4) nabywające usługi, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: a) usługodawcą jest podatnik nieposiadający siedziby działalności gospodarczej oraz stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium kraju, a w przypadku usług, do których stosuje się art. 28e, podatnik ten nie jest zarejestrowany zgodnie z art. 96 ust. 4, b) usługobiorcą jest: w przypadku usług, do których stosuje się art. 28b – podatnik, o którym mowa w art. 15, lub osoba prawna niebędąca podatnikiem, o którym mowa w art. 15, zarejestrowana lub

17

Sygn. akt KIO 1200/15

obowiązana do zarejestrowania zgodnie z art. 97 ust. 4, w pozostałych przypadkach – podatnik, o którym mowa w art. 15, posiadający siedzibę działalności gospodarczej lub stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium kraju lub osoba prawna niebędąca podatnikiem, o którym mowa w art. 15, posiadająca siedzibę na terytorium kraju i zarejestrowana lub obowiązana do zarejestrowania zgodnie z art. 97 ust. 4.

Izba zważyła, że uregulowanie zawarte w art. 91 ust. 3a pzp służy zapewnieniu przez zamawiającego przy ocenie ofert uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niezależnie od sposobu rozliczenia należnego podatku od towarów i usług, czyli niezależnie od tego, kto jest podmiotem zobowiązany do odprowadzenia tego podatku – wykonawca (co jest zasadą) czy zamawiający. Pomimo literalnego brzmienia przepisu, którego hipoteza odnosi się tylko do wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, jego dyspozycja powinna również znaleźć zastosowanie również w odniesieniu do importu usług, gdyż również w tym przypadku może dojść do złożenia oferty, której wybór prowadziłby do powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego.

Jak wskazuje się w doktrynie artykuł 17 ustawy o podatku od towarów i usług określa podatników w przypadku importu towarów, usług oraz wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, a także przypadków krajowego samonaliczenia podatku przez odbiorców niektórych towarów lub usług. Wspólnym mianownikiem jest faktyczne zastosowanie tzw. mechanizmu samoobliczenia podatku, nazywanego również mechanizmem odwróconego poboru (ang. reverse charge mechanism). O ile bowiem w przypadku podatku od towarów i usług zasadą jest, że prawny ciężar zobowiązania podatkowego ciąży na podmiocie, który dostarcza towary bądź świadczy usługi, o tyle w tych przypadkach ciężar rozliczenia podatku został przeniesiony na nabywców towarów lub usług. W tego rodzaju transakcjach, które z samej swej konstrukcji mają charakter transgraniczny, wprowadzono mechanizm rozliczania podatku przez nabywcę towaru lub usługi. W tym celu – aby mógł odprowadzić do urzędu skarbowego wcześniej zadeklarowany podatek – nadano mu status podatnika. Podmiot ten pozostaje przede wszystkim osobą zobowiązaną do zapłaty podatku, natomiast z samego tylko faktu dokonania czynności, z tytułu których polska ustawa nazywa go podatnikiem, nie przysługują mu uprawnienia podatnika (prawo do odliczenia podatku).

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny oraz powyższe przepisy, zdaniem sądu orzekającego Izby Zamawiający prawidłowo uznał, że razie wyboru oferty Odwołującego byłby zobowiązany do odprowadzenia podatku VAT wg stawki 8%, a w konsekwencji prawidłowo doliczył kwotę odpowiadającą tej stawce do ceny oferty Odwołującego na potrzeby oceny w ramach kryterium najniższej ceny oferty.

18

Sygn. akt KIO 1200/15

II. zarzuty związane z ofertą Przystępującego

Izba ustaliła, co następuje:

Rozdział V s.i.w.z. dotyczy warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny tych warunków, a rozdział VI zawiera informację o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu.

