Sygn. akt: KIO 2082/16

WYROK
z dnia 17 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **ALSTAL GRUPA BUDOWLANA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. (Jacewo 76, 88-100 Inowrocław)** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Miasto Oleśnica (Rynek Ratusz, 56-400 Oleśnica)**

przy udziale wykonawcy **Berger Bau Polska Sp. z o.o. (ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego ALSTAL GRUPA BUDOWLANA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. (Jacewo 76, 88-100 Inowrocław)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego ALSTAL GRUPA BUDOWLANA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. (Jacewo 76, 88-100 Inowrocław)** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu.**

Przewodniczący: ……...

Sygn. akt: KIO 2082/16

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Oleśnica prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Przebudowę i rozbudowę wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynku byłego Zespołu Szkół Medycznych w Oleśnicy przy ul. Armii Krajowej 2, na działce 18/8 AM 25 obręb Oleśnica, przeznaczonego na potrzeby utworzenia Dziennego Domu Pomocy Społecznej, Klubu Integracji Społecznej, mieszkań chronionych oraz przedszkola publicznego wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną”.

Odwołujący Alstal Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na *wykluczeniu* z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, wykluczeniu Odwołującego ze względu na uznanie, że podmiot udostępniający zasoby - ALTIS HOLDING z siedzibą w Kijowie nie wykazał niekaralności i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 21 Pzp poprzez nieuprawnione uznanie jego zaświadczenia o niekaralności w formie oświadczenia za niewystarczające, odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp z uwagi na to, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny poprzez błędne przyjęcie stawki adekwatnej do przedmiotu zamówienia, zaniechania odrzucenia oferty Berger Bau Polska Sp. z o.o., oferty Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o., , oferty POLAQUA Sp. z o.o., oraz oferty Pre-Fabrykat Sp. z o.o., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp poprzez błędne przyjęcie stawki podatku VAT, oraz -

na zasadzie ewentualnej - jeżeli Izba nie uznałaby za wystarczające argumentów dotyczących powyższych zarzutów - naruszenie w postaci zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp.
Odwołujący zarzucił Odwołującemu naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu mimo, że zawiera błędy w obliczeniu ceny, a za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Odwołującego; art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego i odrzucenie jego oferty; art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione wykluczenie Odwołującego z Postępowania i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej; art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez podejmowanie czynności w Postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami Pzp poprzez stworzenie sytuacji, w której nie uzyskanie prawidłowych i rzetelnych informacji a terminy na

uzupełnienie dokumentów były niemożliwe do spełnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt. 1 Pzp: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu; przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu; wezwania Odwołującego do wyjaśnień w sprawie stawki podatku VAT w trybie art. 87 ustawy Pzp; uwzględnienia wyjaśnień Odwołującego w sprawie ceny w kontekście zastosowanej stawki podatku VAT wobec złożonych wyjaśnień popartych ekspertyzą podatkową oraz uwzględnienia wyjaśnień i dokumentów oraz oświadczeń złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą oraz w wyniku wezwania do uzupełnień i wyjaśnień za wystarczające w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w celu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

1) Zgodnie z brzmieniem art., 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca może polegać na zdolnościach podmiotów trzecich w zakresie wiedzy i doświadczenia, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do których te zdolności są wymagane. Zdaniem Odwołującego, znowelizowany przepis potwierdza i tak funkcjonujący dotychczas w związku z interpretacją Prezesa UZP dotyczącą korzystania z zasobów wiedzy i doświadczenia innych podmiotów i koniecznością powiązania tego procederu z podwykonawstwem i stanowi niejako jej potwierdzenie. W ocenie Odwołującego, udział podmiotu ALTIS HOLDING, zgodnie z treścią zobowiązania o udostępnieniu zasobów, będzie odpowiednie w odniesieniu do tych elementów inwestycji, w zakresie których Odwołujący nie posiada stosownego doświadczenia. Powyższe jasno wynika z treści załączonego do wyjaśnień i do oferty zobowiązania podmiotu trzeciego. Odwołujący wyjaśnił, że doświadczenie posiada.
Zamawiający poddał w wątpliwość sam zakres zobowiązania i jego treść, w zakresie, w jakim miałoby to być dla Zamawiającego nieścisłe w kontekście zapewnienia mu bezpieczeństwa prawidłowej realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego, zakres uwzględnia konieczny udział podwykonawcy udostępniającego zasoby w całym okresie trwania inwestycji w zakresie koniecznym dla uzupełnienia wiedzy i doświadczenia Odwołującego w zakresie, w jakim mu jej brakuje.

2) Odwołujący podniósł, że w wyniku biernej postawy Zamawiającego i wymijającej odpowiedzi udzielonej przez niego na pytanie nr 4 w dniu 23.09.2016 zadane przez jednego z Oferentów dotyczące określenia właściwej stawki podatku VAT, jaką należy uwzględnić w treści oferty, Wykonawcy zostali zobowiązani do samodzielnego określenia stawki podatku vat, jaki należy zastosować dla niniejszej inwestycji.

Odwołujący w tej kwestii zwrócił się do Generalnego Projektanta inwestycji (firmy Demiurg) jako podmiotu mającego największą wiedzę nt. przedmiotowej inwestycji. Uzyskał pismo od Projektanta oraz Rzeczoznawcy budowlanego o jednoznacznej klasyfikacji obiektu jaka winna być nadana po zrealizowaniu zadania inwestycyjnego w oparciu o Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30.12.1999r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych.

Oświadczenie Projektanta oraz Rzeczoznawcy budowlanego, gdzie jednoznacznie określono zakwalifikowanie przyszłej inwestycji do PKOB 1130 zostało skierowane na wniosek Wykonawcy do Doradcy podatkowego oraz Biegłego rewidenta, którzy w dniu 03.10.2016r. wydali opinię w zakresie skutków podatkowych w podatku od towarów i usług prac budowlanych.

Odwołujący wyjaśnił, że „zgodnie z art. 41 ust. 12 w zw. z art. 146a pkt 2 i art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (dalej: ustawa o VAT) do dostawy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym ma zastosowanie stawka 8% podatku VAT. W świetle definicji „obiektów budownictwa mieszkaniowego" zawartej w art. 2 pkt 12 ustawy o VAT przez obiekty takie należy rozumieć budynki mieszkalne stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (dalej PKOB) w dziale 11. Natomiast do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym zalicza się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyjątkiem lokali użytkowych, oraz lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w PKOB w dziale 12, jak również budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych. Do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym nie zalicza się natomiast - zgodnie z art. 41 ust. 12b ustawy o VAT - budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m^2, oraz lokali mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 150m^2. Reasumując - obniżona stawka podatku ma zastosowanie tylko do określonych czynności dotyczących obiektów budowlanych, które zaliczane są do społecznego programu budownictwa mieszkaniowego."

Zdaniem Odwołującego, czynności wykonywane na zewnątrz budynku (niezwiązane z jego bryłą) nie są objęte stawką obniżoną, choćby były związane z budynkiem. W powyższej kwestii wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 17 grudnia 2013 r. (sygn. I FSK1792/12) uznając, że prace te winny być opodatkowane podstawową stawką podatku VAT.

W obecnym stanie prawnym do społecznego programu budownictwa mieszkaniowego nie zalicza się infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu. Czynności mające za przedmiot budowę, remont, modernizację i tym podobne czynności dotyczące tej infrastruktury będą opodatkowane stawką podstawową, tj. obecnie stawką 23% VAT.

Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale z dnia 3 czerwca 2013 r (sygn. I FPS 7/12) w składzie poszerzonym uznał, że „Obniżona stawka podatku od towarów i usług, o której mowa w art. 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm., w brzmieniu od 1 stycznia 2008 r.) oraz § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 212, poz. 1336) i w § 37 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 224, poz. 1799) nie może mieć zastosowania do robót dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego wykonywanych poza budynkiem." W konsekwencji prace te będą opodatkowane stawką podstawową czyli stawką 23% podatku VAT.

Odwołujący argumentował, że: „Przepisy ustawy o VAT nie określają żadnych szczególnych wymogów w kwestii rodzaju dokumentacji uprawniającej do zastosowania 8% stawki VAT. Organy podatkowe wskazują, że to na podatniku ciąży odpowiedzialność w zakresie udowodnienia wystąpienia okoliczności uzasadniających zastosowanie stawki podatku innej niż stawka podstawowa. Ustawa o VAT oraz rozporządzenia wykonawcze wydane na jej podstawie nie określają rodzaju i formy dokumentów, jednakże podatnik powinien posiadać w swojej dokumentacji dowody wiarygodne, które formalnie i w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzać będą zastosowanie preferencyjnej stawki VAT (vide: interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 19 września 2015 r, IBPP2/4512-546/15/RSz)".

3) Odwołujący w treści oferty przedstawił zobowiązanie podmiotu ALTIS HOLDING, które miało formę oświadczenia złożonego przed notariuszem i zostało potwierdzone za zgodność z oryginałem przez umocowaną osobę. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedstawienia oryginału dokumentu. Odwołujący wskazał, że we wskazanym przez Zamawiającego terminie nie było możliwości dostawy oświadczenia w oryginale z ukraińskiej korporacji. Odwołujący monitował Zamawiającego z prośbą o przesuniecie terminu złożenia wyjaśnień z uwagi na liczne ograniczenia czasowe - które de facto uniemożliwiły Odwołującemu złożenie wyjaśnień w pełni kompletnych z uwagi na niemożliwy termin. Zamawiający nie wyraził zgodny na przedłużenie terminu. W ocenie Odwołującego, rygor

wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego jest nieadekwatny do stawianych zarzutów i jako taki powinien zostać uchylony.

Odwołujący wniósł na zasadzie ewentualnej o unieważnienie postępowania z uwagi na to, że brak rzetelnej informacji ze strony Zamawiającego na temat stawki podatku VAT wprowadził w błąd wykonawców, czym sprawił, że wykonawcy w różny sposób dokonali obliczenia ceny, co czyni te oferty nieporównywalnymi.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stawkę podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2 (8%) ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, stosuje się - w myśl art. 41 ust. 12 ustawy o VAT - do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Zgodnie z art. 41 ust 12a, przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, oraz lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, a także obiekty sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264 - wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych, z zastrzeżeniem ust. 12b.
Zgodnie z wyrokiem NSA w Warszawie z dnia 10 lutego 2015 r. (I FSK 1976/13) - w odniesieniu do art. 41 ust 12a - o charakterze lokalu w kontekście zastosowania stawki preferencyjnej musiały więc decydować obiektywne przesłanki świadczące o typowo mieszkaniowym zastosowaniu lokalu realizującego w stopniu dominującym takie właśnie potrzeby.

Możliwość zastosowania stawki preferencyjnej stanowi odstępstwo od ogólnej zasady, zgodnie z którą towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową (art. 41 ust. 1 ustawy). Stosowanie stawki podstawowej ma zatem charakter reguły ogólnej. Wszelkie wyjątki od tej reguły powinny być interpretowane w sposób ścisły.

Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej w art. 17 ust. 2 pkt 3 wskazuje, że do zadań własnych gminy należy prowadzenie i zapewnienie miejsc w domach pomocy społecznej i ośrodkach wsparcia o zasięgu gminnym oraz kierowanie do nich osób wymagających opieki. Przystępujący wskazał, że DDPS nie spełnia ustawowych wymogów stawianych domom pomocy społecznej - dlatego jest odrębną kategorią, mieszczącą się w ramach ośrodków wsparcia - m.in. w § 6 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 23 sierpnia 2012 r. w sprawie domów pomocy społecznej wskazuje się, że

aby uznać, że DPS spełnia warunki ustawodawcy, niezbędne jest, aby znajdowały się w nim m.in. pokoje mieszkalne jednoosobowe i wieloosobowe - a pomieszczeniom tym wskazano dodatkowe wymogi dot. powierzchni i wyposażenia. Opis przedmiotu zamówienia przedstawiony w Rozdziale III pkt I. 1. SIWZ wskazuje na kwestię przeznaczenia budynku, którego dotyczy postępowanie.
W oparciu o powyższe należało ocenić, czy DDPS w Oławie może zostać uznany za DPS. W ocenie Izby tak nie jest, z uwagi na zupełnie odmienny charakter tej instytucji. W ocenie Izby wskazane w trakcie rozprawy okoliczności (poniżej wskazane) nie pozwalają uznać, aby pomieszczenia DDPS były przeznaczone na zakwaterowanie. Na pierwszym piętrze znajdą się m.in. pokój klubowy, pokój odpoczynku, sala spotkań, sala fitness. DDPS jest czynny dla osób skierowanych decyzją administracyjną przez Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej wyłącznie w określonych godzinach. Istotna jest okoliczność, że nie jest możliwe przebywanie w nim przez całą dobę. Przystępujący wskazał, że pomieszczenia przeznaczone na funkcje mieszkalne dysponują niezależnymi kuchniami albo też posiadają salon z aneksem kuchennym. Pomieszczenia te nie są powiązane z DDPS. W ocenie Izby powyższy argument ma podstawowe znaczenie, gdyż potwierdza, że część pomieszczeń służących potrzebom mieszkaniowym została oddzielona od pomieszczeń DDPS. Osoby mieszające na piętrze trzecim lub czwartym mogą ale nie muszą korzystać z pozostałych pomieszczeń wspólnych, funkcjonalnych. Powiązanie powierzchni mieszkalnych i DDPS jest zatem wyłącznie lokalizacyjne. Do pomieszczeń tych może wejść zarówno osoba mieszkająca na piętrze trzecim lub czwartym jak również mieszkańcy miasta.
Z powyższego zatem wynika, że DDPS nie pełni funkcji mieszkalnych, a skoro tak, to nie może zostać uznany za DPS. Zgodnie z twierdzeniem Przystępującego, któremu nie zaprzeczył Odwołujący, „pomieszczenia takie jak: piwnica, parter i pierwsze piętro budynku będą wyłączone z użytkowania. DDPS zapewnia Pensjonariuszom bezpieczne miejsce do

przebywania w porze dziennej i godnego spędzania czasu, zapewnienie posiłku w czasie pobytu, udostępnienie urządzeń do utrzymania higieny osobistej, podstawowe świadczenia opiekuńcze, podnoszenie sprawności i aktywizację Pensjonariuszy poprzez udział w terapii zajęciowej i ruchowej, działania wspomagające, polegające na utrzymaniu kontaktów społecznych - udziale w aktywnych formach wypoczynkowych, imprezach kulturalnych, rekreacyjnych, towarzyskich. Jest to zupełnie różny zakres działalności w stosunku do DPS, gdzie zapewnia się całodobową opiekę osobom, które nie są w stanie funkcjonować samodzielnie i wymagają wsparcia. W porach zamknięcia DDPS Pensjonariusze nie tylko nie mogą przebywać w ośrodku, ale leż nie są im zapewniane odpowiednie świadczenia opiekuńcze."
Zatem DDPS nie spełnia wymogów stawianych DPS, niezbędnych do uzyskania ulgi podatkowej. Tym samym, zastosowanie dla DDPS analogicznych przepisów jak w przypadku DPS należało uznać za niewłaściwe.

Wykonawcy mieli obowiązek samodzielnego ustalenia prawidłowej stawki VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami. Skoro zatem DDPS nie spełnia ustawowych warunków do zastosowania preferencyjnej stawki VAT, z uwagi na okoliczność, że jego przeważająca część będzie przeznaczona na cele niemieszkalne. Konsekwencją niewłaściwego ustalenia stawki podatku VAT jest okoliczność, że oferta zawiera błąd i jako taka podlega odrzuceniu.

W ocenie Izby, trafnie wskazał Przystępujący, że Projektant, (który również sporządził opinię na zlecenie Odwołującego), nie ma żadnej podstawy prawnej do dokonania kwalifikacji PKOB. Opinia klasyfikacyjna w przedmiocie prawidłowego grupowania towaru lub usługi wydawana jest wyłącznie przez Główny Urząd Statystyczny. Odwołujący nie przedstawił decydującego stanowiska w sprawie kwalifikacji PKOB - Głównego Urzędu Statystycznego. Co więcej, w treści opinii projektanta z 2. listopada 2016 r. wyraźnie wskazano, że ostatecznie kwalifikacja PKOB winna być dokonana przez Wykonawcę Robót składającego ofertę. Stanowisko zatem projektanta można ocenić jedynie jako stanowisko strony.

W świetle powyższego Izba uznała, że nie jest trafny zarzut Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający nie miał prawa do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na niespełnienie ustawowych przesłanek. W ocenie Izby, oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Zgodnie z Rozdziałem VIII SIWZ - pkt. 1.4: *Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że wykonał w ciągu ostatnich pięciu lat:*

przynajmniej dwa zadania obejmujące budowę, przebudowę, rozbudowę lub remont obiektu wpisanego co najmniej do gminnej ewidencji zabytków, o powierzchni użytkowej co najmniej 3 000,00 m², gdzie roboty budowlane były prowadzone na co najmniej 3 kondygnacjach, każde z zadań o wartości co najmniej 12 000 000,00 PLN brutto.
Odwołujący - dla wykazania spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu - posłużył się zasobami podmiotów trzecich- wskazał, że zarówno ALTIS-HOLDING, jak i DOMBUD zrealizowały po jednym z wyżej opisanych zadań. Odwołujący nie wskazywał na doświadczenie w tym zakresie.
Do oferty Odwołującego załączono pismo DOMBUD S.A. z siedzibą w Katowicach z 21.09.2016 r., w którym podmiot ten zobowiązuje się do oddania do dyspozycji Odwołującego zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie budowy, przebudowy, rozbudowy lub remontu obiektu wpisanego co najmniej do gminnej ewidencji zabytków, o powierzchni użytkowej co najmniej 3000,00 m ^{2} , gdzie roboty budowlane były prowadzone na co najmniej 3 kondygnacjach, o wartości zamówienia co najmniej 12 000 000,00 PLN brutto jako niezbędne na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (...) Jednocześnie oświadczam, że w ramach niniejszego zobowiązania DOMBUD S.A. będzie uczestniczyło w realizacji części przedmiotowego zamówienia publicznego w zakresie robót budowlanych jako podwykonawca. Załączono również pismo ALTIS-HOLDING z siedzibą w Kijowie z 22.09.2016 r., w którym podmiot ten złożył oświadczenie o identycznej treści.
Zamawiający skierował do odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnień - przedstawiania „nowych" zobowiązań - w piśmie z dnia 13 października 2016 r. nr AB.2712.15.45.2016, szczegółowo wskazując, jakie ma wątpliwości względem zobowiązań przedstawionych przez Odwołującego w ofercie.
Odwołujący uzupełnił dokumenty, w treści których zostało stwierdzone:
ALTIS-HOLDING: Niniejsze zobowiązanie Udostępniającego wobec Wykonawcy obejmuje udział Udostępniającego w realizacji zamówienia, udostępnianie ww. zasobów przez Udostępniającego oraz korzystanie z nich przez Wykonawcę przez cały okres realizacji ww. zamówienia. Jednocześnie Udostępniający zobowiązuje się wobec Wykonawcy do uczestnictwa w wykonywaniu ww. zamówienia jako podwykonawca przez cały okres realizacji zamówienia, w zakresie:
1. wykonania prac ogólnobudowlanych związanych z realizacją prac renowacyjno-konserwatorskich,
2. pozostałym zakresie, niezbędnym i do prawidłowej terminowej realizacji przedmiotu zamówienia.
W przypadku podmiotu DOMBUD S.A. – treść zobowiązania była analogiczna do powyższej wskazanego, za wyjątkiem oświadczenia: Jednocześnie Udostępniający zobowiązuje się

wobec Wykonawcy do uczestnictwa w wykonywaniu ww. zamówienia jako podwykonawca przez cały okres realizacji zamówienia, w zakresie:
1. wykonania prac ogólnobudowlanych związanych z realizacją więźby dachowej,
2. pozostałym zakresie, niezbędnym do prawidłowej i terminowej realizacji przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby zarzut jest zasadny.
Stosownie do art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
Z treści złożonych zobowiązań jednoznacznie wynika zobowiązanie podmiotów trzecich do udostępnienia potencjału w trakcie realizacji zamówienia. Co więcej, przedstawiono jednoznaczną deklarację co do faktycznego uczestnictwa podmiotów trzecich w realizacji zamówienia. Już ten fakt wskazuje na okoliczność, że wykluczenie Wykonawcy z postępowania z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i

doświadczenia było bezpodstawne. W ocenie Izby, nie można zatem uznać, że Wykonawca nie przedstawił dokumentów, a przedstawione nie zawierały wskazania zakresu udziału podmiotów trzecich. Podmioty trzecie, które udostępniają potencjał na potrzeby realizacji zamówienia, są zobowiązane w całości zrealizować zamówienie. W ocenie Izby z art. 22 a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika jednoznacznie, że Wykonawca nie może brać udziału w realizacji usługi. Tylko w ten sposób Wykonawca może uzyskać doświadczenie, a jednocześnie udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego nie jest fikcją. Stosownie do artykułu 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszym postępowaniu, z uwagi na oddalenie zarzutów dotyczących czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozostanie niezmieniony.

Izba ustaliła, że Odwołujący w treści oferty przedstawił oświadczenie podmiotu ALTIS-HOLDING z siedzibą w Kijowie w celu udokumentowania niepodlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 21 ustawy. Wykonawca złożył w ofercie oświadczenie osoby upoważnionej do składania oświadczeń w imieniu podmiotu trzeciego złożone przed notariuszem w tymże zakresie (w postaci kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem), bez złożenia jakiejkolwiek dodatkowej informacji o tym, że na Ukrainie nie są

---

wystawiane przez żaden urzędowy podmiot zaświadczenia o treści odpowiadającej treści art. 24 ust. 1 pkt. 21 ustawy. Zamawiający wskazał, że wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, przypominając w wezwaniu z dnia 13.10.2016 r., że w przypadku nie wystawiana dokumentów jak powyżej, należy przedłożyć oświadczenie złożone w obecności notariusza - w oryginale. W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca złożył wyjaśnienia, z których wynika, że na Ukrainie nie są wystawiane przez żaden urzędowy podmiot zaświadczenia o treści odpowiadającej treści art. 24 ust, 1 pkt. 21 ustawy i dołączył do nich ponownie kopię oświadczenia złożonego przed notariuszem. Zamawiający uznał, że dokument nie został złożony w sposób prawidłowy.

Izba uznała zarzut za bezzasadny. Zasadą w postępowaniu jest złożenie wymaganych przez Zamawiającego dokumentów w treści oferty. Uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jest wyjątkiem od zasady, że wszystkie dokumenty winny zostać złożone wraz z ofertą w terminie jej składania, zatem wykonawca powinien liczyć się z wezwaniem do ich uzupełnienia, jeśli ich nie złoży lub złoży w sposób nieprawidłowy. Termin jaki wyznaczył Zamawiający - czyli 6 dni był w ocenie Izby terminem wystarczającym na uzupełnienie takiego dokumentu jak powyższe oświadczenie. Jest to jeden dokument, który winien być w dyspozycji Odwołującego już na etapie składania oferty. Ponadto, w treści pisma, w którym Odwołujący zwrócił się o wydłużenie terminu, nie zostało wymienione oświadczenie podmiotu trzeciego ALTIS-HOLDING oraz nie podano powodów, dla których nie może ono być złożone w terminie. Wyznaczony termin pozwalał zatem w normalnym trybie na uzupełnienie dokumentu oryginału, którego kopia została złożona wraz z ofertą.

Odwołujący, poza ogólnym postawieniem zarzutu dotyczącego naruszenia w postaci zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wykazał żadnych podstaw, dla których taki zarzut byłby zasadny. Nie istnieje obowiązek dla Zamawiającego ustalenia stawki podatku VAT. Izba nie uwzględniła zatem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

……