

Sygn. akt KIO 2485/10

**WYROK**

**z dnia 25 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum w składzie: RESTAURO Spółka z o.o., Zakład Usług Technicznych SIMS S.C. Michał Szkudlarek, Ireneusz Strankowski ul. Łazienna 4, 87-100 Toruń** od czynności zamawiającego **Centrum Kultury Zamek Krzyżacki w Toruniu, ul. Przedzamcze 3, 87-100 Toruń,**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Centrum Kultury Zamek Krzyżacki w Toruniu powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem okoliczności, iż oferta złożona przez Konsorcjum w składzie: Eventcom sp. z o.o., Relief s.c. Irena Bulderberg, Jan Bulderberg, Włodzimierz Rumiński podlega odrzuceniu, a wykonawca podlega wykluczeniu.**

**2. kosztami postępowania obciąża Centrum Kultury Zamek Krzyżacki w Toruniu, ul. Przedzamcze 3, 87-100 Toruń i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum w składzie: RESTAURO Spółka z o.o., Zakład Usług Technicznych SIMS S.C. Michał Szkudlarek, Ireneusz Strankowski, ul. Łazienna 4, 87-100 Toruń**, tytułem wpisu,
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Centrum Kultury Zamek Krzyżacki w Toruniu, ul. Przedzamcze 3, 87-100 Toruń** na rzecz **Konsorcjum w składzie: RESTAURO Spółka z o.o., Zakład Usług Technicznych SIMS S.C. Michał Szkudlarek, Ireneusz Strankowski, ul. Łazienna 4, 87-100 Toruń** stanowiącej koszty postępowania poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt KIO 2485/10**

### **UZASADNIENIE**

Zamawiający: Centrum Kultury Zamek Krzyżacki w Toruniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zamek krzyżacki - konserwacja, rewitalizacja i zagospodarowanie turystyczne”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2010/S 147 - 226907 z dnia 31 lipca 2010 r.

Zamawiający w dniu 4 listopada 2010 r. przesłał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Konsorcjum w składzie: Eventcom sp. z o.o., Relief s.c. Irena Bulderberg, Jan Bulderberg, Włodzimierz Rumiński (zwane dalej „Konsorcjum Eventcom”).

Wykonawca: Konsorcjum w składzie: RESTAURO Spółka z o.o., Zakład Usług Technicznych SIMS S.C. Michał Szkudlarek, Ireneusz Strankowski (zwane dalej „Konsorcjum RESTAURO”) wniosło odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wobec zaniechania odrzucenia tej oferty, względnie wykluczenia Konsorcjum Eventcom z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Eventcom, pomimo jej sprzeczności z wzorem formularza oferty, stanowiącego integralną część siwz,
- art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Eventcom, pomimo błędu w obliczeniu ceny,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Eventcom z postępowania, pomimo że trwale nie posiada ona zarządu oraz ma nieuregulowaną sytuację udziałową, co jest równoznaczne z niespełnieniem wymogu posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia,
- art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Eventcom z postępowania pomimo, że część dokumentacji przetargowej, będącej podstawą prowadzonego postępowania, została opracowana przez firmę „INTRO” Jacek Spychała, a wg odpisu z KRS Pan Jacek Spychała jest (a w świetle wyjaśnień wykonawcy - był do swej śmierci w czerwcu 2010 r.) jedynym lub głównym wspólnikiem i jedynym członkiem zarządu spółki Eventcom Sp. z o.o.,

- art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wybór oferty podmiotu, który z uwagi na powiązania osobowe i organizacyjne dysponował informacjami, niedostępnymi dla innych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia z postępowania Konsorcjum Eventcom lub odrzucenia oferty tego konsorcjum.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu, iż wykonawca dokonał ingerencji w treść Załącznika nr 2 - formularza oferty, obejmującego m.in. formularz szczegółowy, w którym zamawiający określił stawki VAT na poszczególne pozycje w wysokości 22%. W pozycji nr 1 nagranie studyjne ścieżki dźwiękowej do widowiska multimedialnego „światło dźwięk” oraz nr 2 wyposażenie i opracowanie sal edukacyjnych, wykonawca usunął stawkę 22% i wpisał "zw".

Zdaniem odwołującego, powyższe zmiany powodują sprzeczność z treścią specyfikacji i są nieuprawnione merytorycznie. Usługi, związane z produkcją filmów i nagrań na innych nośnikach, są wyraźnie wyłączone z zakresu stosowania pkt 11 Załącznika nr 4 do ustawy o podatku od towarów i usług, zawierającego wykaz usług zwolnionych od podatku. Brak jest także podstaw do zwolnienia z VAT wyposażenia sal edukacyjnych (m.in. scena modułowa, ławy). Odwołujący podkreślił, powołując się na orzecznictwo NSA, że przedmiotem zamówienia jest jedna usługa kompleksowa. Wskazał, iż zasadą w podatku VAT jest kwalifikowanie stawki w przypadku usług kompleksowych tj. wg usługi przeważającej. Powołując się na orzecznictwo KIO podniósł, iż błąd w stawce podatku VAT stanowi nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Ponadto, złożone oferty są nieporównywalne bowiem odwołujący zastosował stawkę VAT 22% na wszystkie pozycje, zgodnie z treścią siwz.

Odwołujący stwierdził, iż ww. zmiana formularza nie można uznać za oczywistą omyłkę rachunkową lub pisarską, podlegającą poprawieniu, gdyż wykonawca dokonał celowej ingerencji w treść formularza oferty, usuwając stawkę tam wpisaną.

Ponadto, w formularzu ofertowym nie została także wypełniona pozycja dotycząca części zamówienia, jakie Konsorcjum Eventcom zamierza powierzyć podwykonawcom. Zamawiający nie może dokonać poprawy w tym zakresie treści oferty, bowiem wykonawca przewiduje udział podwykonawców (o czym świadczą załączone referencje dotyczące Zakładu Usług elektrycznych ZUEL) oraz nie jest możliwe określenie, bez dodatkowego oświadczenia wykonawcy, które prace i jakim podwykonawcom wykonawca zamierza powierzyć. Tym samym brak jest w ofercie jednego z wymaganych elementów treści oferty, który nie podlega uzupełnieniu. Zatem, również w tym zakresie treść oferty nie odpowiada treści siwz, co uzasadnia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wybrany wykonawca nie przedstawił wymaganego w specyfikacji (pkt 5.6) aktualnego zaświadczenia (w odniesieniu do Eventcom Sp. z o.o.) właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Na wezwanie zamawiającego wykonawca oświadczył, że nie zatrudnia pracowników i nie podlega obowiązkowi odprowadzania składek ZUS. Zdaniem odwołującego okoliczność ta powinna być stwierdzona zaświadczeniem urzędowym (ZUS - o braku rejestracji danego podmiotu jako płatnika składek), nie zaś oświadczeniem wykonawcy. Podkreślił, za wyrokiem KIO z dnia 21 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1013/10, iż zamawiający bezwzględnie przy dokonywaniu oceny ofert, nie może odstępować od wymogów określonych w siwz, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podniósł także, że liderem Konsorcjum Eventcom jest Eventcom Sp. z o.o., w której, jak wynika z odpisu aktualnego z KRS, jedynym wspólnikiem (Rubryka 7, poz. 6) oraz jedynym członkiem zarządu jest Pan Jacek Spychała, który tragicznie zginął w wypadku w czerwcu 2010 r. Jak wynika z wyjaśnień wykonawcy, złożonych w postępowaniu, spadek po nim nie został jeszcze objęty.

Odwołujący wskazał, iż lider konsorcjum będąc spółką z o. o. nie posiada zarządu, nie zatrudnia pracowników (co wynika ze złożonego w ofercie zaświadczenia) oraz nie jest wiadomo, kto jest aktualnie jego wspólnikiem, ani kiedy wyjaśni się powyższa sytuacja, czy i kiedy nowy zarząd zostanie powołany. Jedyną osobą, działającą za spółkę i obecnie jej jedynym „substratem osobowym” jest pełnomocnik - radca prawny Wiktor Gruszecki. W ocenie odwołującego, powyższa sytuacja nie może gwarantować należytego wykonania zamówienia. Wskazał, że dochodzenie potencjalnych roszczeń byłoby utrudnione, bowiem brak organu reprezentacji praktycznie uniemożliwia pozwanie spółki w procesie cywilnym. Zgodnie z art. 174 § 1 pkt 2 jest to podstawa do zawieszenia postępowania, a w świetle art. 379 pkt 2 k.p.c. brak organu powołanego do reprezentowania strony stanowi przyczynę nieważności postępowania niezależnie od tego, czy w imieniu tej strony działa pełnomocnik. Brak organu reprezentacji oraz brak majątku spółki uniemożliwia wyegzekwowanie roszczeń. W przypadku braku zarządu spółka jest praktycznie bezkarna, bowiem przepisy prawa nie przewidują odpowiedzialności pełnomocnika spółki. W istocie pełnomocnik nie podlega woli swojego mocodawcy, bo nie ma osoby, która taką wolę w imieniu spółki mogłaby wyrażać wobec pełnomocnika.

Sytuacja powyższa powinna być, zdaniem odwołującego, oceniana przez pryzmat wymogów art. 22 Pzp. W szczególności należy uznać, że brak zarządu spółki kapitałowej mieści się w pojęciu braku osób zdolnych do wykonania zamówienia. Nawet jeżeli dany podmiot nie posiada pracowników i wykonuje całość prac przez podwykonawców muszą istnieć osoby, które będą prace podwykonawców organizować, nadzorować itp. Zgodnie z przepisem art. 38 k.c., osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i statucie.

Odwołujący podniósł także, że postępowanie prowadzone jest w oparciu o dokumentację projektową, opracowaną przez konsorcjum w składzie: P.U. Wiesław Rosiński, INTRO Jacek Spychała. Fakt, że Jacek Spychała, jako współautor dokumentacji projektowej, był jednocześnie, do swej śmierci, jedynym wspólnikiem i członkiem zarządu spółki Eventcom Sp. z o.o., w świetle zasad doświadczenia życiowego pozwala na domniemanie faktyczne, że w dacie składania oferty spółka oraz jej partner byli w posiadaniu całości dokumentacji projektowej, wykonanej na zlecenie zamawiającego przez INTRO Jacek Spychała, również tej części, która nie jest udostępniana pozostałym wykonawcom, tj. w szczególności kosztorysów inwestorskich, jak również materiałów pomocniczych, badań, analiz itp. Powoduje to w oczywisty sposób uprzywilejowaną pozycję tego wykonawcy przy konstruowaniu i kalkulacji oferty oraz prowadzi do naruszenia zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Uzasadnione jest domniemanie, że te same osoby uczestniczyły w przygotowaniu dokumentacji projektowej i w opracowaniu oferty. Odwołujący wyjaśnił, że powyższych zarzutów nie jest w stanie udowodnić dokumentami, jednak ocena powiązania faktów udowodnionych, w świetle zasad doświadczenia życiowego, bezwzględnie powyższe domniemanie faktyczne nasuwa.

Odwołujący wskazał także, że Konsorcjum Eventcom przedłożyło w ofercie odpis aktualny z KRS, który zawierał informacje oczywiście nieprawdziwe w dacie jego złożenia co do obsady zarządu oraz grona wspólników, bez żadnego wyjaśnienia. Dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyjaśniono okoliczności, dotyczące śmierci Pana Jacka Spychały, co może być także oceniane w kontekście przedłożenia w postępowaniu nieprawdziwych informacji, mogących mieć wpływ na jego wynik (art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp).

Zamawiający złożył w dniu 24 listopada 2010 r. odpowiedź na odwołanie. Nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wniósł o jego oddalenie. Wskazał, iż Krajowa Izba Odwoławcza bada legalność działań zamawiającego, a nie trafne zastosowanie przepisów podatkowych przez wykonawców. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest, podobnie jak zamawiający, organem podatkowym, zaś za odpowiednie naliczenie podatku VAT odpowiada wykonawca, a nie zamawiający. Stwierdził, iż kwestionowana przez odwołującego czynność, stanowiąca ingerencję w formularz ofertowy przygotowany przez

zamawiającego, była uprawniona. Oferta Konsorcjum Eventcom nie zawiera błędów w obliczeniu ceny. Przyznał, iż błąd w obliczeniu ceny może polegać na niewłaściwym zastosowaniu stawki podatkowej, jednak podkreślił jednocześnie, że odwołujący przywołał jedynie orzecznictwo podatkowe dotyczące tzw. usług kompleksowych, nie udowodnił natomiast, stosownie do art. 6 k.c., że Konsorcjum Eventcom zastosowało błędną stawkę podatkową podatku VAT. Wskazał, że w przypadku tzw. świadczeń złożonych, możliwe jest wydzielenie w treści świadczenia elementów podlegających różnym stawkom, jak również wskazanie świadczenia o charakterze podstawowym, determinującego konkretną stawkę podatkową VAT dla całego świadczenia złożonego.

Odnosząc się do zarzutu, dotyczącego naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Eventcom, pomimo, że Eventcom Sp. z o.o. trwale nie posiada zarządu oraz ma nieuregulowaną sytuację udziałową, co jest równoznaczne z niespełnieniem wymogu posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia, stwierdził, że Eventcom Sp. z o.o., jako spółka kapitałowa, nie ma charakteru osobowego, w związku z czym śmierć jej większościowego udziałowca, nie ma wpływu na jej byt prawny, tym bardziej, że spółka ta posiada umocowanego zgodnie z prawem pełnomocnika. Ponadto, realizacja zamówienia odbywać się będzie przez konsorcjum wykonawców, dla których spełnianie warunków udziału w postępowaniu należy oceniać łącznie.

Zarzuty dotyczące naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Eventcom, pomimo, że część dokumentacji przetargowej, będącej podstawą prowadzonego postępowania, została opracowana przez firmę „INTRO” Jacek Spychała, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 Pzp uznał za bezzasadne. Podkreślił, iż odwołujący sam stwierdził, że powyższego zarzutu: „nie jest w stanie udowodnić dokumentami”, a swoje twierdzenia opiera jedynie na „domniemaniach faktycznych”, które nasuwają mu się w świetle zasad doświadczenia życiowego. Odwołujący nie jest więc w stanie udowodnić, ani nawet w sposób racjonalny uprawdopodobnić swoich twierdzeń. Wskazał m.in. na treść wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 31 lipca 2008 r. (sygn. akt: XIX Ga 280/08). Zamawiający podkreślił, że pan Jacek Spychała wykonywał jedynie dokumentację projektową, a nie dokonywał kalkulacji finansowej projektu.

Odnosząc się do zarzutu, że Konsorcjum Eventcom nie wskazało w formularzu ofertowym, jaką część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom, a także nie przedstawiło aktualnego zaświadczenia z właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie całości wykonania decyzji właściwego organu, zamawiający

wskazał, że w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, uzupełniony został wykaz osób, które będą realizować zamówienie wraz z określeniem podstawy do dysponowania przez Eventcom Sp. z o.o. tymi osobami oraz wskazaniem zakresu wykonywanych przez nie czynności, co potwierdza, że wykonawca zamierza powierzyć część zamówienia podwykonawcom. Na podstawie tych informacji zamawiający posiada pełną wiedzę, co do zakresu wykonywanych przez te osoby czynności w realizacji zamówienia, który jest zgodny z SIWZ. W powyższym zakresie treść oferty nie jest sprzeczna z treścią dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, zamawiający podkreślił, że Eventcom Sp. z o.o. nie jest płatnikiem składek ZUS, co wykonawca wyjaśnił w ofercie, a w związku z tym nie może złożyć zaświadczenia, że nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 r. oraz 29 stycznia 2010 r.

Izba nie dopuściła Konsorcjum Eventcom zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, z uwagi na brak skutecznego umocowania pełnomocnika Wiktora G. do składania w imieniu Konsorcjum środków ochrony prawnej, w tym przystąpienia do postępowania odwoławczego. Ponadto, pełnomocnik nie został skutecznie umocowany do reprezentowania członka konsorcjum Relief s.c. Irena Bulderberg, Jan Bulderberg, Włodzimierz Rumiński. Izba uznała, że wynikające z umowy konsorcjum umocowanie dla spółki Relief do samodzielnego wnoszenia środków ochrony prawnej nie jest wiążące, z uwagi na niezachowanie trybu dotyczącego wprowadzania zmian



do ww. umowy. Izba ustaliła ponadto, że przystępujący nie przesłał odwołującemu kopii przystąpienia, stosownie do wymogu art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz wykazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę w wyniku braku uzyskania zamówienia. Potwierdzenie się zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz zaniechania odrzucenia tej oferty, oznaczałoby dla odwołującego możliwość uzyskania zamówienia. Tym samym spełnione zostały przesłanki do korzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Eventcom, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jednocześnie niezgodność ta nie może być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wskazać należy, że w załączniku nr 2 do siwz stanowiącym „formularz oferty” zamawiający zawarł tabelę, w której, stosownie do wskazanego w poszczególnych pozycjach „formularza szczegółowego-tytułu”, wykonawcy mieli obowiązek w każdej pozycji wskazać cenę netto i brutto z uwzględnieniem podatku VAT w wysokości 22%, która została przez zamawiającego jednoznacznie określona dla wszystkich pozycji. Po podsumowaniu pozycji („Razem – cena ofertowa”), cenę netto i brutto oraz „stawkę podatku VAT” w złotych należało wpisać w wierszu czwartym tabeli „Formularz oferty”. Zamawiający w tej pozycji wskazał, iż „cena ogółem zgodna z cenami cząstkowymi z formularza szczegółowego”.

Konsorcjum Eventcom składając ofertę dokonało zmiany treści formularza oferty – wpisując „zw.” zamiast stawki 22% VAT, określonej przez zamawiającego, w dwóch pozycjach formularza szczegółowego w kolumnie „Stawka VAT”, tj. w pozycji: nagranie studyjne ścieżki dźwiękowej do widowiska multimedialnego „światło dźwięk” oraz w pozycji wyposażenie i opracowanie sal edukacyjnych (str. 3 oferty).

Powyższe zmiany, dokonane samodzielnie przez wykonawcę w formularzu ofertowym w stosunku do wzoru zawartego w siwz, stanowią o niezgodności treści złożonej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślić należy, iż zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert i po ich otwarciu odstępować od wymagań i warunków określonych w specyfikacji. Także wykonawcom nie przysługuje takie prawo, zwłaszcza po upływie terminu na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec treści postanowień ogłoszenia i specyfikacji. Oferta o innej treści niż wymagano w specyfikacji, nie stanowi przyjęcia warunków określonych przez zamawiającego w specyfikacji. Podkreślić należy, iż wykonawcom, w przypadku, gdy siwz zawiera ich zdaniem błędne lub niezgodne z prawem postanowienia, przysługuje prawo do zgłoszenia swoich wątpliwości lub żądań

o zmianę tych postanowień w formie środków ochrony prawnej. W przypadku nie zgłoszenia skutecznie zastrzeżeń do postanowień siwz wykonawcy, składając ofertę, muszą uwzględnić wymagania zawarte w specyfikacji. W ocenie Izby, dokonanie zmian w ofercie w zakresie wymaganej stawki VAT w stosunku do wymagań specyfikacji - skutkuje brakiem możliwości porównania wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

W szczególności odstępnie przez zamawiającego od określonych w specyfikacji wymagań na etapie oceny ofert należy uznać za naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstąpienie przez wykonawcę w ofercie od określonych w specyfikacji wymagań zamawiającego należy zakwalifikować jako niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji. W przypadku, gdy niezgodność nie może być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że zmiany dokonane w formularzu ofertowym przez Konsorcjum Eventcom nie mogą być uznane za oczywistą omyłkę rachunkową lub pisarską ani też inną omyłkę niepowodującą istotnej zmiany treści oferty, podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Należy zauważyć, iż wykonawca w tym przypadku dokonał świadomej i celowej ingerencji w treść formularza oferty, usuwając stawkę wpisaną w nim przez zamawiającego. Powyższe potwierdził sam wykonawca w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego w piśmie z dnia 28 października 2010 r.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie wykazał jednak skutecznie, że usługi, związane z nagraniem studyjnym ścieżki dźwiękowej do widowiska multimedialnego „światło dźwięk” oraz wyposażeniem i opracowaniem sal edukacyjnych nie są zwolnione z podatku VAT. Zważywszy na zasadę kontradyktoryjności postępowania przed KIO, to na odwołującym spoczywa ciężar dowodu okoliczności, na które się powołuje (art. 6 k.c.). Biorąc pod uwagę powyższe, brak jest podstaw do uznania, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, co skutkowałoby koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że niezgodność treści oferty Konsorcjum Eventcom z treścią specyfikacji wynika nadto z braku złożenia przez wykonawcę oświadczenia w formularzu ofertowym co do określenia części zamówienia, którą Konsorcjum Eventcom zamierza powierzyć podwykonawcom. Wykonawca nie wypełniając formularza w tym zakresie oświadczenie powyższe pominął. Wywodzenie przez zamawiającego treści oświadczenia wymaganego jednoznacznie w siwz, z innych dokumentów dołączonych do oferty (z referencji dotyczących Zakładu Usług elektrycznych ZUEL), nie jest uprawnione, gdyż nie ma podstaw do stwierdzenia w oparciu o ww. dokument jaką część zamówienia będzie

wykonywał podwykonawca, którego dokument dotyczy. Zamawiający nie może zatem samodzielnie poprawić w tym zakresie treści oferty, bowiem nie jest to możliwe bez dodatkowego oświadczenia wykonawcy. Uzupelnienie treści oferty w powyższym zakresie, zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Konsorcjum Eventcom, zawartym w piśmie z dnia 6 października 2010 r. (pkt 4) oraz 7 października 2010 r. stanowiłoby niedozwoloną zmianę treści złożonej oferty. Tym samym Izba uznała, że brak jest w ofercie jednego z wymaganych elementów treści oferty, który nie może podlegać poprawie, gdyż stanowiłoby to niedozwolone uzupełnienie treści złożonej oferty. Powyższe uzasadnia zastosowanie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Eventcom z postępowania, pomimo że spółka Eventcom sp. z o.o. trwale nie posiada zarządu oraz ma nieuregulowaną sytuację udziałową, co jest równoznaczne z niespełnieniem wymogu posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, został jednoznacznie określony w siwz. Jego spełnianie przez wykonawcę należy oceniać wyłącznie w odniesieniu do treści danego warunku. Nie jest sporne w niniejszej sprawie, że warunek określony w specyfikacji, co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, został przez Konsorcjum Eventcom spełniony. Odwołujący nie podnosił zarzutu w powyższym zakresie. W ocenie Izby, brak jest natomiast jakichkolwiek podstaw prawnych, aby dokonywać rozszerzającej interpretacji art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, jak i podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania określonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Podstawy wykluczenia z postępowania zostały enumeratywnie wskazane w ustawie Pzp i muszą być interpretowane ściśle, zgodnie z literalną wykładnią tych przepisów.

Izba stwierdziła ponadto, że wybrany wykonawca nie przedstawił wymaganego w specyfikacji (pkt 5.6) aktualnego zaświadczenia (w odniesieniu do Eventcom Sp. z o.o.) właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, stosownie do brzmienia § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być

składane (Dz. U. nr 226, poz.1817). Wykonawca złożył w ofercie (str. 52) oświadczenie z dnia 1 czerwca 2010 r., że nie zatrudnia pracowników i nie podlega obowiązkowi odprowadzania składek ZUS. Podkreślić należy, że ustawa Pzp i ww. rozporządzenie nie dopuszcza możliwości, aby okoliczność o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne mogła zostać zweryfikowana przez zamawiającego na podstawie innego dokumentu niż zaświadczenie właściwego organu. Obowiązujące przepisy nie uprawniają zatem wykonawcy do wykazywania braku podstawy do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez złożenie oświadczenia samego wykonawcy, iż nie jest płatnikiem składek. Fakt, iż podmiot nie jest płatnikiem nie stoi na przeszkodzie uzyskaniu stosownego zaświadczenia uprawnionego organu (art. 217 i 218 k.p.a). Zauważyć przy tym należy, że ustawodawca przewidział w ustawie Pzp wyjątkową możliwość składania innych dokumentów niż wymagane przez zamawiającego, wyłącznie w odniesieniu do dokumentów żądanych w celu potwierdzenia spełniania warunków dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej. W art. 26 ust. 2c Pzp wskazuje się bowiem, że w uzasadnionych okolicznościach wykonawca może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku. Jest to zatem wyjątek zastrzeżony w ustawie od ogólnej zasady, iż w postępowaniu wykonawcy są zobowiązani składać dokumenty wymagane w siwz przez zamawiającego, których katalog został określony w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów. Złożenie przez wykonawcę oświadczenia w powyższym zakresie nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia. Zważywszy na treść art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający nie ma obowiązku do wezwania Konsorcjum Eventcom do uzupełnienia ww. dokumentu, ponieważ zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty tego wykonawcy, co zostało stwierdzone w uzasadnieniu powyżej.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż Konsorcjum Eventcom, w celu sporządzenia oferty, posługiwało się osobami uczestniczącymi w wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania. W związku z powyższym, Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Eventcom z postępowania. Izba zważyła, że odwołujący nie wykazał w szczególności w jaki sposób fakt udziału Jacka Spychały w opracowaniu dokumentacji projektowej, miał związek ze sporządzeniem oferty przez Konsorcjum Eventcom. Okoliczność, iż ww. osoba brała udział w opracowaniu dokumentacji projektowej nie skutkuje wprost możliwością uznania, iż wykonawca w tym postępowaniu posłużył się tą osobą do opracowania oferty. W ustalonym stanie faktycznym trudno uznać, iż było to możliwe, gdyż ogłoszenie o zamówieniu opublikowano dopiero w dniu 31 lipca

2010 r., tj. po śmierci p. J. Spychały. Ponadto, odwołujący nie przedstawił dowodów, iż fakt udziału p. J. Spychały w opracowaniu dokumentacji projektowej miał rzeczywiście wpływ na zachwianie zasady uczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu, co zmaterializowałoby przesłankę wykluczenia wykonawcy. Izba uznała także za nieudowodniony zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wybór oferty podmiotu, który z uwagi na powiązania osobowe i organizacyjne dysponował informacjami, niedostępnymi dla innych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Izba uznała, że zarzut, iż Konsorcjum Eventcom złożyło w ofercie nieprawdziwe informacje, mogące mieć wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp) przedkładając odpis aktualny z KRS nr 307772 z dnia 7 września 2010 r., który w ocenie odwołującego zawiera informacje nieprawdziwe w dacie jego złożenia, co do obsady zarządu oraz grona wspólników, nie potwierdził się. Odwołujący nie przedstawił w toku postępowania dowodu, iż dane zawarte w odpisie z KRS podlegają zmianie oraz w jaki sposób, stosownie do katalogu podlegających ujęciu w KRS dokumentów spółek, zgodnie z art. 8a ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2007 r. nr 168, poz.1186). Zgodnie z art. 17 ww. ustawy domniemywa się, że dane wpisane do Rejestru są prawdziwe. Odwołujący nie wykazał, że zgłoszenie odnośnie śmierci p. Jacka Spychały nie zostało złożone w Sądzie Rejestrowym. Faktem jest natomiast, iż spółka może działać przez pełnomocnika, stosownie do treści pełnomocnictwa z dnia 13 maja 2008 r. (repertorium A numer 3730/2008).

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Izba uznała, że stwierdzone naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania, co stanowi przesłankę uwzględnienia odwołania, stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 i § 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....