W pkt 1 rozdziału V jako warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp, wpisano: *Zamawiający wymaga, aby Wykonawca prowadził usługi lotnicze, inne niż zarobkowy przewóz lotniczy w kategorii usług AW 7. Wykonawca musi posiadać aktualny Certyfikat Usług Lotniczych (Aerial Works Certificate – AWC) wraz z towarzyszącym temu certyfikatowi specyfikacjami operacyjnymi. (...)*

Jako opis sposobu dokonywania oceny tego warunku wpisano: *Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek na podstawie przedłożonych wymaganych certyfikatów. Ocena wyżej wymienionego warunku zostanie przeprowadzona zgodnie z formułą spełnia – nie spełnia.*

W pkt 2 rozdziału VI Zamawiający zażądał złożenia tych dokumentów.

W pkt 11 rozdziału VI Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te biorą udział w realizacji części zamówienia, żąda przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów nie tylko dokumentów dotyczących braku wykazania podstaw do wykluczenia, ale również *dokumentów wymienionych w rozdz. V pkt 1.*

W pkt 3 rozdziału V jako warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp (w zakresie potencjału technicznego), wpisano: *Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek na podstawie złożonego wykazu statków powietrznych znajdujących się w dyspozycji Wykonawcy umożliwiających wykonanie przedmiotu zamówienia w wymaganym czasie – załącznik nr 7.*

Jako opis sposobu dokonywania oceny tego warunku wpisano: *Ocena wyżej wymienionego warunku zostanie przeprowadzona zgodnie z formułą spełnia – nie spełnia.*

W pkt 4 rozdziału VI Zamawiający zażądał: *Wykaz statków powietrznych znajdujących się w dyspozycji Wykonawcy z wyszczególnieniem ich typu (modelu) i form władania oraz załączonymi dokumentami świadectw zdatności do lotu, oraz oświadczeniem o ich przystosowaniu do wykonywania usługi zrzutu szczepionki – wg załącznika nr 7. W przypadku korzystania z zasobów innych podmiotów do realizacji zamówienia pisemnie*

Sygn. akt KIO 1200/15

zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. (...)

Wzór wykazu z załącznika nr 7 do s.i.w.z. obejmuje oświadczenie o dysponowaniu *zdatnymi samolotami (wg zał. wykazu) dostosowanymi do wykonywania usługi i spełniającymi warunki określone w siwz*, które posiadają aktualne świadectwa zdolności do lotu. W tabeli wykazu przewidziano kolejno rubryki na wpisanie: (1) marki, typu (modelu); (2) znaku rejestracyjnego; (3) prędkości przelotowej; (4) udźwigu; (5) podstawy dysponowania (jak to określono – formy własności).

W pozostałym zakresie, w tym dotyczącym zawartości oferty Konsorcjum, jeżeli poniżej nie zastrzeżono inaczej, Izba uznała za adekwatnie przytoczone lub opisane okoliczności wskazane w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; 2) posiadania wiedzy i doświadczenia; 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej. Według art. 22 ust. 3 pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Według art. 26 ust. 1 pzp zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp. 2a.

Z kolei na mocy art. 26 ust. 2a pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 pzp.

Sygn. akt KIO 1200/15

Zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, 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.

Izba stwierdziła, że wszystkie zawarte w odwołaniu zarzuty dotyczące niewykazania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu są niezasadne.

Przed wszystkim sugerowany w odwołaniu sposób oceny spełniania warunków

niewiele ma wspólnego z przywołanymi powyżej postanowieniami s.i.w.z., a także przepisami ustawy pzp, których naruszenie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu.

Opisany w s.i.w.z. sposób oceny spełniania warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wymaga od wykonawcy wykazania dysponowania zdatnymi do lotu oraz przystosowanymi do zrzutu szczepionki samolotami, które umożliwią wykonanie przedmiotu zamówienia w wymaganym czasie. Należy zauważyć, że pomimo deklarowanej formuły oceny na zasadzie „spełnia – nie spełnia”, nie określono w jaki sposób zostanie stwierdzone, czy wykonawca dysponuje wystarczającą liczbą samolotów. W innej niż poświęcona warunkom udziału w postępowaniu części s.i.w.z. – IV. (Wymagania szczegółowe przedmiotowe dotyczące realizacji zamówienia) można wyczytać, że: po pierwsze – *Wykonawca musi zapewnić: wystarczającą liczbę sprawnych technicznie i gotowych do akcji samolotów o parametrach technicznych lotu umożliwiających wykonanie usługi przy prędkości przelotowej 100-150 km/h z wysokości max 150-200m zgodnie z zasadami sztuki lotniczej w czasie nie przekraczającym 6 dni licząc od daty jej rozpoczęcia {pkt 3}. Usługa powinna być wykonana zgodnie z zasadami sztuki lotniczej, przy zapewnieniu precyzyjnego wykładania szczepionki poprzez zapewnienie odpowiedniej liczby samolotów oraz dostosowanie tras, prędkości i wysokości planowanych lotów do potrzeb należytego wykonania zadania {pkt 15}*; po drugie – samoloty muszą być wyposażone m. in.: *w system GPS i system rejestrujący zrzut szczepionki... oraz w miejsce (stół) do przygotowania*

21

Sygn. akt KIO 1200/15

szczepionki do zrzutu i system umożliwiający pionowy zrzut szczepionki {pkt 6 lit. a i b}. Przytoczone postanowienia, choć nadal nie wskazują jednoznacznie wymaganej liczby samolotów, określają wymagany czas, a także precyzują wymagany zakres przystosowania samolotów do zrzutu szczepionki.

Dla umożliwienia sobie oceny spełniania powyższego warunku Zamawiający zażądał w s.i.w.z. następujących dokumentów, po pierwsze – wykazu statków powietrznych, w którym należało wyszczególnić ich typ (model) i podstawę dysponowania poszczególnymi samolotami, a według wzoru wykazu dodatkowo – znak rejestracyjny, prędkość przelotową i udźwig, a także zawrzące oświadczenie, że samoloty te są dostosowane do wykonywania usługi i spełniają warunki określone w s.i.w.z. oraz posiadają aktualne świadectwa zdatności do lotu; po drugie – świadectw zdatności do lotów.

Z kolei na rozprawie okazało się, że Zamawiający ustalał, czy wykonawca dysponuje wystarczającą liczbą samolotów dla wykonania usługi w odpowiednim czasie, również na podstawie zażądanego odrębnie w s.i.w.z. {część IV pkt 16 oraz część XI pkt 1 lit. c} dokumentacji przedwykonawczej określającej planowane trasy lotu oraz planowaną liczbę dawek na danej linii, czyli wypełnionego załącznika nr 10 do s.i.w.z.

Odwołujący zupełnie bezpodstawnie oczekuje, aby z pominięciem obowiązujących postanowień s.i.w.z. i przepisów ustawy pzp przedmiotem oceny były okoliczności nie mieszczące się w ramach sprecyzowanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, względnie, aby prowadzić ocenę spełniania tych warunków w sposób abstrahujący od opisanego przez Zamawiającego i na podstawie dokumentów, które nie były żądane przez Zamawiającego.

Wywiedzione przez Odwołującego braki polegające na: po pierwsze – nieujawnieniu w stosownym rejestrze któregoś z członków Konsorcjum lub podwykonawcy jako użytkownika w przypadku 8 wynajętych lub wdzierżawionych samolotów, po drugie – nieujęcia lidera Konsorcjum jako użytkownika objętego ubezpieczeniem dla 2 samolotów, nie mają żadnego znaczenia, gdyż nie są to okoliczności objęte warunkami udziału w przedmiotowym postępowaniu. Natomiast poza kognicją Izby w tej sprawie jest rozstrzygnięcie, czy w świetle przepisów Prawa lotniczego przywołanych w odwołaniu przed rozpoczęciem realizacji zamówienia konieczne jest dopełnienie przez Konsorcjum tego typu formalności. Na marginesie należy jednak zauważyć, że drugi z powyższych braków jest jedynie domniemywany przez Odwołującego na podstawie analizy porównawczej umów najmu lub w dzierżawę, spośród których tylko niektóre zawierają postanowienia o zobowiązaniu wynajmującego lub wdzierżawiającego do dopisania najemcy lub dzierżawcy jako użytkownika objętego ubezpieczeniem samolotów.

Przed wszystkim Zamawiający nie żądał przedstawienia umów będących podstawą

Sygn. akt KIO 1200/15

dysponowania samolotami przez wykonawcę, a zatem załączenie przez Konsorcjum z własnej inicjatywy takich umów mogłoby mieć ewentualnie znaczenie, gdyby ich treść podważała wiarygodność zawartego w wykazie oświadczenia o dysponowaniu danym samolotem. Tymczasem z umowy wynajmu samolotu o znaku rejestracyjnym SP-RRY nie wynika również wywiedziona w odwołaniu okoliczność braku załączenia zgody właściciela samolotu – Bankowego Leasingu sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi na jego wynajem. Umknęło uwadze Odwołującego, że § 1 ust. 3 tej umowy {str. 65-67 oferty Konsorcjum} wynika jedynie, że Adriana Aviation jako najemca nie ma prawa podnajęcia osobom trzecim bez zgody właściciela wynajętego samolotu. Na rozprawie Odwołujący nie był w stanie wskazać żadnego postanowienia tej umowy, z którego wynikałoby, że wynajęcie przez Ritaro Partners sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie samolotu wymaga zgody jego właściciela.

Z s.i.w.z. wprost wynika, że na potwierdzenie dostosowania samolotów do wykonywania usługi zrzutu szczepionki Zamawiający żądał jedynie od wykonawców złożenia stosownego oświadczenia potwierdzającego w treści wykazu. Bezsporne jest, że wykaz zawierający takie oświadczenie został przez Konsorcjum załączony do oferty. Wobec tego Odwołujący bezpodstawnie wywodzi, że badanie spełniania tego wymagania powinno opierać się na instrukcji użytkownika w locie, gdyż przedstawienie takiego dokumentu nie było wymagane według s.i.w.z. Odwołujący przyznał to na rozprawie, a ponadto, że sam nie załączył takich dokumentów do swojej oferty. W oczywisty sposób podważa to wiarygodność zarzutu obszernie wywiedzionego w odwołaniu.

Dodatkowo zauważyć należy, że spośród 12 samolotów objętych zarzutem odwołania, każde z 9 świadectw zdatności do lotu (ang. Certificate of Airworthiness) i poświadczenie przeglądu zdatności do lotu (ang. Airworthiness Review Certificate) załączonych dla 10 samolotów marki Cessna z wykazu Konsorcjum – wydane w oparciu o rozporządzenie (WE) nr 1592/2002 lub nowsze rozporządzenie parlamentu europejskiego i rady (WE) nr 216/2008 z dnia 20 lutego 2008 r. w sprawie wspólnych zasad w zakresie lotnictwa cywilnego i utworzenia Europejskiej Agencji Bezpieczeństwa Lotniczego oraz uchylające dyrektywę Rady 91/670/EWG, rozporządzenie (WE) nr 1592/2002 i dyrektywę 2004/36/WE (Dz.U. L 79 z 19.3.2008, str. 1) – w swojej treści nie wskazują, że instrukcja użytkownika w locie stanowi do nich załącznik. Takie wskazanie zawierają jedynie świadectwa zdatności do lotu dla samolotów typu An-2, wydane zgodnie z art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 933, z późn. zm.). Jednakże skoro według Odwołującego do samolotów tego typu nie znajdują zastosowanie wymagania posiadania w książkach, pokładowych dziennikach technicznych i instrukcjach użytkownika stosownych wpisów dotyczących montażu i demontażu urządzeń służących do pionowego zrzutu szczepionki przeciwko wściekliźnie, bezprzedmiotowe jest domaganie się

Sygn. akt KIO 1200/15

przedstawienia załącznika, który nie mógłby służyć potwierdzeniu tej okoliczności.

Za niezasadny należało również uznać zarzut niewykazania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu z powodu nieprzedłożenia certyfikatu usług lotniczych AWC dotyczącego dwóch spośród trzech samolotów udostępnionych na zasadzie art. 26 ust. 2b pzp przez „Cumulus” W. M. z Elbląga, czyli dwóch samolotów typu AN-2.

Izba ustaliła, że do oferty Konsorcjum załączono co prawda wystawiony dla tego przedsiębiorcy certyfikat usług lotniczych (ang. Aerial Works Certificate, w skrócie: „AWC”), który ujawnia w spisie treści istnienie specyfikacji operacyjnych dla samolotów typu AN-2, jednakże specyfikacje te nie zostały załączone. Zamawiający na rozprawie potwierdził ten stan rzeczy.

Zamawiający wskazał jednak również, że żaden z tych dwóch samolotów nie został przewidziany w załączonych do oferty Konsorcjum planach zrzutu szczepionki dla żadnego z zadań, co znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania.

W tym stanie rzeczy nie można stwierdzić, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia w sposób opisany w s.i.w.z. warunku udziału dotyczącego posiadania uprawnień

wymaganych do realizacji przedmiotu zamówienia, czy też warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, czyli warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy pzp. Nie ma również podstaw, aby wzywać Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia certyfikatu AWC dla podwykonawcy o specyfikacje operacyjne dla dwóch samolotów typu AN-2 wymienionych w dwóch pierwszych poz. wykazu samolotów, gdyż bez brania ich pod uwagę został spełniony warunek dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia. Jak już powyżej stwierdzono, opis spełniania tego warunku wymagał od wykonawcy dysponowania samolotami, które umożliwią wykonanie zamówienia w wymaganym czasie. Biorąc pod uwagę treść oferty Konsorcjum (wypełniony załącznik nr 10 do s.i.w.z.) nie sposób stwierdzić, że pozostałe 16 samolotów ujętych w wykazie nie stanowi wystarczającego potencjału technicznego dla wykonania obu zadań objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący nie zaprzeczał, że w swoim wykazie przewidział do realizacji zamówienia znaczenie mniejszą liczbę samolotów.

Oczywiście bezpodstawny jest również zarzut jakoby Konsorcjum nie wykazało, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 pzp *{Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na*

24

Sygn. akt KIO 1200/15

raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu}, gdyż nie przedstawiło zaświadczeń dotyczących podatków i opłat lokalnych, a złożyło jedynie zaświadczenia właściwych naczelników urzędów skarbowych.

Odwołujący co prawda adekwatnie ustalił w tym zakresie zarówno treść s.i.w.z., jak i zawartości oferty Konsorcjum, jednakże sformułował na tej podstawie zarzuty, które nie znajdują oparcia w obowiązującym stanie prawnym. Z wydanego na podstawie delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy pzp rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) wynika, że dla wykazania braku podstawy do wykluczenia z postępowania o udzielenie, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 pzp, oprócz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, zamawiający może zażądać jedynie aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego {por. § 3 ust. 1 pkt 1 i 2}. Tym samym decyzją ustawodawcy żaden zamawiający prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy pzp nie jest uprawniony, aby żądać od wykonawcy udokumentowania urzędowym dokumentem, że nie zalega z uiszczeniem podatków i opłat lokalnych.

W konsekwencji za niezasadny należało również uznać zarysowany w odwołaniu zarzut, że Konsorcjum podlegało wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż złożyło nieprawdziwe oświadczenie, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Z odwołania wynika wręcz, że powyższy zarzut jest nie tylko oparty na błędnym przekonaniu Odwołującego co do treści warunku udziału w postępowaniu (opisu sposobu oceny jego spełniania), ale nie został oparty na żadnych dowodach, gdyż Odwołujący zamierzał je dopiero uzyskać, wnosząc w odwołaniu również o to, aby Izba zobowiązała Przystępującego do przedstawienia na rozprawie wszystkich tych dokumentów, których zdaniem Odwołującego brakowało w ofercie Konsorcjum.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 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

Sygn. akt KIO 1200/15

rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: