

WYROK

z dnia 25 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2018 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2018 r. przez

wykonawcę PRONAW Sp. z o. o. w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez
zamawiającego Skarb Państwa - Urząd Morski w Słupsku

przy udziale wykonawcy Elecom Sp. z o. o. w Gdyni zgłaszającego swoje przystąpienie do
postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę PRONAW Sp. z o. o.
w Gdańsku i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę
w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)
uiszczoną przez powyższego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Słupsku.

Przewodniczący:

do wyroku z dnia 25 września 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1807/18

Zamawiający Skarb Państwa - Urząd Morski w Słupsku, z siedzibą przy
Al. Sienkiewicza 18 w Słupsku (76 - 200), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia
publicznego pn. „Dostawa zespołu światła nawigacyjnego do latarni morskiej w Jarosławcu”,
o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych
w dniu 3 sierpnia 2018 r. pod numerem 599189-N-2018, o numerze nadanym przez
zamawiającego ZP 3510/1/35/18, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego,
o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie

art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 4 września 2018 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, zaś w dniu 10 września 2018 r. odwołanie, wobec teŹe czynności zamawiającego, wniósł wykonawca PRONAW Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Łoży 21 w Gdańsku (80 - 516), dalej zwany jako „odwołujący.”

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):
1. naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2), art. 22a ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art.

24 ust. 4 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 w zw. z ust.

6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich moŹe Źądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej jako Rozporządzenie), poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nierzetelny i nieprzejrzysty, a nadto w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich Wykonawców, polegające na wybiórczym i bezkrytycznym zbadaniu przedstawionych przez Elecom Spółka z o.o. z/s w Gdyni (dalej jako Elecom) wykazu dostaw oraz referencji wystawionych przez Sermasa Servicios y Respuestos Maritimos S.L., dalej jako Sermasa, które uznał za wystarczający i jednoznaczny dowód potwierdzający spełnienie przez Elecom warunku postępowania dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 6.2.3. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, (dalej jako SIWZ), pomimo iŹ ani z treści wykazu dostaw, ani z treści przedstawionego dowodu (referencji) nie wynika aby podmiot, na którego zdolnościach technicznych polega Elecom tj. Mediterraneo Senales Maritimas S.S.L.

(dalej jako MSM), dokonał w ramach przytaczanego projektu, o którym mowa w ww. referencjach montażu świateł nawigacyjnych o zasięgu powyŹej 15 mil morskich i telemetrii, a nadto jaki w istocie zakres prac został mu zlecony w ramach owego projektu, przy realizacji którego działał jedynie jako podwykonawca części prac, a którego głównym wykonawcą był Sermasa, co w konsekwencji doprowadziło do bezzasadnego uznania, iŹ Elecom spełnia warunki udziału w postępowaniu ergo zaniechania wykluczenia Wykonawcy Elecom i uznania jego oferty za odrzuconą, która oceniona została jako najkorzystniejsza, pomimo iŹ w istocie nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2.3., 8.1., 8.2., 9.5. SIWZ;

2. naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2), art. 22a ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 w zw. z ust. 6 Rozporządzenia poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nierzetelny i nieprzejrzysty, a nadto w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich Wykonawców, polegające na wybiórczym i bezkrytycznym zbadaniu przedstawionych przez Elecom wykazu dostaw oraz referencji wystawionych przez Zarząd Portów w Las Palmas, które uznał za wystarczający i jednoznaczny dowód potwierdzający spełnienie przez Elecom warunku postępowania dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 6.2.3. SIWZ, pomimo iŹ ani z treści wykazu dostaw, ani z treści przedstawionego dowodu (referencji) nie wynika, aby podmiot na którego zdolnościach technicznych polega Elecom tj. MSM dokonał w ramach przytaczanego projektu, o którym mowa w ww. referencjach montażu świateł nawigacyjnych o zasięgu powyŹej 15 mil morskich i telemetrii, a nadto z przedstawionego dowodu (referencji) nie wynika jaki w istocie zakres prac został mu zlecony w ramach owego projektu, przy realizacji którego działał jedynie jako podwykonawca części prac, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wykluczenia Wykonawcy Elecom i uznania jego oferty za odrzuconą, która oceniona została jako najkorzystniejsza, pomimo iŹ w istocie nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2.3., 8.1., 8.2., 9.5. SIWZ;

3. naruszenie art. 91 ust. 3a w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez brak rzetelnej oceny złożonej przez Elecom oferty, a tym samym przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców poprzez brak obligatoryjnego doliczenia przez Zamawiającego do ceny zaproponowanej przez Elecom podatku od towarów i usług, pomimo jednoznacznej deklaracji Wykonawcy Elecom (pkt. 14 Formularza Oferty Elecom), iŹ wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty Elecom jako najkorzystniejszej, mimo iŹ po

doliczeniu stosownego podatku do oferty Elecom, utraci ona status najkorzystniejszej, plasując się na drugim miejscu w klasyfikacji ofert za ofertą Odwołującego.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Elecom jako najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w niniejszym odwołaniu, co powinno skutkować wykluczeniem Elecom z udziału w postępowaniu i odrzuceniem jego oferty na mocy art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy oraz nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu, zgodnie z dokumentami potwierdzającymi poniesienie tychże kosztów, jakie odwołujący przedstawi na rozprawie.

Na wstępie uzasadnienia wniesienia środka ochrony prawnej odwołujący przytoczył stan faktyczny sprawy. Następnie odwołujący wskazał, że przysługuje mu legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż ma on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a nadto może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący podniósł, że złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę w postępowaniu, która jednocześnie nie podlega odrzuceniu, spełniając wszelkie wymogi i kryteria SIWZ, jak i ustawy, tym samym czynności zamawiającego objęte zarzutami odwołania narażają odwołującego na szkodę, albowiem skutkują utratą przez odwołującego realnej możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co odwołujący mógłby w przeciwnym razie liczyć. W przypadku bowiem uwzględnienia oferty odwołującego, przy czynności należytej oceny i wyboru ofert, jego oferta zostałaby uznana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przytoczył wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 29.12.2014 r. sygn. akt XII Ga 713/14.

W stosunku co do podstawy prawnej odwołania - art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy, odwołujący podniósł, iż zgodnie z utrwalonym już poglądem Sądów Okręgowych, wypowiadających się w ramach kontroli instancyjnej, pojęcie wyboru oferty najkorzystniejszej musi być rozumiane jako składowa czynności i zaniechań zamawiającego, zakończonych wyborem oferty najkorzystniejszej pod względem materialnym, tj. złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania i oferty niepodlegającej odrzuceniu (tak także: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.06.2017 r., sygn. akt KIO 1077/17). Faza badania oferty, w ramach której zamawiający dokonuje ustaleń, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a także, czy złożona przez niego oferta nie powinna być odrzucona, jest immanentnie związana z fazą wyboru najkorzystniejszej oferty. Na gruncie prawa zamówień publicznych nie można bowiem wybrać oferty i zawrzeć umowy z wykonawcą, który nie spełnia wymogów podmiotowych i przedmiotowych, przewidzianych dla danego zamówienia. Zastrzeżenie faza badania oferty, jak i faza wyboru najkorzystniejszej oferty przynależą do etapu badania i oceny ofert, gdyż prawidłowy wybór oferty może mieć miejsce wyłącznie po zgodnym z przepisami ustawy przeprowadzeniu przez zamawiającego faz poprzedzających ten wybór.

Według odwołującego za sprzeczne z przepisami ustawy należy zatem uznać postępowanie zamawiającego, dokonującego wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna być odrzucona, a także oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania. Z uwagi na kategoryczne brzmienie art. 89 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy, w ramach „wyboru najkorzystniejszej oferty”, odwołujący mogą podważać wybór najkorzystniejszej oferty wynikający z wadliwego dopuszczenia do oceny oferty, która powinna podlegać odrzuceniu, czy też z braku wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy musi zatem być interpretowany łącznie z normami wynikającymi z art. 89 ust. 1 ustawy, a nie tylko z art. 2 pkt 5, który jedynie definiuje pojęcie najkorzystniejszej oferty, a nie procedurę czynności jej wyboru (tak m.in. Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 22 grudnia 2016 r., sygn. akt II Ca 1461/16).

Ponadto odwołujący wskazał, że termin złożenia odwołania został zachowany, zawiadomienie o wyborze oferty Elecom zostało doręczone odwołującemu, drogą elektroniczną, dnia 4 września 2018 roku, a zatem zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 185 ust. 8 ustawy, pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływa 10 września 2018 r.

Następnie, w zakresie zarzutów oznaczonych nr 1 i 2 w petitum odwołania, odwołujący wskazał co następuje.

W myśl pkt 6.2.3. SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności

technicznej lub zawodowej zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, minimum dwie dostawy wraz z montażem świateł nawigacyjnych o zasięgu powyżej 15 mil morskich i telemetrii. Zgodnie zaś z pkt 8.1. SIWZ, w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku, zamawiający żąda od wykonawcy złożenia na wezwanie wykazu dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi były wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje. Zatem, zdaniem odwołującego, treść SIWZ, w powyżej przytoczonym zakresie, pokrywa się z brzmieniem przepisów § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2018 r. zamawiający wezwał Elecom do złożenia wykazu dostaw. W odpowiedzi wykonawca Elecom, dnia 28 sierpnia 2018 r., złożył ów wykaz wraz z referencjami, które to dokumenty zostały błędnie podpisane nie przez wykonawcę Elecom, a podmiot MSM, na zdolności którego Elecom powołuje się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Wobec powyższej wadliwości złożonych dokumentów, pismem z dnia 29 sierpnia 2018 r., zamawiający na mocy art. 26 ust. 3 ustawy wezwał Elecom do korekty, co wykonawca uczynił pismem z 3 września 2018 r.

W dalszej kolejności odwołujący zaznaczył, że ani z wykazu dostaw, ani z załączonych dowodów w postaci referencji nie wynika, aby podmiot na zdolnościach którego Elecom opiera się, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (tj. MSM), wykonał dwie dostawy wraz z montażem świateł nawigacyjnych o zasięgu powyżej 15 mil morskich i telemetrii. Informacja taka nie znajduje się, ani w przedstawionym przez Elecom wykazie dostaw, ani w pozyskanych przez MSM referencjach wystawionych zarówno przez Sermasa, jak i Zarząd Portów w Las Palmas. Zarówno w jednym, jak i w drugim projekcie, o których mowa w referencjach, MSM działał jedynie w charakterze podwykonawcy pewnego wycinka prac, a treść ww. referencji nie potwierdza i nie dowodzi, iż MSM realizował w ramach owych projektów montaż (instalację) świateł nawigacyjnych. Co relewantne, sam wykonawca Elecom w wykazie dostaw, powołując się na owe zasoby (projekty), w których udział brał MSM, oświadcza, iż MSM realizował jedynie dostawę świateł, nie zaś ich montaż.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem odwołującego, MSM nie może udostępnić Elecom zasobów w postaci dwóch dostaw wraz z montażem świateł nawigacyjnych. Tym samym analiza przedłożonych przez Elecom dokumentów prowadzić winna do wniosku, iż Elecom nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.2.3. SIWZ, a zatem winien być on z postępowania wykluczony, a jego oferta uznana za odrzuconą.

Ponadto, w opinii odwołującego, z przedłożonego przez Elecom dokumentu, tj. referencji wystawionych przez Sermasa, datowanych na dzień 1 marca 2017 r., w pkt 3 wynika, iż część prac do wykonania w ramach projektu obejmowała wykonanie i dostarczenie wymienionego tamże sprzętu sygnalizacji morskiej, bez jego montażu (instalacji). Nadto, z owych referencji nie wynika jakie w istocie prace wykonywał MSM, działający jedynie jako podwykonawca generalnego wykonawcy tj. Sermasy. Innymi słowy, na podstawie przedłożonego dokumentu, według odwołującego, nie można jednoznacznie stwierdzić jaką część prac realizował MSM (jako podwykonawca), a jaką Sermasa (jako generalny wykonawca). Abstrahując od powyższego, jak zaznaczono powyżej, analiza dokumentów prowadzić winna do wniosku, iż zakres prac w ramach przytaczanego projektu nie obejmował montażu (instalacji) wskazanego tamże sprzętu nawigacji morskiej.

W ocenie odwołującego taki stan rzeczy nie powinien skłonić zamawiającego do wniosku, iż oferta Elecom spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2.3. SIWZ, wręcz przeciwnie, wobec niewykazania przez Elecom spełnienia owego warunku, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy, winien on być wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą. Przy czym zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy, ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą. Odrzucenie to następuje z mocy prawa i nie wymaga od zamawiającego dokonywania dodatkowej czynności, poza czynnością wykluczenia wykonawcy. Co więcej, wykluczenie następuje z mocy prawa i jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego. Zamawiający nie może zaniechać sprawdzenia czy wykonawcy nie podlegają wykluczeniu, w żadnym postępowaniu, nawet małej wartości (tak za: Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz Rok 2017, wyd. 14).

Powyższa argumentacja, zdaniem odwołującego, w znacznej części znajduje zastosowanie także do referencji, o których mowa w zarzucie wyartykułowanym w pkt 2 niniejszego pisma, tj. referencji wystawionych przez Zarząd Portów w Las Palmas, datowanych na dzień 7 marca 2017 r. Pomimo, iż w owych referencjach, odmiennie niż

w tych wystawionych przez Sermasa, mowa o zainstalowaniu sprzętu sygnalizacji morskiej, to według odwołującego, nie wynika z nich kto w istocie owych prac dokonywał. Ponadto MSM, na zdolnościach technicznych którego Elecom polega, (podobnie) działał w ramach projektu jedynie jako podwykonawca części prac. Projekt ten natomiast obejmował szerszy zakres prac polegający na „Renowacji boi oznakowania wejścia do portu dla lewej i prawej burty”. Z powyższego dla odwołującego wynika, iż nawet jeśli projekt obejmował prace montażowe, przedstawione referencje nie dowodzą i nie potwierdzają kto w istocie je wykonał. Na to nałożyć należy okoliczność, iż, sam wykonawca Elecom w wykazie dostaw, powołując się na owe zasoby (projekty), w których udział brał MSM, oświadcza, iż MSM realizował jedynie dostawę świateł, nie zaś ich montaż.

Wobec powyższego, odwołujący podkreślił, że stoi na stanowisku, iż w okolicznościach niniejszej sprawy, wobec faktu, iż przedłożone dokumenty jako nienależyte, winny budzić wątpliwości co do zakresu prac realizowanych przez MSM, a tych realizowanych przez pozostałe podmioty w ramach owych, szerszych projektów, zastosowanie powinien znaleźć § 2 ust. 6 Rozporządzenia, znajdujący odzwierciedlenie w pkt 9.18. SIWZ, w myśl którego jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.

Następnie odwołujący podniósł, iż przedłożone przez Elecom ww. referencje nie dają pewności czy pochodzą od osób uprawnionych do ich wystawienia, gdyż referencje muszą umożliwiać identyfikację podmiotu wystawiającego dokument i osoby wystawiającej, czy podpisującej daną referencję, a ta powinna być upoważniona przez podmiot do wystawiania tego typu dokumentów. Jeżeli referencje są niepodpisane lub nieczytelnie podpisane, u zamawiającego winna pojawić się wątpliwość czy wystawiła je właściwa osoba, skłaniająca go do zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy - i w tym miejscu z ostrożności, odwołujący takowy zarzut — niezastosowania art. 26 ust. 4 ustawy - stawia. Odwołujący, odnosząc się do referencji wystawionych przez Sermasa, podniósł, iż w sposób nieczytelny podpisała je Yolanda Abad Lermo, występująca w charakterze „pośrednika odpowiedzialnego za realizację projektu”, przy czym Elecom nie załączył jakichkolwiek dowodów, z których wynika zakres uprawnień owego „pośrednika” ergo potwierdzających jego legitymację do podpisania przedstawionego dokumentu.

Zatem zdaniem odwołującego, powyższe przesądza o naruszeniu przez zamawiającego wskazanych w zarzucie nr 1 i 2 przepisów ustawy i rozporządzenia i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nierzetelny i nieprzejrzysty, a nadto w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców, polegające na wybiórczym i bezkrytycznym zbadaniu przedstawionych przez Elecom dokumentów, w tym wykazu dostaw i referencji wystawionych przez podmioty, na rzecz których prace były wykonane, uznając je za wystarczający i jednoznaczny dowód potwierdzający spełnienie przez Elecom warunku postępowania dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 6.2.3. SIWZ, chociaż - na co wskazano powyżej - załączone przez Elecom dokumenty nie są wystarczające do przyjęcia, że Elecom spełnił określony w punkcie 6.2.3. i 8.1. SIWZ warunek.

Ponadto, w ocenie odwołującego, zamawiającego wyczerpał tryb wezwania do wyjaśnień przedłożonego wykazu dostaw, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy. Według odwołującego, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie prawa zamówień publicznych, wypracowana została zasada jednokrotności wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Oznacza ona, że zamawiający ma prawo i obowiązek wezwać o uzupełnienie tylko jeden raz, w stosunku do tych samych oświadczeń lub dokumentów, oraz że do tego samego wykonawcy można skierować kilka wezwań o uzupełnienie, pod warunkiem, że nie dotyczą one tych samych oświadczeń i dokumentów. Zaś w niniejszym postępowaniu zamawiający, w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy, pismem z dnia 29 sierpnia 2018 r., zwołał już wykonawcę Elecom do poprawienia wykazu dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazie. Tym samym, w świetle powyższej argumentacji, zdaniem odwołującego, ponowne wezwanie do wyjaśnień odnośnie do wykazu dostaw i załączonych doń dowodów jest niedopuszczalne. Odmienne konstatacja prowadziła do nieuzasadnionego, sprzecznego z przepisami ustawy faworyzowania wykonawcy, składającego niepełne, nieprecyzyjne czy wadliwe oświadczenia, bądź dokumenty. Nadto, istniałoby zagrożenie nieustannego przedłużania postępowania, co miałoby oczywisty negatywny wpływ na wydatkowanie środków publicznych oraz godziłoby w zasadę uczciwej konkurencji. Przy czym, w opinii odwołującego, podkreślić należy, iż możliwość uzupełniania dokumentów jaką stwarza art. 26 ust. 3 ustawy, co do zasady nie dotyczy wytwarzania nowych dokumentów po upływie terminu składania ofert, ale wyłącznie dokumentów, które były w posiadaniu wykonawcy przed upływem terminu składania ofert i tylko przez przeoczenie nie zostały załączone

w dokumentacji oferty (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2016 r., sygn. akt KIO 261/16).

W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący podkreślił (za jednym z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 2165/15), iż ocena oferty, przez pryzmat jej zgodności z wymaganiami postawionymi w SIWZ, a do tego przecież zmierza badanie, czy oferowany przedmiot spełnia wymagania stawiane przez zamawiającego, sprowadza się do ustalenia — po pierwsze — brzmienia SIWZ kreującego takie lub inne wymagania, a następnie podstawienia zawartości oferty do tych wymagań celem weryfikacji, czy uczyniono im zadość. Pierwszym krokiem tej oceny jest zatem poszukiwanie postanowień SIWZ kreujących określone wymagania: materialne - dotyczące cech oferowanego przedmiotu, a także formalne - obejmujące dokumenty, za pomocą których zamawiający zamierzał zbadać te wymagania. Zamawiający winien więc opisać w SIWZ swoje wymagania dotyczące tych dokumentów, które mają służyć do dokonania oceny, a następnie w ramach tych wymagań — na podstawie opisanych w SIWZ dokumentów - dokonać oceny ofert. Oznacza to, zdaniem odwołującego, że jeśli więc zamawiający stawia wymagania złożenia określonych dokumentów, to nie może następnie, na etapie oceny ofert, odstępować od tych wymagań. Względy prowadzenia postępowania zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji wymagają stabilności i niezmienności informacji zawartych w podstawowych dokumentach postępowania jakimi są SIWZ i ogłoszenie, czego wyrazem jest niedopuszczalność nadania im innego znaczenia niż wyrażnie wynikające z brzmienia tych dokumentów, po terminie składania ofert. Skoro więc zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wymagał przedłożenia danych dokumentów, ich niezłożenie przez wykonawcę winno być ocenione w kontekście niespełnienia warunków udziałów w postępowaniu i skutkować wykluczeniem takiego wykonawcy ergo odrzuceniem jego oferty.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 3 petitum pisma odwołujący podniósł jak niżej.

W ocenie odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 3a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez brak rzetelnej oceny złożonej przez Elecom oferty, a tym samym przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez brak obligatoryjnego doliczenia do ceny zaproponowanej przez Elecom podatku od towarów i usług.

Zdaniem odwołującego - w pkt 14 formularza oferty, na stronie 2/3 - wykonawca Elecom w sposób jednoznaczny oświadczył, iż wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. Natomiast według brzmienia przepisu art. 91 ust. 3a zd. 2 ustawy, powtórnego w pkt 18.7. SIWZ, wykonawca był zobowiązany wskazać nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania oraz wskazać ich wartość bez kwoty podatku. Wykonawca Elecom w pkt 14 formularza oferty, jako towar generujący po stronie zamawiającego obowiązek podatkowy, wymienił zespół światła nawigacyjnego. Jako usługę zaś demontaż oraz montaż zespołu światła nawigacyjnego.

Ponadto, wbrew treści ww. przepisu, a także postanowienia SIWZ, wykonawca Elecom nie wskazał wartości bez kwoty podatku wymienionego towaru, jak i usługi. Co jednak istotne, w ocenie odwołującego, w wymienionym zakresie nie wskazano całości prac stanowiących przedmiot owego zamówienia, m.in. nie wskazano układu sterująco-monitorującego (systemu telemetrycznego). Powyższe dla odwołującego oznacza, iż wykonawca Elecom różnicuje zaoferowane usługi, czy też towary pod względem powstania obowiązku podatkowego, czy to po stronie wykonawcy, czy to po stronie zamawiającego. Zdaniem odwołującego powyższe wynika z faktu, iż gros prac stanowiących przedmiot zamówienia będzie powierzony podmiotowi zagranicznemu, dostarczającemu towary i realizującemu usługi na terenie kraju niebędącego jego siedzibą prowadzenia działalności gospodarczej.

Następnie odwołujący podniósł, że podatek od towarów i usług płacony jest z reguły w kraju prowadzenia działalności gospodarczej. W przypadku eksportu podatek ten podlega zwrotowi, dlatego nabywanie towarów od wykonawcy zagranicznego sprawia, że zamawiający otrzymuje ofertę bez doliczonego podatku VAT. Dotyczy to podmiotów zagranicznych, które na podstawie odrębnych przepisów, dotyczących wewnątrzwspólnotowego obrotu gospodarczego, nie są zobowiązane do uiszczenia podatku VAT w kraju odbiorcy, a sporządzane przez nich oferty zawierają zerową stawkę VAT. Tymczasem wykonawcy krajowi muszą w cenie oferty uwzględnić podatek VAT. Aby zapobiec nierównemu traktowaniu wykonawców krajowych i zagranicznych oraz uczynić ocenę ofert porównywalną, zamawiający ma obowiązek doliczyć do ceny oferty złożonej przez wykonawcę zagranicznego kwotę wynikającą ze stawki podatku VAT obowiązującej wykonawców krajowych. Podatek VAT zostanie naliczony i zapłacony przez zamawiającego,

według jego właściwości terytorialnej, tak więc doliczenie podatku wykonawcom zagranicznym nie tylko wyrównuje szanse przy ocenie ofert, ale pokazuje także rzeczywistą kwotę, jaką zamawiający zmuszony będzie wydać w związku z realizacją umowy.

Odwołujący zaznaczył również, iż zasadą jest, że w ramach kryterium ceny, zamawiający porównuje ceny ofertowe wskazane w ofertach przez wykonawców. Ze względu na przepisy o podatku od towarów i usług, może zdarzyć się sytuacja, gdy do ceny ofertowej stosowny podatek będzie musiał naliczyć i zapłacić samodzielnie zamawiający — tj. gdy po stronie zamawiającego powstanie obowiązek podatkowy. Zamawiający, w przypadku wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej, zapłaciłby w konsekwencji nie tylko cenę ofertową, ale również odpowiedni podatek. Dlatego też, w celu zapewnienia przy ocenie ofert uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niezależnie od tego w jaki sposób i po czyjej stronie leży obowiązek rozliczenia należnego podatku od towarów i usług (czyli niezależnie od tego, kto jest podmiotem zobowiązanym do odprowadzenia tego podatku - wykonawca (co jest zasadą) czy zamawiający), w kryterium ceny należy porównywać zawsze kwotę wynagrodzenia uwzględniającą ostateczny i prawidłowo doliczony podatek VAT. Tym samym zamawiający, w celu porównania ofert, dolicza do przedstawionej ceny podatek VAT, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z przepisami.

Następnie odwołujący zacytował fragmenty wyroków Izby z 8 lutego 2017 roku, sygn. akt KIO 170/17, z 26 lipca 2017 roku, sygn. akt KIO 1462/17 i z 19 czerwca 2015 roku, sygn. akt KIO 1200/15 i stwierdził, że mając na względzie powyższe, wobec nie budzącej wątpliwości deklaracji wykonawcy Elecom, odnośnie powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego, brak doliczenia owego podatku fikcyjnie zaniżyło cenę oferty Elecom, która to cena winna mieć charakter ceny brutto. Zaś w konsekwencji doprowadziło to do nieuzasadnionego wyboru oferty Elecom jako najkorzystniejszej, mimo iż po doliczeniu stosownego podatku do oferty Elecom, utraci ona status najkorzystniejszej, plasując się na drugim miejscu w klasyfikacji ofert za ofertą odwołującego.

Odwołujący stwierdził ponadto, iż przetarg wszczynany jest w celu zaspokojenia potrzeb zamawiającego, co możliwe jest tylko poprzez zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a postępowanie o udzielenie zamówienia ma prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy (por. uchwała KIO z 14 maja 2014 r., sygn. KIO/KD 45/14). Tym samym zamawiający nie tylko może, ale ma obowiązek poprawić wszelkie błędy, w tym formalno - proceduralne, których dopuścił się w toku przeprowadzanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaś zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili ich przygotowywania. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych - potwierdza to art. 2 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, który wskazuje, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty, co oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów.

W ocenie odwołującego, biorąc pod uwagę przedstawione wyżej okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów ustawy, które miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, odwołanie powinno zostać uwzględnione, zaś dotychczasowe czynności zamawiającego polegające na badaniu i ocenie ofert oraz na wyborze oferty najkorzystniejszej powinny zostać unieważnione, zaś czynność badania i oceny ofert winna zostać powtórzona, a jej efektem winno być wykluczenie Elecom z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej, z dnia 13 września 2018 r., wniosła osoba uprawniona do działania w imieniu strony wskazując, iż zamawiający, po zapoznaniu się z treścią odwołania, uwzględnia zarzuty odwołania w całości oraz dokona unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem zarzutów wskazanych w odwołaniu.

Zamawiający w swoim stanowisku wskazał, iż w jego ocenie za zasadny,

w szczególności, należy uznać zarzut niedokonania odrzucenia oferty wykonawcy Elecom Sp. z o. o., w trybie art. 24. ust. 1 pkt 12 w zw. art. 24 ust. 4 ustawy, jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu, gdyż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - zdaniem zamawiającego wykonawca nie wykazał, że zgodnie z treścią wskazaną w pkt 6.2.3 SIWZ, dokonał montażu świateł nawigacyjnych o zasięgu powyżej 15 mil morskich i telemetrii (wykonał wyłącznie dostawy). Zamawiający stwierdził również, że podziela twierdzenia odwołującego, że nie jest uprawniony do ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów na wykazanie przedmiotowego warunku, tzn. żadanego wykazu, skoro już wykonawca został wezwany, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełniania tego dokumentu (por. wyrok KIO 261/16). Ponadto zamawiający dodał, że w pozostałym zakresie odwołania uznaje zarzuty za zasadne.

Następnie zamawiający, pisemną odpowiedzią na odwołanie, z dnia 20 września 2018 r., złożoną na posiedzeniu, dokonał modyfikacji swojego stanowiska procesowego. Zamawiający wskazał, że podtrzymuje uznanie odwołania, w zakresie następujących zarzutów :

1. art. 22 ust. 1 pkt 2), art. 22a ust. 3 i art. 4 w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 w zw. z ust.

6 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez wybór oferty wykonawcy Elecom Sp. z o.o., pomimo tego, że wykonawca nie wykazał określonego w pkt 6.2.3 SIWZ warunku w zakresie wykonania minimum dwóch dostaw wraz z montażem świateł nawigacyjnych o zasięgu powyżej 15 mil morskich i telemetrii;

2. art. 91 ust. 3a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty wykonawcy Elecom

Sp. z o.o. , pomimo braku rzetelnej oceny oferty i nie wyjaśnienie czy wybór oferty w/w wykonawcy prowadzić będzie do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, co w konsekwencji mogło doprowadzić do nieuzasadnionego wyboru oferty Elecom Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej, mimo, iż po doliczeniu stosownego podatku do oferty Elecom utraci ona status najkorzystniejszej albo wyboru oferty obarczonej błędem w obliczeniu ceny.

Wobec uwzględnienia powyższych zarzutów zamawiający stwierdził, że dokona unieważnienia czynności wyboru oferty Elecom sp. z.o.o. jako najkorzystniejszej, a także powtórzy czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badanie i ocenę oferty, z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w odwołaniu - w zakresie dotyczącym uwzględnienia w pkt 1 zarzutów.

Jednocześnie zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu odwołania w zakresie dotyczącym zaniechania wykluczenia wykonawcy Elecom Sp. z o. o. i uznania jego oferty za odrzuconą.

W uzasadnieniu powyższego stanowiska wskazano, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 6.2.3. SIWZ, oraz nie wyjaśnił czy wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, co w konsekwencji mogło doprowadzić do nieuzasadnionego wyboru oferty Elecom Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, mimo, iż po doliczeniu stosownego podatku do oferty Elecom utraci ona status najkorzystniejszej albo błędu w obliczeniu ceny.

Następnie zamawiający podniósł, że na obecnym etapie postępowania zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty jest przedwczesny. Przede wszystkim zamawiający, stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, jest zobowiązany wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, jeżeli przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub co najmniej wyjaśnić treść tych dokumentów. W wyniku wezwania z dnia 29 sierpnia 2018 r. nie został wyczerpany określony w/w przepisem (art. 26 ust. 3 uPzp) tryb uzupełnienia lub wyjaśnienia tych dokumentów. Powyższe, według zamawiającego, wynika z faktu, że wezwanie dotyczyło wyłącznie kwestii formalnej, tzn. podpisania dokumentu przez wykonawcę, natomiast wezwanie to w żaden sposób nie poruszało kwestii merytorycznej dokumentów, tzn. nie było kwestionowane to, że wskazane w wykazie dostawy nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty jest zobowiązany wezwać do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów, co według zamawiającego potwierdzają wyroki Izby z 18.10.2017 r. sygn. akt

KIO 2073/17 i z 10.10.2017 r. sygn. akt KIO 2003/17.

Zamawiający dodał również, że niezależnie od powyższego wykonawca - w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu - powołał się na podmiot trzeci. Zatem, w tym przypadku, niezależnie od trybu określonego w art. 26 ust. 3 uPzp, zamawiający jest zobowiązany wyczerpać tryb wymagany przepisem art. 22a ust. 6 uPzp. Zamawiający podkreślił też, że bez wyjaśnień przystępującego co do treści jego oferty nie jest możliwe doliczenie stosownego podatku do jego oferty lub ocena prawidłowości ustalonej przez tego wykonawcę ceny, co zdaniem zamawiającego potwierdzają wyroki Izby o następujących sygn. akt: KIO 1462/17, KIO 339/17 i KIO 170/17.

W toku postępowania odwoławczego, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 p.z.p. oraz braku zgłoszenia opozycji stron, dopuszczono do udziału

w sprawie - po stronie zamawiającego - wykonawcę Elecom Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Hutniczej 20 b w Gdyni (81 - 061).

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. W swoim stanowisku przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego oraz wskazywał co następuje.

W zakresie zarzutów nr 1 i 2 odwołania przystępujący wskazał, że jego oferta zawiera wszystkie wymagane prawem elementy, w szczególności wobec powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego - zobowiązanie podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca, tj. Mediterraneo Señales Maritimas z siedzibą w Walencji (MSM), dotyczy konkretnego warunku wynikającego z SIWZ, tj. nakierowanego na realizację punktu 6.2.3. SIWZ, co wyraźnie stwierdza przedmiotowe zobowiązanie MSM, którego treść przystępujący zacytował.

Następnie przystępujący podniósł, że zgodnie z pkt 6.9 SIWZ zamawiający miał obowiązek sprawdzenia czy przedstawione przez wykonawcę zobowiązanie pozwala na wykazanie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zaś zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do treści zobowiązania MSM. Ponadto przystępujący przytoczył okoliczności sprawy i wskazał, że zamawiający nie zastosował trybu przewidzianego w pkt 9.18. SIWZ, tym samym, zdaniem przystępującego, dokumenty przedstawione przez wykonawcę nie budziły wątpliwości zamawiającego.

Odnosząc się bezpośrednio do wykazu dostaw, który jest kwestionowany w odwołaniu i zdaniem odwołującego winien budzić wątpliwości, co do zakresu prac realizowanych przez MSM, w pierwszej kolejności, według przystępującego, należy przywołać treść zobowiązania MSM - zgodnie z którym MSM oświadczył, że udostępni Elecom swoją zdolność techniczną i zawodową w celu realizacji warunku, o którym mowa w pkt 6.2.3 SIWZ, w zakresie dostawy i montażu zespołu światła nawigacyjnego. W ocenie przystępującego zobowiązanie to jednoznacznie świadczy o tym, że MSM przyznaje, że warunek określony w punkcie 6.2.3. SIWZ spełnia, zaś dokumenty przedstawione przez Elecom należy odczytywać wspólnie, skoro bowiem MSM potwierdził udostępnienie zasobów w zakresie spełnienia warunków 6.2.3 SIWZ, to w ten sposób należy odczytywać każdy kolejny dokument potwierdzający spełnienie warunków z 6.2.3. SIWZ. Następnie, zdaniem przystępującego, w „wykazie dostaw” wykonawca Elecom (jak i MSM) wprost użyli sformułowania z pkt 8.1 SIWZ i w nawiązaniu do nomenklatury użytej przez zamawiającego w SIWZ, w dokumencie pn. wykaz dostaw, wpisano „dostawa” - „supply”. Analiza tegoż dokumentu łącznie z pozostałymi, tj. z zobowiązaniem MSM, jak i referencji, jednoznacznie potwierdza spełnienie warunku z pkt 6.2.3 - dostawy i montażu określonych urządzeń. Zatem, w ocenie przystępującego, zarzuty odwołującego w ww. zakresie nie uwzględniają pozostałych dokumentów złożonych przez Elecom.

Ponadto, w opinii przystępującego, zarzuty dotyczące referencji również są chybione. Elecom przedstawił referencje, jakie MSM otrzymał od Sermasa Servicios Y Repuestos Maritimos, S.L., dalej "Sermasa" oraz od Zarządu Portów w Las Palmas, dalej "Zarząd Portów". Co istotne referencje te są obcojęzyczne i nie zostały sporządzone na potrzebę przetargu nieograniczonego na „Dostawę zespołu światła nawigacyjnego do latarni morskiej w Jarosławcu”, tylko znacznie wcześniej, tym samym niepodobna oczekiwać od tych dokumentów, że będą wprost odnosić się i potwierdzać expressis verbis warunki przewidziane dla konkretnego przetargu, czy sformułowania użyte przez zamawiającego. Nie znaczy to jednocześnie, że ich nie spełniają, jak zdaje się sugerować odwołujący. Według przystępującego przedmiotowe referencje pozostają w oczywistej korelacji z wykazem dostaw i wskazanymi tam dostawami, tak w zakresie podmiotu realizującego dostawę, tj. MSM, przedmiotu (światła nawigacyjnych o zasięgu powyżej 15 mil morskich i telemetrii), jak i potwierdzają fakt ich należytego wykonania. Na poparcie swojego

stanowiska przystępujący przytoczył orzeczenia Izby i podniósł, iż referencje Sermasa, jak i Zarządu Portów winny podlegać ocenie zamawiającego wyłącznie pod kątem potwierdzenia należytego wykonania prac przez MSM i ich korelacji z wykazem dostaw, a ewentualne wątpliwości powinny być wyartykułowane i poddane weryfikacji w toku postępowania wyjaśniającego, na podstawie art. 26 ust 3 Pzp.

W ocenie przystępującego przedmiotowe referencje przedstawiają w sposób przekonujący spełnienie spornego warunku, w szczególności nie powinno budzić wątpliwości, iż referencje od Zarządu Portów zawierają sformułowanie, iż wykonano dostawę i zainstalowania sprzętu, zatem uwagi do dokumentu są, według przystępującego, niezrozumiałe. Zaś referencje od Sermasa mimo, iż nie odwołują się wprost do pojęcia „montażu” to analizowane z pozostałymi dokumentami, w szczególności ze zobowiązaniem MSM nie powinny budzić wątpliwości, iż dotyczyły zarówno dostawy jak i montażu urządzeń, skoro MSM w oparciu o przywołane referencje wprost oświadczył, iż zapewnia spełnienie warunków z 6.2.3 SIWZ, kiedy zamawiający na etapie badania zobowiązania nie posiadał żadnych wątpliwości.

Zatem, mając na uwadze powyższe, według przystępującego zamawiający doszedł do analogicznych konkluzji, zaś gdyby zaszła potrzeba potwierdzenia w jakikolwiek dodatkowy sposób zakresu dostaw, dokonanych przez MSM, zamawiający mógł zastosować tryb przewidziany w pkt 9.18. SIWZ. Co więcej, w ocenie przystępującego, stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy w przypadku, gdyby zamawiający uznał, że wykaz dostaw oraz dokumenty potwierdzające należyte ich dokonanie zawierały jakieś braki, były niekompletne, zawierały błędy lub budziły wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający winien wezwać do ich złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym. To samo tyczy się ewentualnych wątpliwości odnoszących się do reprezentacyjności osób podpisujących referencje.

Ponadto w odwołaniu wskazuje się na jednokrotność wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, która miałaby w swej czystej formie mieć zastosowanie w niniejszej sprawie - przystępujący kwestionuje taką interpretację wypracowanej zasady. Przystępujący zacytował fragment komentarza do art. 26 ustawy, red. M. Jaworska 2018 i podniósł, że w jego ocenie realia niniejszej sprawy nie pozwalają na uznanie, jak zdaje się sugerować odwołujący, że zamawiający pismem z dnia 29 sierpnia 2018 r., znak ZP-Bc-075/185/18, wyczerpał (oprócz kwestii podpisów wykonawcy na dokumentach) tryb art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie, w jakim miałby on dotyczyć ewentualnej konieczności poprawienia lub uzupełnienia wykazu dostaw oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie, a zatem kwestii badania spełnienia warunków z 6.2.3 SIWZ. W dalszej części przystępujący zacytował fragmenty wyroków Izby i wskazał, iż zamawiający zaniechał wyjaśnienia kwestii spełnienia warunków z pkt 6.2.3 SIWZ, w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy, a jego wezwanie z 28 sierpnia 2018 r. należy uznać za niepełne. Zatem możliwe jest ponowne wezwanie na podstawie art. 26 ust 3 ustawy, w zakresie wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego, co do spełnienia przez Elecom warunków, na podstawie dokumentów złożonych w postępowaniu. Co więcej, w niniejszej sprawie należy też rozważyć kwestię tego, czy poprzez złożenie dokumentu podpisanego i potwierdzonego przez inny niż pierwotnie podmiot, tj. wykazu dostaw podpisanego przez Elecom nie mamy de facto do czynienia z innym/nowym dokumentem, w stosunku do tego, którego dotyczyło wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Przystępujący dodał, że na obecnym etapie, nie powinno być w ogóle mowy o wykluczeniu go z postępowania, gdyż procedura dotycząca zamówień publicznych nakłada na zamawiającego jasną ścieżkę postępowania, w szczególności w razie zaistnienia wątpliwości u zamawiającego, co na skutek odwołania zdaje się mieć miejsce - zamawiający posiada instrumenty prawne umożliwiające mu dokonanie działań

nakierowanych na potwierdzenie faktu i zakresu dostaw przez MSM.

Podsumowując powyższe przystępujący podkreślił, iż wbrew stanowisku zaprezentowanemu w odwołaniu, wykazał on spełnienie warunków przewidzianych w SIWZ, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, i na etapie poprzedzającym odwołanie nie było także wątpliwości zamawiającego w tym zakresie. Gdyby jednak takie wątpliwości się pojawiły, zastosowanie winna mieć procedura mająca na celu weryfikację zasadności tych wątpliwości, na podstawie art. 26 ust 3 ustawy, w żadnym natomiast wypadku nie jest właściwy tryb wykluczenia wykonawcy, jako zdecydowanie niewłaściwy na tym etapie

i niepoparty przepisami prawa, a wykluczenie wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust.

1 pkt 12 Pzp byłoby co najmniej przedwczesne.

W stosunku co do zarzutu nr 3 odwołania przystępujący wskazał, że zarzut ten również jest chybiony. Zgodnie z art. 91 ust. 3a ustawy, jeżeli złożono ofertę, której wybór

prowadziłyby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

Według przystępującego w orzecznictwie Izby zostało ugruntowane stanowisko, iż oświadczenie w zakresie art 91 ust. 3a Pzp ma charakter wyłącznie informacyjny, gdyż to sam zamawiający winien dokonać czynności sprawdzających w zakresie powstania po jego stronie obowiązku zapłaty podatku VAT. Zdaniem przystępującego, Izba wskazuje, że przepis art. 91 ust. 3a Pzp należy czytać całościowo, w szczególności nie można zawężać pola widzenia tylko do zdania drugiego i przyjmować, że niezależnie od okoliczności faktycznych (w szczególności, gdy w ogóle nie aktualizuje się sytuacja normowana zdaniem pierwszym) wykonawca ma obowiązek składać odrębne oświadczenie czy informacje, spowodujące się wówczas siłą rzeczy tylko do informacji "negatywnej" (że złożenie oferty nie prowadzi do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego), gdyż w innym przypadku naraża się na sankcję odrzucenia oferty, jako niezgodnej z ustawą, czy specyfikacją. Z treści art. 91 ust. 3a Pzp, w tym z celów wprowadzenia przedmiotowej regulacji, należy wywodzić, że o istnieniu obowiązku informacyjnego, którego niespełnienie można by oceniać, jako uchybienie po stronie wykonawcy (nie skutkujące jednak automatycznym odrzuceniem oferty), można mówić dopiero wtedy, gdy rzeczywiście złożona oferta wywołuje po stronie zamawiającego skutki podatkowe (a wykonawca o tym nie informuje, choć powinien). Z treści przepisu wynika ponadto, że takiemu obowiązkowi informacyjnemu zawsze ma wówczas towarzyszyć obowiązek wskazania nazwy, rodzaju towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego.

W niniejszej sprawie, zdaniem przystępującego, oferty takich skutków podatkowych nie wywoływały, Elecom bowiem pomimo, iż złożył pozytywne oświadczenie, to nie spowodowało ono na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług (zwana dalej ustawą o VAT) po stronie zamawiającego powstania obowiązku zapłaty tegoż podatku, gdyż usługi dostawy i montażu urządzeń objętych zamówieniem nie mieszczą się w zakresie enumeratywnie wymienionych w załącznikach 11 i 14 ustawy o VAT, które zawierają katalog zamknięty usług i towarów które mogą być objęte procedurą tzw. odwróconego VAT.

W ocenie przystępującego zamawiający nie miał w tym zakresie wątpliwości, mimo złożenia przez Elecom pozytywnej odpowiedzi, gdyż:

1. wskazana przez Elecom w ofercie cena zawierała pozycję: netto, wysokość podatku

VAT i cenę brutto - zatem cena obejmuje podatek VAT i wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nie ma obowiązku ponownego doliczania, do ceny zawierającej podatek VAT, po raz kolejny podatku VAT doliczyć, co miałyby doprowadzić do uplasowania się przez Elecom na drugim miejscu,

2. Elecom nie podał ceny netto do której to powinien wskazać jakie towary i usługi powodują powstanie podatku po stronie zamawiającego i w jakiej wysokości - cena obejmowała bowiem już podatek VAT,

3. usługi i towary objęte zamówieniem nie podlegają obowiązkowi zapłaty podatku po stronie zamawiającego, zgodnie z ustawą o VAT, a zatem norma w zakresie art. 91 ust 1 pkt 3a Pzp w ogóle w niniejszym przypadku nie ma zastosowania,

4. zamawiający nie wezwał Elecom, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego oświadczenia.

Następnie, w opinii przystępującego, obowiązek informacyjny wykonawców wynikający z przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, konkretyzuje się wyłącznie w przypadku powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. W innym przypadku wykonawcy, zgodnie z aktualnym orzecznictwem KIO, nie mają podstaw do składania informacji „pozytywnej” - zawierającej wszystkie wymagane elementy, a więc nie tylko samo oświadczenie, że taki obowiązek powstaje, ale także nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania. Informacja „negatywna”, nie musi być natomiast, składana w sposób odrębny i wyraźny, a brak takiego wyraźnego i odrębnego poinformowania, że u zamawiającego nie powstanie obowiązek podatkowy, nie powinien skutkować odrzuceniem oferty. Nawet, jeżeli zawęzić by ocenę tylko do zdania drugiego przepisu art. 91 ust. 3a Pzp, to można wskazać, że zdanie to nie określa, w jakiej formie ma zostać dokonane owe „poinformowanie”. Nie można a limine wykluczyć więc możliwości wypełnienia obowiązku „informacyjnego” nie

tylko poprzez składanie odrębnych oświadczeń, ale także za dopuszczalną należałoby uznać możliwość wypełnienia tego obowiązku poprzez całokształt oświadczeń wykonawcy, w tym samą treść oferty i wliczony w cenę podatek VAT - zwłaszcza, gdy informacja ta może być samodzielnie wyczytana przez zamawiającego.

Dalej przystępujący przytoczył fragmenty wyroków Izby oraz podkreślił, iż z daleko posuniętej ostrożności, gdyby zamawiający powziął wątpliwość w zakresie złożonego przez Elecom oświadczenia (stanowiącego element ofert) nie było żadnych przeszkód aby zastosować tryb z art. 87 ust 1 Pzp, w następstwie którego mogłoby dojść do wyjaśnienia przez Elecom, a następnie poprawienie tegoż elementu w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp.

Mając na uwadze powyższą argumentację przystępujący stwierdził, że zarzuty odwołującego nie są zasadne, a przy tym są nacechowane zbytnim formalizmem i wymaganiami, jakoby składane w postępowaniu dokumenty literalnie musiały odpowiadać treści SIWZ, w oderwaniu od pozostałych dokumentów składanych przez Elecom. Z tego również powodu Elecom sprzeciwia się uznaniu w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego. W szczególności przystępujący nie podziela stanowiska w zakresie możliwości jednokrotnego wezwania do złożenia wyjaśnień, w odniesieniu do zakresu który nie podlegał weryfikacji przez zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 Pzp. Podobnie niezastosowanie przez zamawiającego instytucji wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1 Pzp i jej poprawienia), w zakresie oświadczenia o obowiązku zapłaty podatku VAT przez zamawiającego, powoduje uchybienia których skutkami nie może być obciążony wykonawca, który wygrał postępowanie. Ponadto wadliwe działanie zamawiającego, który na obecnym etapie bezkrytycznie uznaje całość zarzutów z odwołania Pronaw Sp. z o.o., a jednocześnie uznaje, iż niemożliwym jest ponowne wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust 3 Pzp, w sposób nieuprawniony narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Tak określone, na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzuty i stanowiska stron określiły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej, w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem a contrario musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związanie go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego, był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO np. w wyrokach: z 08.12.2015 r., sygn. akt KIO 2598/15; z 09.09.2016 r., sygn. akt KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17.02.2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz treścią siwz, złożonymi ofertami, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Następnie Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego. Jak podniósł odwołujący złożył on najkorzystniejszą cenowo ofertę, która jednocześnie nie podlega odrzuceniu, spełniając wszelkie wymogi i kryteria SIWZ, jak i ustawy, tym samym czynności zamawiającego objęte zarzutami odwołania narażają odwołującego na szkodę, gdyż skutkują utratą przez odwołującego realnej możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co odwołujący mógłby w przeciwnym razie liczyć - w przypadku

bowiem uwzględnienia oferty odwołującego, przy czynności należytej oceny i wyboru ofert, jego oferta zostałaby uznana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Izba ustaliła, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty - odwołującego i przystępującego.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej, dotyczące niewłaściwego badania i oceny oferty przystępującego, co w konsekwencji spowodowało wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu:

- weryfikacji czy zamawiający prawidłowo uznał, że złożone przez przystępującego dowody, w postaci wykazu i dokumentów zaświadczeń, potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w pkt 6.2.3 SIWZ. Ponadto, ewentualnie, do stwierdzenia czy oświadczenie wykonawcy i dokumenty, złożone na potwierdzenie spornego warunku udziału w postępowaniu, winny być wyjaśnione lub uzupełnione na wezwanie zamawiającego, wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p., lub czy przystępującego należy wykluczyć z udziału w postępowaniu,
- do oceny czy doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 3a w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., skutkującego zaniechaniem doliczenia do ceny przystępującego podatku od towarów i usług.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie, mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia". Przy czym określone w hipotezie art. 192 ust. 2 p.z.p. naruszenie przepisów ustawy winno mieć wpływ lub mogłoby mieć istotny wpływ, na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, który należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a p.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawarł umowę (vide postanowienie Sądu Najwyższego z 12.02.2014 r. sygn. akt IV CSK 291/13).

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedłożony przez strony, a opisany w dalszej części uzasadnienia, a także ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania, przedłożonej przez zamawiającego, mając na względzie okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą prowadzić do wniosku, iż w sprawie doszło do nieprawidłowego wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej, zatem wniesione odwołanie należało oddalić.

W zakresie zarzutów wskazany w pkt 1 i 2 petitum odwołania Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, wobec czego twierdzenia odwołującego Izba uznała za bezpodstawne i zmierzające wyłącznie do poprawienia sytuacji procesowej strony. Natomiast w zakresie zarzutu z pkt 3 petitum wniesionego środka ochrony prawnej Izba uznała, iż zarzuty w tym zakresie są bezzasadne, gdyż zamawiający, pomimo, że nie poprawił w ofercie przystępującego oczywistej omyłki pisarskiej, to w sposób nie budzący wątpliwości dokonał prawidłowego wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia - okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania:

I. W rozdziale 6 SIWZ zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt 6.2.3 SIWZ, na podstawie art. 22 ust. 1a i 1b p.z.p., zamawiający ustalił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej - warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie, minimum dwie dostawy wraz z montażem świateł nawigacyjnych o zasięgu powyżej 15 min morskich i telemetrii.

Warunek ten został zwarty również w sekcji III ogłoszenia o zamówieniu - w pkt

1.3 zdolność techniczna lub zawodowa.

II. W rozdziale 8 SIWZ zamawiający wskazał wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Zgodnie z pkt 8.1 SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 6.2.3. SIWZ, zamawiający żąda od wykonawcy złożenia na wezwanie wykazu dostaw, wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy te zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie wykonawcy. Wzór wykazu stanowi załącznik nr 6 do SIWZ.

Powyższa treść została zwarta również w sekcji III ogłoszenia o zamówieniu - w pkt 5.1 wykaz oświadczeń lub dokumentów składanych przez wykonawcę w postępowaniu na wezwanie zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p., w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

III. W rozdziale 18 SIWZ - sposób obliczenia ceny, w pkt 18.7 zamawiający wskazał, że wykonawca, składając ofertę, jest zobowiązany poinformować zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Treść oświadczenia zawarta została w załączniku nr 8 do SIWZ — formularzu oferty. Powstanie obowiązku podatkowego u zamawiającego może wynikać z takich okoliczności jak: wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów, import usług lub towarów, mechanizm odwróconego obciążenia podatkiem VAT. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami.

IV. Wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów z 21.08.2018 r.:

1) Pismem z 21.08.2018 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie

art. 26 ust. 2 p.z.p., do „złożenia dokumentu, o którym mowa w pkt 8.1 SIWZ, tj. wykazu dostaw.”

2) Przystępujący w dniu 28.08.2018 r. przedłożył zamawiającemu wykaz wykonanych dostaw, będący wypełnionym załącznikiem nr 6 do SIWZ, w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski, zawierający 2 pozycje dostaw

(dla Zarządu Portów w Las Palmas i dla Seremasa Sermasa Servicios y Respuestos Maritimos, S.L.). Z wykazu wynika, że przedmiot wskazanych dostaw wykonał podmiot na zdolnościach którego polega przystępujący - Mediterraneo Senales Maritimas S.L.

3) Do wykazu przedłożono 2 dokumenty, w języku hiszpańskim wraz z tłumaczeniem na język polski:

- a) zaświadczenie o wykonaniu prac obejmujących latarnie morskie, radiolatarnie i sygnalizację morską: podgrupa F-6, na rzecz Zarządu Portów w Las Palmas,
- b) zaświadczenie o wykonaniu prac obejmujących latarnie morskie, radiolatarnie i sygnalizację morską: podgrupa F-6, na rzecz Sermasa Servicios y Respuestos Maritimos, S.L.;

V. Wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów z 29.08.2018 r.:

- 1) Pismem z 29.08.2018 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., wezwał przystępującego do „poprawienia wykazu dostaw oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazie.”
W uzasadnieniu wezwania zamawiający wskazał, że złożony wykaz, na wezwanie z art. 26 ust. 2 p.z.p., zawiera błędy polegające na podpisaniu wykazu dostaw oraz dowodów potwierdzających należyte ich wykonanie przez wskazany w wykazie podmiot trzeci - Mediterraneo Senales Maritimas S.L., zaś według zamawiającego dokumenty te powinny być podpisane przez wykonawcę, który złożył ofertę.
- 2) Przystępujący w dniu 3.09.2018 r. przedłożył zamawiającemu dokumenty wskazane w pkt IV ppkt 2) i 3), odpowiednio, podpisane lub potwierdzone za zgodność, przez prezesa zarządu przystępującego.

VI. Zgodnie z ofertą przystępującego oświadczył on, że korzysta ze zdolności technicznej lub zawodowej podmiotu trzeciego na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt 6.2.3. SIWZ. W aktach znajduje się pisemne zobowiązanie Mediterraneo Senales Maritimas S.L., z dnia 08.08.2018 r., w przedmiocie przekazania przystępującego określonych tam zasobów, na potrzeby realizacji zamówienia, objętego przedmiotem postępowania. Zgodnie z formularzem ofertowym i zobowiązaniem, przedsiębiorca MSM stanie się podwykonawcą co do części zamówienia, w tym dokona produkcji, dostawy i montażu urządzeń określonych w SIWZ.

VII. Zgodnie z ofertą przystępującego, zaoferował on cenę netto w wysokości 340 130,00 zł, przy czym wskazano VAT 78 229,90 zł i cenę brutto w wysokości 418 359,90 zł. W pkt 14 formularza ofertowego przystępującego wskazano: „Oświadczam, iż wybór naszej oferty będzie prowadził/nie będzie prowadził do powstania obowiązku podatkowego u zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług.

W przypadku treści pozytywnej proszę wskazać nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania takiego obowiązku podatkowego oraz wartość tego towaru lub usług bez kwoty podatku:

towar: zespół światła nawigacyjnego

usługa: demontaż oraz montaż zespołu światła nawigacyjnego

Treść pozytywna będzie powodowała obowiązek doliczenia przez zamawiającego do ceny oferty wykonawcy podatku od towarów i usług.”

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzuty naruszenia przez zamawiającego art.

22 ust. 1 pkt 2, art. 22a ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust.

1 p.z.p. w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 w zw. z ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - sformułowane w pkt 1 i 2 petitum odwołania - jako przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nierzetelny i nieprzejrzysty, a nadto w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców, polegające na wybiórczym i bezkrytycznym zbadaniu przedstawionych przez Elecom Sp. z o. o. wykazu dostaw oraz referencji wystawionych przez Sermasa Servicios y Respuestas Maritimos S.L. i referencji wystawionych przez Zarząd Portów w Las Palmas, które zamawiający uznał za wystarczający i jednoznaczny dowód potwierdzający spełnienie przez Elecom warunku postępowania dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 6.2.3. SIWZ, pomimo iż ani z treści wykazu dostaw, ani z treści przedstawionych dowodów (referencji) nie wynika aby podmiot, na którego zdolnościach technicznych polega Elecom, tj. Mediterraneo Senales Maritimas S.S.L., dokonał w ramach przytaczanego projektu, o którym mowa w ww. referencjach, montażu świateł nawigacyjnych o zasięgu powyżej 15 mil morskich i teledetekcji, a nadto z przedstawionych dowodów nie wynika jaki w istocie zakres prac został mu zlecony w ramach owych projektów, przy realizacji których działał jedynie jako podwykonawca części prac, co w konsekwencji doprowadziło do bezzasadnego uznania, iż Elecom spełnia warunki udziału w postępowaniu, ergo zaniechania wykluczenia wykonawcy Elecom i uznania jego oferty za odrzuconą, która oceniona została jako najkorzystniejsza, pomimo, iż w istocie nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2.3., 8.1., 8.2., 9.5. SIWZ.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, zaś w oparciu o art. 22 ust. 1a p.z.p. zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W postępowaniu zainicjowanym rozpoznawanym odwołaniem zamawiający, na kanwie art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p., określił sporny warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej.

Wobec powyższego, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p., zamawiający żądał od wykonawców oświadczeń i dokumentów, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dokumenty wymagane przez zamawiającego zostały przez ustawodawcę określone, na kanwie z art. 25 ust. 2 p.z.p., w § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016, poz. 1126) - zwanego dalej jako „rozporządzenie w sprawie dokumentów” - który stanowi, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający wskazuje, że na zamawiającym, który określa zdolności podmiotowe wymagane w postępowaniu, które mają bezpośredni wpływ na możliwość ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego, ciąży obowiązek zapewnienia, aby określone przez niego warunki pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Przy czym zamawiający, formując swoje wymagania, winien to uczynić w sposób jasny i precyzyjny, tak, aby wykonawcy weryfikujący czy są w stanie spełnić warunki i złożyć ofertę w postępowaniu, nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, a także, aby na etapie badania i oceny ofert ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień.

Następstwem ustalenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, jest konieczność wskazania jakie środki dowodowe, w postaci oświadczeń i dokumentów, należy złożyć w celu wykazania spełniania określonego warunku. Jednocześnie, z uwagi na zasadę pisemności postępowania, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dowody wymagane w tym celu, muszą zostać w sposób wyczerpujący i jednoznaczny opisane przez zamawiających w dokumentach postępowania, które zostały udostępnione wykonawcom. Zatem określenie katalogu środków dowodowych wiąże się z badaniem i oceną przez zamawiającego zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia publicznego, kiedy - przez pryzmat treści określonego warunku - weryfikuje się czy przedłożone przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty potwierdzają spełnianie wymagań zamawiającego. Zaś niewykazanie przez wykonawcę, na którym spoczywa ciężar dowodowy, co do wykazania posiadania rzeczonyj zdolności, jest podstawą do wykluczenia go z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.

Warto również zaznaczyć, iż wykluczenie wykonawcy z postępowania jest czynnością ostateczną, a przed jej dokonaniem, na zamawiającym ciążyą ustawowe obowiązki, zmierzające do ustalenia czy wykonawca rzeczonych zdolności nie posiada. W ustalonym stanie sprawy będą to obowiązki ustanowione w art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p., dotyczące wezwania do złożenia wyjaśnień co do przedłożonych dowodów, bądź ich uzupełnienia lub poprawienia, ewentualnie art. 22a ust. 6 p.z.p., dotyczący uzupełniania wymaganych

zdolności, w sytuacji korzystania przez wykonawcę ze zdolności podmiotu trzeciego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Izba stwierdziła, że przedłożone przez przystępującego środki dowodowe jednoznacznie potwierdzają, że przystępujący spełnia sporny warunek udziału w postępowaniu, określony przez zamawiającego w pkt 6.2.3 SIWZ, zaś odwołujący i zamawiający nie wykazali okoliczności przeciwnej. Tym samym, ustalone okoliczności faktyczne sprawy wskazują, że nie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, w tym nie było podstaw do zastosowania wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. Ponadto wykazanie, że podmiot, na zdolnościach którego opiera się przystępujący, należycie wykonał sporne dostawy, o wymogach wskazanych w SIWZ, wyklucza zastosowanie art. 22a ust. 6 p.z.p.

Zmawiający w spornym warunku (vide pkt I okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) wymagał, aby wykonawca udowodnił, że „wykonał należycie (...) minimum dwie dostawy wraz z montażem świateł nawigacyjnych (...)”.

W oparciu o art. 65 k.c., skład orzekający dokonał wykładni ustanowionego przez zamawiającego warunku i określając znaczenie oświadczenia woli zamawiającego, przy uwzględnieniu zasady pierwszeństwa wykładni językowej w procesie wykładni - kiedy w pierwszej kolejności należy zastosować dyrektywy wykładni językowej, a dopiero w przypadku dalszych wątpliwości, lub w celu wzmocnienia wyniku wykładni językowej, sięgać kolejno po wykładnię systemową lub funkcjonalną, stwierdził co następuje.

W oparciu o literalne brzmienie warunku, zamawiający określił, że wymagane w pkt 6.2.3 SIWZ dostawy w swoim zakresie powinny obejmować również montaż - wymagano wykonania dwóch dostaw razem z montażem świateł nawigacyjnych. Przy czym zamawiający nie zdefiniował w dokumentacji postępowania, co rozumie przez słowo „montaż”. Ustalając znaczenie wyrazu użytego przez zamawiającego, posiłkując się słownikiem języka polskiego, Izba stwierdziła, że należy uznać, iż słowo „montaż” oznacza składanie urządzeń z gotowych części, albo zakładanie, instalowanie urządzeń technicznych.

Należy podkreślić, że z treści warunku nie wynika, aby zamawiający uszczegółowił, że urządzenia mają być najpierw dostarczone, a później nastąpi montaż elementu jakim są światła (w postaci ich zainstalowania), a zdaje się, że taką wykładnię warunku zamawiający prezentował na rozprawie w zakresie boi. Wprost przeciwnie - z treści warunku wynika, że wymagano, aby wykonano dostawy wraz z montażem świateł nawigacyjnych - czyli wykonane dostawy miały obejmować w swoim przedmiocie również montaż świateł. Zatem skoro wyrażenie montaż jest wieloznaczne i może być rozumiane jako czynność polegająca na złożeniu z części, jak też jako czynność zakładania - zainstalowania, to w ocenie Izby zawężanie wykładni warunku wyłącznie do dostawy, a następnie zamontowania świateł nawigacyjnych jest nieuprawnione. Tym bardziej, że w przypadku, gdy istnieje kilka możliwości interpretacji postanowień SIWZ, okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający, będący autorem dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może rodzić negatywnych następstw dla wykonawcy.

Ponadto, w ocenie Izby, dokonanie takiego ograniczenia, jak sugerował zamawiający, jest sprzeczne z naczelnymi zasadami zamówień publicznych, bowiem bezpośrednio godzi w zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez nieuprawnione dokonanie wybiórczej wykładni znaczenia warunku, w tym pojęcia montażu, i oparciu się na jednym z jego znaczeń. Powoduje to ograniczenie przystępującemu dostępu do udziału w postępowaniu, z powodu dokonania interpretacji wymogów warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, już po upływie terminu na składanie ofert - na potrzeby postępowania odwoławczego przez Izbę, w sposób, który z tego warunku nie wynika. Zaś ani zamawiający, ani odwołujący nie wykazali, że zgodnie z treścią dokumentacji postępowania przez montaż rozumie się wyłącznie dostawę, a następnie, po dostarczeniu przedmiotu, dokonanie instalacji świateł nawigacyjnych.

Stanowisko takie potwierdza jednolite orzecznictwo Izby oraz Sądów powszechnych, ugruntowane na kanwie używania w dokumentacji postępowania tego rodzaju "otwartych" konstrukcji pojęciowych (por. wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 18.02.2015 r. sygn. akt III Ca 70/15, wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 10.05.2017 r. sygn. akt VIII Ga 43/17, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7.10.2008 r. sygn. akt XXIII GA 446/08, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 20.03.2007 r. sygn. akt XIX Ga 80/07, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 6.10.2015 sygn. akt XXIII Ga 1341/15, i zawarte w tam orzecznictwo Izby).

Izba ustaliła, że na dowód posiadania wymaganych zdolności, przystępujący przedłożył wykaz dwóch dostaw, które wykonał podmiot na zdolnościach którego polega

przystępujący Mediterraneo Senales Maritimas S.L. (dalej zwany jako „MSM”) wraz z dwoma dokumentami pn. zaświadczenie o wykonaniu prac obejmujących latarnie morskie, radiolatarnie i sygnalizację morską: podgrupa F - 6, odpowiednio na rzecz na rzecz Zarządu Portów w Las Palmas i na rzecz Sermasa Servicios y Respuestos Maritimos, S.L. (vide pkt IV i V okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Mając na uwadze dokonaną powyżej wykładnię warunku, Izba skoncentrowała się na badaniu, czy prace - wskazane w wykazie dostaw i wykonane przez MSM, w przedmiocie dwóch dostaw świateł nawigacyjnych - obejmowały również sporny montaż, a także na weryfikacji innych zastrzeżeń odwołującego, zgodnie z okolicznościami faktycznymi podniesionymi w odwołaniu.

Na wstępie szczegółowej oceny i ustaleń poczynionych w oparciu o zgromadzony materiał procesowy, Izba zaznacza, że nie zasługują na aprobatę twierdzenia odwołującego, który kwestionował zakres prac wykonanych przez MSM, w oparciu o wybiórcze cytowanie fragmentów dowodów, przy dokonaniu własnej, dowolnej, ich interpretacji oraz stawianiu ogólnikowych tez, które są wprost sprzeczne z treścią dowodów, złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Należy zatem ocenić, mając na względzie wywiedzione okoliczności oraz treść analizowanego oświadczenia i dokumentów zaświadczeń, że twierdzenia odwołującego, zmierzające do poprawy własnej sytuacji procesowej, zmierzają do wywołania wątpliwości tam, gdzie sama treść dowodów w rzeczywistości żadnej wątpliwości nie wywołuje. Odwołujący pominął przy tym, że powołując się na zasadę rozkładu ciężaru dowodu, w przypadku wykazywania zdolności technicznej lub zawodowej, nie może ograniczyć się wyłącznie do kwestionowania, nawet nie tyle wiarygodności samych dokumentów, ale sfery faktów, na których dowód dokumenty te zostały przedłożone, nie oferując jednocześnie żadnych dowodów, które w obiektywnej analizie pozwalałyby na zakwestionowanie, że MSM wykonał dwie wskazane dostawy wraz z montażem świateł nawigacyjnych, o przedmiocie określonym w wykazie dostaw, zgodnie z przedstawionymi referencjami.

Innymi słowy, samo kreowanie wątpliwości, zwłaszcza tak daleko idących jak to czyni odwołujący, nie może prowadzić do zmiany oceny prostego tekstu zaświadczeń i wykazu, którego treść jest w danych okolicznościach jasna dla każdego przeciętnego odbiorcy i których ewentualne nieprecyzyjne sformułowania można w prosty sposób wyjaśnić,

disponując choćby podstawową wiedzą na temat segmentu rynku którego dotyczy

postępowanie - w szczególności na kanwie okoliczności, że MSM jest producentem produktów nawigacyjnych. Aby skutecznie zakwestionować wiarygodność takich dokumentów, celem podważenia oceny dokonanej przez zamawiającego (to bowiem jego czynność kwestionuje wnosząc odwołanie), odwołujący musiałby wskazać na coś, czego zamawiający nie wziął pod uwagę bądź na coś, czego wykonawca nie ujawnił, a co poddałoby w wątpliwość czy zamawiający, gdyby tymi informacjami dysponował, dokonałby takiej samej oceny, czy też podjąłby jednak inne czynności. Oparcie zarzutu wymierzonego w czynność zamawiającego jedynie na tym, że odwołujący - mając te same dokumenty i ten sam stan wiedzy dokonałby oceny odmiennej od tej, którą kwestionuje, nie jest wystarczające do wywiedzenia skutecznego odwołania.

Izba stwierdziła, że przedłożone przez przystępującego dokumenty i oświadczenie są spójne, wiarygodne, wzajemnie się uzupełniają i wyraźnie potwierdzają, że MSM wykonał dwie dostawy wraz z montażem świateł nawigacyjnych, zgodnie z wymaganiami zamawiającego z pkt 6.2.3 SIWZ - pkt III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu, które wskazał w wykazie dostaw, zgodnie z ustaleniami opisanymi poniżej.

Pierwsza dostawa z wykazu wykonanych dostaw - z pozycji nr 1 wykazu - dotycząca 1 szt. migającego światła LED dalekiego zasięgu, model MBL500LD-2 poziomy (18nm) + 1 szt. migającego światła LED dalekiego zasięgu, model MBL500LD-4 poziomy (18nm) + 2 szt. układu sterowania z modułami GSM + GPRS i funkcją telemetrii, została wykonana na rzecz Sermasa Servicios y Respuestos Maritimos S.L. (dalej jako „Sermasa Servicios”). Przystępujący przedłożył dowód należytego wykonania prac, z którego wynika, że przedsiębiorstwo MSM wykonało prace polegające na „wykonaniu i dostarczeniu wymienionego niżej sprzętu sygnalizacji morskiej”, w zakresie 2 boi wyposażonych w światła LED dalekiego zasięgu i 2 tablic kontrolnych dla boi, o parametrach zgodnych z pozycją 1 wykazu dostawy. Zatem w ocenie Izby z dokumentu tego bezpośrednio wynika, że dostawa, którą wykonał MSM, obejmowała w swym zakresie montaż światła LED - tych, które wskazano w pozycji nr 1 wykazu dostaw.

Przedsiębiorca MSM jest producentem produktów nawigacyjnych, co wynika z treści zobowiązania udostępnienia zasobów (w akapicie V zobowiązania z 8.08.2018 r. oświadczono, że „MSM dokona produkcji, dostawy i montażu urządzeń zgodnie z wymogami

SIWZ"), a także z obu dokumentów referencji (obie dostawy obejmowały „wykonanie” zawartych tam urządzeń nawigacyjnych). Mając na uwadze, że podmiot ten jest producentem, co nie było kwestionowane przez żadną ze stron, należy stwierdzić, że przedmiotowe dokumenty referencji wiarygodnie potwierdzają wymaganą przez zamawiającego okoliczność przeprowadzenia montażu świateł nawigacyjnych. Zatem skoro MSM wykonał boje, które dostarczył, a były one wyposażone w światła LED, to logicznym jest, że prace obejmowały również montaż świateł LED. Innymi słowy producent, w ramach dostawy boi, dokonał montażu swoich urządzeń, w tym montażu świateł nawigacyjnych, które są niezbędną częścią urządzenia. Okoliczność ta natomiast bezpośrednio wynika ze złożonego dowodu, gdzie w pkt 3 wskazano, że prace polegały na wykonaniu boi i tablic. Tym samym, brak jest podstaw do przyjęcia, aby dostawa na rzecz Sermasa Servicios nie obejmowała montażu sprzętu nawigacji morskiej, zgodnie z treścią spornego warunku.

Druga dostawa z wykazu wykonanych dostaw - z pozycji nr 2 wykazu - dotycząca dostawy 1 szt. reflektora LED, model MFR (18nm), z podwójnym silnikiem oraz zewnętrznym układem sterowania z modulem sterowania zdalnego GSM oraz funkcją telemetrii i funkcją alarmową, system zasilania, została wykonana na rzecz Zarządu Portów w Las Palmas. Przystępujący przedłożył dowód należytego wykonania prac, z którego wynika, że przedsiębiorstwo MSM wykonało prace polegające na „wykonaniu, dostarczeniu i zainstalowaniu” latarni morskiej, w tym paneli optycznych z elementami świetlnymi LED, o parametrach zgodnych z pozycją 2 wykazu dostaw. Zatem z tego dowodu również bezpośrednio wynika, że dostawa wykonana przez MSM obejmowała w swym zakresie montaż świateł, które wskazano w pozycji nr 2 wykazu dostaw.

Jedynie na marginesie można dodać, że powyższe ustalenia znajdują również odzwierciedlenie w dokumencie zobowiązania MSM, na który wskazywał przystępujący, a także w oświadczeniu MSM, które zostało przedłożone przez przystępującego na posiedzeniu, co wyłącznie dodatkowo potwierdza spełnianie przez przystępującego wymagań spornego warunku, gdyż posiadanie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej winno być przede wszystkim badane i oceniane na podstawie dokumentów i oświadczeń, które zamawiający określił w pkt 8.1 SIWZ - III.5.1 ogłoszenia o zamówieniu (zgodnie z pkt II okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Następnie skład orzekający wskazuje, że nie znalazł podstaw do kwestionowania autentyczności czy wiarygodności dowodów w postaci zaświadczeń (referencji), w tym również nie podzielił argumentacji przystępującego, iż zamawiający naruszył art. 24 ust. 4 p.z.p., czy § 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Odwolujący podnosił, że przedłożone dowody nie dają pewności czy pochodzą od osób uprawnionych do ich wystawienia, co powinno budzić wątpliwości zamawiającego skutkujące wyjaśnieniem tejże okoliczności, zaś w szczególności, że do referencji Sermasa Servicios nie załączono dowodów, z których wynika potwierdzenie legitymacji osoby, która podpisała dokument.

Izba wskazuje, że znajdujące się w materiale dowodowym zaświadczenia pochodzą, zgodnie z wymogami rozporządzenia w sprawie dokumentów, od podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane - odpowiednio od Sermasa Servicios w zakresie boi i od Zarządu Portów w Las Palmas w zakresie latarni morskiej. Twierdzenia odwołującego co do wątpliwości w zakresie formalnym - uprawnienia osób wystawiających referencje do ich podpisania, czy prawidłowo identyfikują wystawiającego, czy są prawidłowo sformułowane, stanowią wyraz bardziej aktu polemiki z zamawiającym, niż zarzut co do dokonanej przez niego czynności. Odwołujący usiłuje bowiem na każdym możliwym polu wywołać wątpliwości co do rzetelności kwestionowanych dokumentów, ale - tak jak powyżej - prosta analiza tekstu referencji, bez konieczności nawet odwoływania się do standardów międzynarodowego obrotu gospodarczego, zasad wiedzy i doświadczenia życiowego oraz braku oparcia przez ustawodawcę postępowań o udzielenie zamówień publicznych na formalnej teorii dowodów - pozwala te formułowane wątpliwości usunąć.

Odwolujący nie zaoferował żadnych okoliczności, mogących stanowić podstawę do przyjęcia, że dokumenty budzą wątpliwości, czy że zostały podpisane przez osoby nieuprawnione, czy że podmiot, który je wystawił, nie był uprawniony do ich sformułowania. Przy czym ustawa p.z.p., a także jej akty wykonawcze, nie dają podstawy dla wymagania przez zamawiającego, żeby w ustalonych okolicznościach faktycznych stwierdzić, że wykonawca winien załączać dowody dotyczące legitymacji osób podpisujących referencje/zaświadczenia. W dokumentacji postępowania również nie postawiono takiego wymogu, co czyni argumentację odwołującego niepopartą i co najmniej niezrozumiałą.

Warto zauważyć, że referencje stanowią w istocie oświadczenie wiedzy, w formule dokumentu prywatnego wykazującego, że osoba pod nim podpisana w konkretnej dacie złożyła oświadczenie określonej treści - każdy, kto wiedzę ma, może takie oświadczenie złożyć. Kwestią sporną w tym zakresie, zwłaszcza na kanwie nowelizacji kodeksu cywilnego

o przepis 65¹ k.c. nakazujący odpowiednie stosowanie przepisów o oświadczeniach woli do

innych oświadczeń, mogłyby być skutki prawne oświadczenia w sytuacji, w której miałyby ono wywołać konkretny wpływ na stosunek zobowiązaniowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z 17.11.2010 r., sygn. akt I CSK 75/10 i zawarta tam argumentacja). Problem taki nie występuje jednak w sytuacji, w której oświadczenie stanowi dowód i potwierdza, że osoba, która je złożyła w konkretnej dacie złożyła oświadczenie o określonej treści, któremu ustawa nadaje znaczenie w zakresie potwierdzenia bądź niepotwierdzenia konkretnych faktów. Brak jest więc w omawianej kategorii oświadczeń elementów niezbędnych dla przyjęcia konieczności ustawowej reprezentacji zarezerwowanych dla oświadczeń woli, gdzie rygor reprezentacji związany jest z faktem, iż oświadczenia zmierzają do wywołania konkretnego, objętego świadomością składającego, bądź składających, skutku prawnego w postaci powstania, zmiany czy ustania stosunku prawnego (vide art. 60 k.c.).

O ile ustawa p.z.p. przewiduje zatem pewne restrykcje w zakresie tejże dokumentacji, to jednak, aby skutecznie podważyć wiarygodność dokumentu prywatnego, wymagane jest przeprowadzenie „kontr - dowodu” - na przykład na okoliczność, że osoba pod dokumentem podpisana nie miała bądź nie mogła mieć wiedzy na określony temat, bądź że w rzeczywistości zdarzenia miały inny obrót niż ten, który został udokumentowany. To jednak wymagałoby większej inicjatywy dowodowej po stronie odwołującego, który w omawianym zakresie ograniczył się wyłącznie do wskazywania, że przedłożone dokumenty budzą jego subiektywne wątpliwości, co jak wskazano powyżej, w okolicznościach niniejszej sprawy nie mogło odnieść skutku w zakresie podważenia oceny dokonanej przez zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, należało przyjąć, że przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w pkt 6.2.3 SIWZ, zatem nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, w konsekwencji czego zarzuty nr 1 i 2 odwołania należało oddalić.

Wobec niepotwierdzenia stanowiska o niespełnieniu spornego warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego, Izba nie znalazła podstaw do zastosowania w sprawie art. 26 ust. 3 p.z.p. i po krótko można dodać, że skład orzekający podzielił twierdzenia przystępującego w zakresie wadliwego rozumienia przez odwołującego, określonej w orzecznictwie Izby i Sądów powszechnych, zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia, w trybie 26 ust. 3 p.z.p.

W ocenie Izby omawiany zakaz ponownego wezwania do uzupełnienia środków dowodowych posiada zastosowanie gdy wykonawca - w wyniku odpowiedzi na precyzyjne i kompletne wezwanie zamawiającego, wskazujące braki i błędy dokumentów - ponownie przedstawia wadliwe dokumenty i w tej sytuacji, na kanwie zasady równego traktowania wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji, zgodnie z art. 7 ust. 1 p.z.p., zamawiający nie powinien wzywać wykonawcy do ponownego uzupełnienia określonego w wezwaniu braku. Innymi słowy zasada jednokrotnego wezwania nie oznacza możliwości wystosowania jednego wezwania do wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego co do danego dokumentu czy oświadczenia, zaś oznacza jednokrotne wezwanie do uzupełnienia danego braku. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z 18.04.2014 r. sygn. akt II Ca 238/14 możliwe jest nawet kolejne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, jeżeli dotyczy innych okoliczności niż uprzednie wezwanie. Izba stanowisko to popiera i przyjmuje za własne. Na marginesie można jedynie dodać, że w sprawie zamawiający wzywał do poprawienia wykazu i zaświadczeń (vide pkt V pkt 1 ustaleń istotnych dla rozstrzygnięcia), nie zaś do ich uzupełnienia, przy czym wezwanie do poprawienia poświadczenia za zgodność dokumentów zaświadczeń, dotyczących podmiotu, na zdolnościach którego polegał wykonawca, na kanwie § 14 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, było zbędne.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 3a w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., sformułowany w pkt 3 petitum odwołania, jako brak rzetelnej oceny złożonej przez Elecom oferty, a tym samym przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez brak obligatoryjnego doliczenia przez zamawiającego do ceny zaproponowanej przez Elecom podatku od towarów i usług, pomimo jednoznacznej deklaracji wykonawcy Elecom (pkt 14 formularza oferty Elecom), iż wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty Elecom jako najkorzystniejszej, mimo iż po doliczeniu stosownego podatku do oferty Elecom, utraci ona status najkorzystniejszej, plasując się na drugim miejscu w klasyfikacji ofert, za ofertą odwołującego.

Zgodnie z art. 91 ust. 3a p.z.p., jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do

powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

Określony w art. 91 ust. 3a p.z.p. mechanizm tzw. „odwroconego VAT” stanowi wyjątek od zasady zgodnie z którą podatnikiem, z tytułu odpłatnego świadczenia usług lub dostawy towarów, jest usługodawca lub dostawca towaru. W określonych przypadkach podatnikami są podmioty nabywające usługi lub towary, co jest równoznaczne z przerzuceniem na nabywcę - zamawiającego, obowiązku rozliczenia podatku należnego z tytułu dokonania danej czynności. W przypadku zastosowania odwroconego obciążenia podatkowego to nie wykonawca, dokonujący dostawy towaru lub świadczący usługę, odprowadzi należny podatek, a dokona tego zamawiający. Zatem podatek ten, wraz z ofertą, tworzy rzeczywistą kwotę środków, która zostanie uiszczona przez zamawiającego, za nabycie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba podzieliła trafne stanowisko przystępującego, że obowiązek wynikający z dyspozycji przepisu art. 91 ust. 3a p.z.p. ma charakter wyłącznie informacyjny, zaś konieczność doliczenia do ceny oferty podatku od towarów i usług powinna być weryfikowana na kanwie brzmienia ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Zatem skoro przystępujący w formularzu ofertowym wskazał, że jego cena brutto w wysokości 418 359,90 zł zawiera 78 229,90 zł VAT (vide pkt VIII okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), co według zamawiającego stanowi o zastosowaniu 23% stawce VAT (pkt 12 pn. zestawienie ofert, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), a okoliczność ta nie została podważona przez odwołującego, to w ustalonych okolicznościach faktycznych sprawy nie znajduje zastosowania mechanizm tzw. „odwroconego podatku VAT”, gdyż podatek od towarów i usług został już uwzględniony przez przystępującego w cenie jego oferty. W tym odwołujący nie wykazał, aby wskazana w pkt 14 formularza ofertowego przystępującego, dostawa zespołu światła nawigacyjnego oraz usługa demontażu i montażu światła nawigacyjnego, powodowała dodatkowe, inne niż wskazane w cenie brutto przystępującego, obciążenia podatkowe.

Powyższe stanowisko potwierdzają również złożone przez przystępującego środki dowodowe w postaci oświadczenia z 18.09.2018 r. sporządzonego przez biegłego rewidenta oraz oświadczenia z 19.09.2018 r. doradcy podatkowego. Izba stwierdziła, że przedłożone opinie prywatne, w zakresie oceny prawnej traktowane przez Izbę jako element materiału procesowego wyrażający stanowisko strony, potwierdzają, że wymagana w przedmiocie zamówienia postępowania dostawa zespołu światła nawigacyjnego oraz usługa demontażu i montażu światła nawigacyjnego, nie powodują, aby zamawiający miał obowiązek, na kanwie ustawy o podatku od towarów i usług, doliczyć dodatkowe koszty podatkowe do ceny oferty przystępującego, zaś odwołujący i zamawiający nie wykazali okoliczności przeciwnej.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, oświadczenie zawarte w pkt 14 formularza ofertowego przystępującego, stanowi oczywistą omyłkę pisarską, która w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 1 p.z.p., winna być przez zamawiającego poprawiona, w toku badania i oceny ofert. Skoro z formularza ofertowego przystępującego wynika, że doliczył on do ceny oferty podatek od towarów i usług (określona cena netto 340 130,00 zł, VAT 78 229,90 zł i cena brutto 418 359,90 zł), zaś z pkt 14 formularza ofertowego, że wybór oferty będzie prowadził do powstania obowiązku podatkowego u zamawiającego w zakresie „towar: zespół światła nawigacyjnego, usługa: demontaż oraz montaż zespołu światła nawigacyjnego”, przy czym zgodnie z obowiązującymi przepisami do obowiązku uiszczenia dodatkowego podatku przez zamawiającego oferta nie prowadzi - co można stwierdzić na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów - to w ofercie w pkt 14 doszło do niedokładności, pomiędzy oświadczeniami wykonawcy. Wadliwość ta stanowi omyłkę, w postaci oczywistego i niezamierzonego błędu wykonawcy, który można usunąć bez przeprowadzenia dodatkowych ustaleń, innych niż te zawarte w ofercie (w zakresie określenia ceny przez przystępującego i przedmiotu, który miałby obowiązek zapłaty odwroconego podatku powodować), w korelacji z powszechnie obowiązującymi przepisami, zatem wszystkimi informacjami, które zamawiający posiadał. Stwierdzona oczywista omyłka pisarska nie prowadzi też do uchybienia merytorycznego oraz nie wykazano, aby to było zamierzone działanie wykonawcy. W ocenie Izby poprawienie omyłki, poprzez zmianę pkt 14 formularza przystępującego na oświadczenie, że wybór oferty nie będzie prowadził do powstania obowiązku podatkowego u zamawiającego, nie prowadzi do żadnej zmiany treści oferty, a do przywrócenia jej jednoznacznie zamierzonego brzmienia w miejsce błędnej treści, która w jednym miejscu w sposób ewidentny nie licuje z pozostałą, jednoznaczną treścią.

Ponadto oświadczenie przystępującego z pkt 14 formularza, które ma charakter informacyjny, a zmaterializuje się gdy zgodnie z mechanizmem zapłaty odwróconego podatku, opisanym powyżej, zamawiający będzie zobligowany podatek ten uiścić, to w ustalonych okolicznościach sprawy, nie odgrywa zatem znaczenia, które wymagałoby podjęcia jakichkolwiek konkretnych działań, oprócz poinformowania o stwierdzonej omyłce, ponieważ nie zmienia ono ani prawa (które dalej wskazuje na to, że podatek VAT obciąża wykonawcę i nie może tego zmienić jakiegokolwiek oświadczenie), ani oceny faktów (ponieważ kwota podatku została wyliczona i uwzględniona w ofercie). Okoliczność ta jest zatem irrelevantna dla rozstrzygnięcia, ponieważ w sprawie konstrukcja tzw. „odwróconego VAT” nie znajduje zastosowania.

Izba stwierdziła również, że niepotwierdzone pozostało stanowisko odwołującego o zapłacie podatku poza granicami kraju prowadzenia działalności gospodarczej przez przystępującego czy, że w postępowaniu zastosowanie znajdą przepisy obrotu wewnątrzwspólnotowego i uiszczenie podatku nastąpi nie w kraju odbiorcy (zamawiającego), a w innym kraju. Zgodnie z dyspozycją art. 190 ust. 1 p.z.p. obowiązkiem stron jest wskazanie dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne. Przy czym ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Izby) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (vide wyrok Sądu Najwyższego z 7.11.207 r., sygn. akt II CSK 293/07). Izba przy tym wskazuje, że przedstawienie przez stronę dowodu, w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem procesowym, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie (wyrok Sądu Najwyższego z 17.06.2009 r., sygn. akt IV CSK 71/09).

Zatem, mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostął ciężarowemu na nim ciężarowi dowodowemu i jego twierdzenia pozostały gołosłowne. Zaś wobec niezakwestionowanego faktu, że cena oferty obejmuje podatek od towarów i usług w wysokości 78 229,90 zł, twierdzenia o zapłacie podatku w kraju podmiotu zagranicznego, w tym cenie oferty przystępującego bez doliczonego podatku, pozostały w sferze spekulacji strony.

Izba wskazuje, że brak poprawienia przez zamawiającego omyłki pisarskiej w informacyjnym oświadczeniu przystępującego, które, na podstawie art. 91 ust. 3a p.z.p., zostało złożone w pkt 14 formularza ofertowego, nie ma wpływu na wynik badania i oceny oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej, gdyż nie zmienia treści oferty przystępującego - tak jak wskazano powyżej, omyłka ta nie odgrywa żadnej roli ani w świetle oceny faktów, ani też zastosowania prawa. Odwołujący nie wykazał, żeby do ceny przystępującego należało doliczyć dodatkowy podatek, oprócz 23% podatku od towarów i usług, zawartego w cenie brutto przystępującego, zatem cena ta nie ulega zmianie - oferta przystępującego pozostaje najtańszą, co w konsekwencji powoduje, że ranking ofert pozostaje bez zmian. Zaś, jak już wcześniej stwierdzono, aby odwołanie zostało uwzględnione, naruszenie przepisów ustawy musi wypełniać hipotezę art. 192 ust. 2 p.z.p. Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z 5.12.2016 r., sygn. akt XIII Ga 1094/16, art. 192 ust 2 p.z.p. de iure wyznacza dodatkową przesłankę materialnoprawą odwołania - aby odwołanie mogło być uwzględnione, naruszenie przepisów ustawy daną czynnością zamawiającego poprzez zaniechanie czynności obowiązkowej musiało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem w ocenie Izby uniwersalnie przypadkiem, w którym artykuł ten wykluczy możliwość uwzględnienia odwołania jest sytuacja, w której wprost można stwierdzić, bez żadnej wątpliwości, że dane uchybienie (o ile można nawet je tak nazwać) wprost nie miało i nie mogło mieć żadnego wpływu na wynik postępowania. Skoro niepoprawienie omyłki pisarskiej w ofercie przystępującego nie prowadzi do nieprawidłowej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, gdyż nie zmienia treści oferty, to nie zachodzi konieczność powtórzenia czynności mających na celu ustalenie wyniku postępowania, który w ocenie Izby jest prawidłowy, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu.

Przewodniczący:

