

Sygn. akt: KIO 2400/15
KIO 2411/15

WYROK

z dnia 23 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 listopada 2015 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 4 listopada 2015 r. przez wykonawcę **Białostockie Przedsiębiorstwo Instalacji Elektrycznych w Białymstoku sp. z o.o., z siedzibą w Białymstoku;**
2. w dniu 5 listopada 2015 r. przez wykonawcę **Siemens sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Białystok**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwa Eksploatacji Ulic i Mostów sp. z o.o., z siedzibą w Białymstoku oraz Odyseya Solutions sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2400/15 i KIO 2411/15 po stronie zamawiającego;
- B. wykonawcy **Siemens sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2400/15 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie wykonawcy Białostockie Przedsiębiorstwo Instalacji Elektrycznych w Białymstoku sp. z o.o., z siedzibą w Białymstoku (sygn. akt: KIO 2400/15).**

2. **Uwzględnia odwołanie wykonawcy Siemens sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2411/15) i nakazuje zamawiającemu Miastu Białystok: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwa Eksploatacji Ulic i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku oraz Odyseya Solutions sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej; (ii) wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwa Eksploatacji Ulic i Mostów sp. z o.o. oraz Odyseya Solutions sp. z o.o., z siedzibą w Warszawa w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących powstania obowiązku podatkowego u zamawiającego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych; (iii) dokonanie ponownej oceny ofert.**

3. **Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2400/15 obciąża wykonawcę Białostockie Przedsiębiorstwo Instalacji Elektrycznych w Białymstoku sp. z o.o., z siedzibą w Białymstoku i:**

3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Białostockie Przedsiębiorstwo Instalacji Elektrycznych w Białymstoku sp. z o.o., z siedzibą w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania;**

4. **Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2411/15 obciąża zamawiającego Miasto Białystok i:**

4.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Siemens sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;**

4.2. **zasądza od zamawiającego Miasta Białystok na rzecz odwołującego Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2400/15
KIO 2411/15

UZASADNIENIE

Sygn. akt: KIO 2400/15

W dniu 4 listopada 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy BIAŁOSTOCKIE PRZEDSIĘBIORSTWO INSTALACJI ELEKTRYCZNYCH w Białymstoku sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący I**”) zarzucając zamawiającemu Miastu Białystok (dalej „**Zamawiający**”):

- Nieprawidłowe wykluczeniu Odwołującego I na podstawie okoliczności określonych w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Konserwację sygnalizacji świetlnych i urządzeń Systemu Zarządzania Ruchem na terenie miasta Białystok”, nr zamówienia ZDM-VII.271.2.2015.MD i uznaniu oferty za odrzuconą;
- Nieprawidłowy wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum Firm Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o. o. (Lider konsorcjum) i Odyseya Solutions Sp. z o. o. (dalej „**Konsorcjum**”)

I naruszenie w ten sposób:

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że złożona przez Odwołującego I informacja z Krajowego Rejestru Karnego nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania ofert;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 w zw. z § 3 ust. 1 pkt 5) i 7) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) poprzez bezpodstawne wykluczenie, pomimo że Odwołujący I na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego złożył dokument wykazujący brak podstaw do wykluczenia;

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego I jako oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższego Odwołujący I wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania: (i) unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty; (ii) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego I z postępowania i unieważnienia czynności uznania oferty Odwołującego I za odrzuconą; (iii) ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego I; (iv) ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego I.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący I wskazał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) Zamawiający zastrzegł, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania należy przedłożyć m.in. aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8, 9, 10 i 11 p. z. p., wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert (Rozdział V pkt 2 ppkt 5) - 7) SIWZ). Odwołujący I wskazał, że wraz z ofertą przedłożył informacje z KRK dotyczące dwójki z trojga Członka Zarządu Odwołującego I. Informacja dotycząca trzeciego Członka Zarządu, Pani B. H. przedłożona została w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, przy czym informacja ta uzyskana została w dniu 08 października 2015 roku, a więc trzy dni po upływie terminów składania ofert.

Odwołujący I wskazał, że Zamawiający wykluczył go z udziału w postępowaniu i w konsekwencji uznał jego ofertę za odrzuconą z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Uzasadniając powyższe Zamawiający stwierdził, że jedynie zaświadczenie z KRK wystawione przed dniem składania ofert mogłoby potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący I nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego wskazując, że sformalizowany charakter postępowań w sprawie udzielenia zamówień publicznych nie ma uzasadnienia dla całkowitego pomijania wykładni celowościowej poszczególnych przepisów ustawy Pzp. W sytuacji konfliktu między ścisłą literalną wykładnią przepisu a jego aksjologicznie uzasadnionym celem należy mieć na uwadze indywidualne okoliczności każdego przypadku oraz unikanie takich skutków literalnej interpretacji przepisów, które w oczywisty sposób byłyby sprzeczne z poczuciem sprawiedliwości i racjonalności.

W ocenie Odwołującego I splot okoliczności faktycznych zaistniałych w niniejszej sprawie wymaga takiego zastosowania przepisu art. 25 ust. 3 ustawy Pzp, które pozwoliłoby zachować rzeczywisty sens i cel normy zawartej w tym przepisie. Celem tym, z punktu widzenia równego traktowania wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert. W ocenie Odwołującego I skoro ustawodawca dopuszcza możliwość uzupełnienia braków w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków również co do informacji z KRK, a jednocześnie nie daje możliwości uzyskania takiej informacji ze wsteczną datą oznacza to, że możliwe jest przedłożenie takiej informacji również w dodatkowym wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Jako że możliwość taka dotyczy wszystkich wykonawców nie można twierdzić, aby naruszała ona zasady uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców. Jednocześnie należy zauważyć, że pogląd przeciwny ograniczałby możliwość stosowania art. 25 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do informacji z KRK w zasadzie wyłącznie do przypadków, w których wykonawca dysponując stosownym zaświadczeniem nie przedkłada go Zamawiającemu (z uwagi na urzędowy charakter dokumentu wykluczyć należy bowiem możliwość jego wadliwości). To zaś czyniłoby przedmiotowy przepis martwym i nie nadającym się do stosowania.

Odwołujący I powołał się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 roku wydanym w sprawie I Aca 357/10. Ponadto Odwołujący I wskazał, że przepisy proceduralne dotyczące sposobu prowadzenia Krajowego Rejestru Karnego potwierdzają, że informacja z KRK dotycząca Pani B. H. uzyskana w dniu 08 października 2015 roku potwierdza, iż nie figurowała ona w rejestrze również w dniu 05 października 2015 roku. Powyższe wynika z jednoznacznych regulacji przepisów ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym, której przepis art. 14 ust. 1 stanowi, że „1. Dane osobowe osób, o których mowa w art. 1 ust. 2 pkt 1, 3 i 7, oraz dane o podmiotach zbiorowych, o których mowa w art. 1 ust. 3, usuwa się z Rejestru, jeżeli z mocy prawa skazanie uległo zatarciu, a ponadto po otrzymaniu zawiadomienia o:

1. zarządzeniu zatarcia skazania przez sąd, na podstawie art. 107 § 2 oraz art. 337 Kodeksu karnego;
2. zatarciu skazania w drodze ułaskawienia lub na podstawie amnestii;
3. przywróceniu terminu do zaskarżenia orzeczenia odnotowanego w Rejestrze albo
4. uchyleniu takiego orzeczenia w wyniku kasacji lub wznowienia postępowania;
5. stwierdzeniu nieważności orzeczenia odnotowanego w Rejestrze;
6. zwolnieniu skazanego od kary pozbawienia wolności, na podstawie art. 336 § 3 i 4 Kodeksu karnego, lub od kary ograniczenia wolności, na podstawie art. 62 § 2 Kodeksu karnego wykonawczego”.

W ocenie Odwołującego I faktycznie usunięcie z rejestru danych osób nie może nastąpić wcześniej, niż po 7 dniach od wystąpienia skutku prawnego będącego podstawą do uważania danej osoby za niekaraną i usunięcia jej danych z rejestru. Zgodnie z procedurami przewidzianymi przez polskie prawo karne procesowe ów termin siedmiodniowy jest bowiem najkrótszym terminem niezbędnym do uprawomocnienia się postanowienia sądu wydawanego w przypadkach opisanych w art. 14 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym. Natomiast najkrótszy termin zatarcia skazania według Kodeksu Karnego wynosi 6 miesięcy (art. 76 § 1 k. k.).

W ocenie Odwołującego I biorąc pod uwagę powyższe nie jest więc obiektywnie możliwe, aby Pani . H.a figurowała w kartotece karnej Krajowego Rejestru Karnego w dniu, którym upłynął termin składania ofert (tj. 05 października 2015 roku), skoro zgodnie z przedłożoną informacją nie figurowała ona w rejestrze w dniu 08 października 2015 roku. Oznacza to zatem, że przedłożona przez Odwołującego I informacja z KRK potwierdza spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Ponadto Odwołujący I wskazał, że wykluczenie go z udziału w postępowaniu godzi również w uzasadniony interes publiczny. Wraz z ofertą Odwołujący I złożył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu pod rygorem odpowiedzialności karnej, świadomy ewentualnej odpowiedzialności za składanie fałszywych oświadczeń, w przypadku gdyby okazało się, że nie spełniał warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Jednocześnie Odwołujący I złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, która znacznie odbiega cenowo od pozostałych ofert. Różnica pomiędzy wartością oferty Odwołującego I a wartością pozostałych ofert jest tak znaczna, że nie sposób nie zauważyć, że pominięcie oferty Odwołującego I spowodowałoby zbędne wydatki z budżetu Zamawiającego. Z kolei wybór oferty Odwołującego I pozostaje w interesie publicznym, gdyż pozwoliłby na uczynienie istotnych oszczędności w finansach publicznych.

Sygn. akt: KIO 2411/15

W dniu 5 listopada 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Siemens sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący II**”) zarzucając Zamawiającemu: (i) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. - Lider konsorcjum ul. Produkcyjna 102,15-680 Białystok, Odyseya Solution Sp. z o.o. ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa („**Konsorcjum**”), mimo że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz że oferta jest niezgodna

z ustawą; (ii) niezgodnym z przepisami ustawy wyborze oferty najkorzystniejszej; (iii) oraz, w przypadku, gdyby oferta złożona przez Białostockie Przedsiębiorstwo Instalacji Elektrycznych w Białymstoku Sp. z o.o. ul. Kombatantów 2,15-110 Białystok („BPIE” lub „Odwołujący I”) została przywrócona w wyniku uwzględnienia odwołania z dnia 3 listopada 2015 od decyzji Zamawiającego o wykluczeniu BPIE z udziału w postępowaniu i uznaniu jego oferty za odrzuconą, na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez BPIE mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz że również ta oferta jest niezgodna z ustawą.

Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy w zakresie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust 1 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp oraz innych wynikających z uzasadnienia odwołania, a także wniósł o: (i) uwzględnienie odwołania w całości; (ii) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu; (iii) odrzucenie oferty Konsorcjum; (iv) dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem skutków czynności wnioskowanych powyżej; (v) w konsekwencji powyższego, uznania oferty Odwołującego II jako najkorzystniejszej; (vi) a także w przypadku, gdyby oferta złożona przez BPIE została przywrócona w wyniku uwzględnienia przez KIO odwołania złożonego przez BPIE w dnia 3 listopada 2015 od decyzji Zamawiającego o wykluczeniu BPIE z udziału w postępowaniu i uznaniu jego oferty za odrzuconą; o odrzucenie oferty złożonej przez BPIE jako odpowiadającej treści SIWZ oraz niezgodnej z ustawą.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący II wskazał, że w dniu 27 października 2015 roku Zamawiający poinformował o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum. Odwołujący II po zapoznaniu się z treścią oferty złożonej przez Konsorcjum oraz BPIE stwierdza, że oferta Konsorcjum oraz oferta BPIE nie spełniają wymogów SIWZ i ustawy, w związku z czym powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący II wskazał, że w części XII punkt 5 SIWZ Zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny oferty Zamawiający w sposób jednoznaczny postawił wymóg, aby wykonawca, składając ofertę, poinformował 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. Powyższy wymóg SIWZ jest odzwierciedleniem Art. 91 ust. 3a ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego II nie ma żadnych wątpliwości, że oferta Konsorcjum oraz oferta BPIE nie spełniają powyższego wymogu ponieważ nie zawierają jakiegokolwiek informacji, tj. ani

potwierdzenia ani zaprzeczenia, czy wybór oferty Konsorcjum lub, ewentualnie oferty BPIE będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego. Nie został więc spełniony wymóg określony w części XII punkt 5 SIWZ. Ponadto oferta Konsorcjum oraz oferta BPIE są niezgodne z ustawą, a konkretnie z jej art. 91 ust. 3a ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego II ustawodawca wprowadzając do ustawy Art. 91 ust. 3a nie ograniczył obowiązku wypowiedzenia się w kwestii ewentualnego powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego do wykonawców, którzy składają ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego. Samo sformułowanie "czy" wskazuje, że oświadczenie może mieć charakter zarówno pozytywny, jak i negatywny. Oznacza to, że ustawa bezwzględnie wymaga złożenia oświadczenia niezależnie od jego treści. Potwierdzenie powyższej interpretacji Art. 91 ust. 3a znajduje się także w uzasadnieniu projektu zmiany ustawy w tym zakresie. Poniżej fragment uzasadnienia:

Odwołujący II wskazał, że skutkiem braku oświadczenia Konsorcjum oraz BPIE, o którym mowa w Art. 91 ust. 3a ustawy i w SIWZ powinno więc być odrzucenie oferty Konsorcjum a także BPIE. Oferta nie zawierająca wymaganego przez ustawę oświadczenia wypełnia przesłankę odrzucenia oferty określoną w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - jest niezgodna z ustawą - jej Art. 91 ust. 3a. W ocenie Odwołującego II niezgodność ta uniemożliwia bowiem porównanie ofert zgodnie z regułami określonymi w zdaniu pierwszym znowelizowanego Art. 91 ust. 3a ustawy Pzp.

Odwołujący II wskazał, że wymagane na mocy Art. 91 ust. 3a ustawy Pzp oświadczenie ani nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, ani nie potwierdza spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, ani nie jest pełnomocnictwem. Tym samym brak jest możliwości zastosowania przez zamawiającego Art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy w sytuacji, gdy oświadczenie zostało złożone razem z ofertą. W jego ocenie przy braku oświadczenia nie ma również możliwości zastosowania Art. 87 ust. 1, który służy wyjaśnieniu treści ofert. Wyjaśnieniu podlegają niejasności, a nie braki oferty.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2015/S 152-280892 wraz ze zmianami na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego I, Odwołującego II oraz Konsorcjum na okoliczność ustalenia ich treści; (iii)

informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 października 2015 r. na okoliczność ustalenia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz przyczynach wykluczenia Odwołującego I; (iv) wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 6 października 2015 r. oraz odpowiedź Odwołującego I z dnia 14 października 2015 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Konserwacja sygnalizacji świetlnych i urządzeń Systemu Zarządzania Ruchem na terenie miasta Białystok.

Zamawiający zastrzegł, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania należy przedłożyć m.in. aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8, 9, 10 i 11 ustawy Pzp., wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert (Rozdział V pkt 2 ppkt 5) - 7) SIWZ).

W części XII punkt 5 SIWZ Zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny oferty i wskazał m.in.: „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 o 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”.

Termin składania ofert upływał w dniu 5 października.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 6 października 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego I m.in. do przedłożenia informacji z KRK dla członka zarządu p. B. H., wskazując, że złożony dokumenty winny potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Pismem z dnia 14 października 2015 r. Odwołujący I złożył wyjaśnienia i przedłożył informację z KRK dla ww. osoby opatrzoną datą 8 października 2015 r.

Pismem z dnia 23 października 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Konsorcjum. Odwołujący I został

wykluczony z postępowania z powodu braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie informacji z KRK dla jednego członków zarządu.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że obaj odwołujący spełniają określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Sygn. akt: KIO 2400/15

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, iż w myśl art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia publicznego mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: (i) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; (ii) posiadania wiedzy i doświadczenia; (iii) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; (iv) sytuacji ekonomicznej i finansowej. Dalej wskazać należy, że w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1 – 11 ustawy Pzp wymienione zostały natomiast warunki, w związku z zaistnieniem których wyklucza się wykonawcę z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. O tych dwóch rodzajach warunków jest mowa w art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, stosownie do którego, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków lub ofert o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert: (a) spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz (b) brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Z zacytowanych przepisów wynika, iż warunki udziału w postępowaniu to „warunki pozytywne” rozumiane jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy w zakresie określonych uprawnień, potencjału, sytuacji itp. dających gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego, a także brak „warunków negatywnych”, tj. brak okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia wykonawcy z art. 24 ustawy Pzp. Zasadą wynikającą z ustawy Pzp jest obowiązek spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin

składania ofert. Obowiązek ten został w sposób jednoznaczny określony przez ustawodawcę w 24 ust. 2a w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający poruszając się w zgodzie z obowiązującymi przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, dokonał prawidłowego ustalenia stanu faktycznego sprawy i wyciągnął prawidłowe wnioski, które skutkowały wykluczeniem Odwołującego I z postępowania. Przepisy ustawy Pzp, w powiązaniu z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów, jasno bowiem precyzują „ważność” składanych przez wykonawców dokumentów. I tak w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego określonych przepisami art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 11 oraz art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp ustawodawca wskazuje, że zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Jednocześnie przepis rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów określa maksymalny termin ważności takich zaświadczeń – na nie starszy (późniejszy) niż 6 miesięcy liczony wstecz od dnia składania wniosków czy ofert.

W ocenie Izby specyfika zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego nie wyklucza, bo nie może obowiązku wykonawców potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert/wniosków. Powyższa linia została już ugruntowana w orzecznictwie, na co wskazują wyroki Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 681/14, KIO 259/14 czy KIO 835/13, czy też wyroki Sądów Okręgowych, m.in. wyrok SO w Warszawie sygn. XXIII Ga 683/13, czy też wyrok SO w Łodzi, sygn. akt X Ga 205/12, który stwierdził, iż „Jak wynika z § 2 ust. 1 pkt 6 (rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów), w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Przepis ten określa termin, od którego zaświadczenie takie może być wystawione (*terminus a quo*), nie wskazuje jednak najpóźniejszej daty, z której zaświadczenie takie może pochodzić (*terminus ad quem*). Odpowiedzi na ostatnie pytanie udziela jednak art. 26 ust. 2a Pzp, zgodnie z którym m.in. wykonawca zobowiązany jest wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że zaświadczenie z KRK, o którym mowa

w § 2 ust. 1 pkt 6 (rozporządzenia) może pochodzić najpóźniej z ostatniego dnia składania ofert. Pośrednio wynika to również z art. 44 PZP, skoro bowiem wraz z ofertą wykonawca winien złożyć stosowne dokumenty, to mogą one pochodzić najpóźniej z tej daty (*a contrario* nie mogą pochodzić z daty późniejszej, albowiem w takim wypadku nie mogłyby zostać załączone do oferty). Orzecznictwo zaś jednolicie wskazuje, że również w wypadku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, uzupełniane przez niego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (vide: teza z uzasadnienia wyroku KIO z 16 czerwca 2011 r. KIO 1151/11, Legalis; teza z uzasadnienia wyroku KIO z 19 sierpnia 2010 r. KIO 1694/10, Legalis; teza z uzasadnienia wyroku KIO z 14 maja 2010 r. KIO 761 /10, Legalis). W szczególności należy tu przywołać tezę, z której wynika, że również zaświadczenie wystawione po dniu składania ofert, o ile zawiera adnotację uprawnionego podmiotu, że wykonawca spełniał warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na dzień składania ofert, również może być uznane za skuteczne (vide teza z uzasadnienia wyroku KIO z 15 października 2009 r. KIO/UZP 1249/09, Legalis). Izba nie podziela odosobnionego poglądu wyrażonego w orzecznictwie, zgodnie z którym skoro w praktyce nie jest możliwe uzupełnienie braków w zakresie zaświadczeń z KRK z uwagi na bieżącą aktualizację danych w tym rejestrze, to za wystarczające należy uznać takie zaświadczenie złożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp, jakie jest możliwe do wydania przez KRK w oparciu o przepisy, na podstawie których rejestr ten funkcjonuje (vide teza z uzasadnienia wyroku KIO z 30 lipca 2009 r. KIO/UZP 905/09, Legalis). Przeciwno takiemu rozumowaniu przemawia przede wszystkim okoliczność, że ustawodawca, jak już wskazano, jednoznacznie przesądził, że składane przez wykonawcę dokumenty mają wskazywać na brak podstaw do jego wykluczenia z postępowania nie później niż na dzień składania ofert. Braki funkcjonalności w systemie informatycznym KRK (niemożliwość ustalenia stanu tego rejestru na określony dzień w przeszłości), swoją drogą w obecnym stanie techniki łatwe do przewyżczenia, co wymagałoby tylko interwencji prawodawcy, nie mogą unieważniać jednoznacznych i sformalizowanych wymogów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym wskazać należy, że ustawodawca w sposób pełny i kompletny określił ważność składanych dokumentów wskazując, iż muszą one potwierdzać stan na dzień składania wniosków (ofert) i jednocześnie nie mogą być starsze niż 6 miesięcy liczone wstecz od dnia składania wniosków (ofert). Jednocześnie ustawodawca, w myśl przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dopuścił uzupełnianie brakujących dokumentów, jednakowoż nie zmieniając wcześniej ustanowionych rygorów ich ważności, tj. potwierdzenia spełnienia warunków lub potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na dzień składania wniosków (ofert) z jednoczesnym terminem wystawienia dokumentu, nie starszym niż 6 miesięcy. W ocenie Izby, podejście prezentowane

przez Odwołującego I, wykładania celowościowa, prowadziłyby do nierównego traktowania wykonawców, co z kolei sprzeczne byłoby z art. 7 ustawy Pzp, a także prowadziłyby wprost do naruszenia art. 26 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący I nie przedłożył Zamawiającemu informacji z KRK dla jednego z członów zarządu, z której treści można by ustalić, iż na dzień składania ofert (5 października 2015 roku) osoba ta nie był skazana za określone w przepisach rodzaje przestępstw. W wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 6 października 2015 roku, Odwołujący I przedłożył zamawiającemu zaświadczenie z KRK potwierdzające stan na dzień 8 października 2015 roku. Tym samym Odwołujący I nie przedłożył dokumentów potwierdzających stan karalności na dzień składania ofert, tj. na dzień 5 października 2015 roku. Interpretacja czyniona przez Odwołującego I na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego, w ocenie Izby, może być traktowana jedynie jako wniosek *de lege ferenda*. W myśl obowiązujących przepisów, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie sposób było uznać argumentacji Odwołującego I za zasadną.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, iż na dzień upływu terminu składania oferty Odwołujący I nie posiadał odpowiednich informacji z KRK dla jednego z członków zarządu, mimo iż obowiązek jej złożenia wynikał w sposób jednoznaczny w postanowieniu SIWZ. Wyznaczony przez Zamawiającego termin do uzupełnienia dokumentów, nie może być traktowany przez Odwołującego I jako czas na podjęcie działań w celu pozyskania brakującej informacji z KRK. Dokument ten powinien być w posiadaniu wykonawcy, najpóźniej w dacie upływu terminu do składania ofert, a jego pozyskanie w wyniku wezwania Zamawiającego nie sanuje braków w treści dokumentacji ofertowej, gdyż przedłożona informacja z KRK z datą po upływie terminu składania ofert nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia nie później niż na dzień upływu terminu składania ofert.

Podkreślić również należy, iż wezwanie z dnia 6 października 2015 r. do uzupełnienia dokument wskazywało w sposób jednoznaczny na jaki dzień dokumenty winny potwierdzać brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w sposób precyzyjny wskazał braki w dokumentacji ofertowej Odwołującego I poprzez przywołanie i zacytowanie odpowiednich zapisów SIWZ, jak również wskazał, że dokumenty te winny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż 5 października 2015 r. Tym samym w ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 w zw. z § 3 ust. 1 pkt 5) i 7) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty

te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). W konsekwencji brak jest podstaw to stwierdzenia naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Sygn. akt: 2411/15

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, 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.

Ustawodawca w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp statuuje dwa obowiązki odnoszące się do dwóch odrębnych podmiotów. W pierwszej bowiem części przywołanej regulacji nakłada na zamawiającego obowiązek doliczenia do przedstawionej przez wykonawcę ceny podatku od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć w przypadku, gdy wykonawca złożył ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatki od towarów i usług. W drugiej zaś części przywołanej regulacji ustawodawca statuuje obowiązek wykonawcy wskazując, iż to właśnie wykonawca informuje zamawiającego czy wybór jego ofert będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego.

Ustawodawca nie przewidział żadnej specjalnej formy dla powyższego oświadczenia wykonawcy, wskazując wyłącznie, iż informacja taka winna być złożona wraz z ofertą. Odwołać się więc w tym zakresie należy do art. 9 ustawy Pzp, który stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w formie pisemnej. Skoro tak, to informacja o obowiązku podatkowym zamawiającego winna być złożona w formie pisemnej wraz z ofertą. To czy informacja taka będzie wpisana w treść formularza oferty czy też będzie odrębnym oświadczeniem wykonawcy jest kwestią wtórną. Podkreślić jednakże należy, że z treści złożonych przez wykonawcę dokumentów winno w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości wynikać czy w związku ze złożeniem oferty powstanie u zamawiającego obowiązek podatkowy zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług. Nie jest bowiem obowiązkiem zamawiającego, a tym bardziej nie taki był cel regulacji zawartej w art. 91 ust. 3a

ustawy Pzp, aby domniemywał on czy doszukiwał się w treści przedłożonych przez wykonawcę dokumentów informacji o których mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że informacja wykonawcy o powstaniu obowiązku podatkowego u zamawiającego odnosi się do etapu oceny przez zamawiającego ofert złożonych przez wykonawców. Na podstawie złożonego oświadczenia przez wykonawcę zamawiający winien posiadać wiedzę czy w procesie porównywanie ofert doliczyć do ceny zaproponowanej przez wykonawcę podatek od towarów i usług, którym będzie obciążony jako płatnik tego podatku. Informacja ta nie stanowi podstawy do obliczenia należnego podatku. Podstawą bowiem naliczenia i wymiaru podatku są przepisy ustawy o podatku od towarów i usług, nie zaś ustawa Prawo zamówień publicznych. Obowiązek podatkowy, a tym samym ustalenie wysokości podatku należnego spoczywa w tym wypadku na zamawiającym przez co przyjąć należy, że wprowadzony obowiązek informowania zamawiającego o powstaniu obowiązku podatkowego ma walor informacyjny ograniczający się wyłącznie do płaszczyzny wyboru oferty najkorzystniejszej i nie zdejmuje z zamawiającego obowiązku i odpowiedzialności za prawidłowe obliczenie i odprowadzenie podatku na podstawie odpowiednich przepisów podatkowych. Na gruncie natomiast ustawy Pzp wpływ nałożonych na zamawiającego obciążeń podatkowych ma znaczenie dla porównywania i oceny ofert. Powołać się w tym miejscu należy na Uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt: III CZP 52/11), w której Sąd Najwyższy wskazał, że ocena przez zamawiającego zastosowanie prawidłowej stawki VAT przy wstępnej ocenie ofert ogranicza się wyłącznie do płaszczyzny wyboru ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie przesądza dalej idących konsekwencji jurydycznych, zwłaszcza w płaszczyźnie publicznoprawnej tj. nie ma rozstrzygającego znaczenia w sferze zobowiązań podatkowych wykonawców wobec Skarbu Państwa, już po zawarciu umowy i wykonaniu umowy z zamawiającym. Powyższe stanowisko Sądu Najwyższego pozostaje aktualne w zakresie informacji składanej przez wykonawców, a wynikającej z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Sam fakt przekazania takiej informacji przez wykonawcę ogranicza się wyłącznie do płaszczyzny wyboru ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie zwalnia zamawiającego od prawidłowego ustalenia i odprowadzenia podatku. Informacja przekazana przez wykonawcę ma charakter informacyjny i służy zapewnieniu porównywalności ofert.

Dalej wskazać należy, że ustawodawca używając określenia „*czy wybór oferty będzie prowadził...*” jednoznacznie wskazał, że wykonawca winien złożyć wraz z ofertą informację pozytywną lub negatywną. Gdyby bowiem celem ustawodawcy był wyłącznie nałożenie na wykonawcę obowiązku złożenia oświadczenia pozytywnego (tj. wyłącznie oświadczenia o powstaniu obowiązku podatkowego u zamawiającego), to zbędne byłoby posłużenie się

określeniem „czy”. Ustawodawca nie wprowadził szczególnego trybu postępowania w związku z brakiem złożenia oświadczenia o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. W związku z tym sięgnąć należy to istniejących regulacji. W ocenie Izby oświadczenia wykonawcy wynikające z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp jest częścią szeroko rozumianej oferty wykonawcy. Winno być one złożone wraz z ofertą, jest oświadczeniem wykonawcy o przyjętej przez niego wykładni przepisów ustawy o podatku od towarów i usług i ich wpływu na sposób obliczenia ceny. Brak złożenia stosownego oświadczenia winien być wyjaśniony przez Zamawiającego właśnie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Trudno bowiem przyjąć, iż celem ustawodawcy było przyjęcie skutku automatycznego odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wraz z ofertą informacji o obowiązku podatkowym, o którym mowa art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Sam bowiem ustawodawca wprowadzając art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przewidział mechanizm zapobiegający takiemu automatyzmowi. Dopuszczył możliwość poprawienia treści oferty, o ile zaproponowane zmiany nie spowodują zmiany w istotny sposób jej treści. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia rygorystycznej interpretacji art. 91 ust. 3a ustawy Pzp przedstawionej przez Odwołującego II, a sprowadzającej się do twierdzenie, że brak złożenia informacji o obowiązku podatkowym, o którym mowa w art. 91 ust. 3a skutkuje odrzuceniem oferty jako niezgodnej z ustawą. Sankcja odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z ustawą jest najbardziej dotkliwą sankcją dla wykonawców. Eliminuje go bowiem z udziału w postępowaniu, pozbawiając go tym samym szansy uzyskania zamówienia. Niewątpliwie więc przesłanka ta winna być poddana dogłębnej analizie przed jej zastosowaniem względem danego wykonawcy. Przyjęcie zaproponowanego przez Odwołującego II automatyzmu nie ma żadnego uzasadnienia w regulacjach ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba stoi na stanowisku, że brak złożenia przez wykonawcę wraz z ofertą informacji o powstaniu bądź nie u zamawiającego obowiązku podatkowego o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp winna podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Skutki zaś złożonych wyjaśnień winny być analizowane w konkretnym stanie faktycznym. W sytuacji bowiem, gdy z treści oferty wynika pośrednio brak obowiązku podatkowego zamawiającego, to wówczas treść złożonych wyjaśnień będzie wyłącznie formalnym dopełnieniem obowiązku wynikającego z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Z odmienną sytuacją będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy złożenie oferty będzie skutkowało obowiązkiem podatkowym u zamawiającego, zaś wykonawca ani pośrednio ani bezpośrednio informacji takiej nie zawarł w treści oferty. Sytuację taką zamawiający winien przeanalizować pod kątem istotności zmiany, a w tym w szczególności poprawności obliczenia ceny.

W okolicznościach niniejszej sprawy bezspornym pomiędzy stronami było to, że z uwagi na przedmiot zamówienia oraz status Zamawiającego nie wystąpi obowiązek podatkowy u

Zamawiającego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Strony również przyznały, że okoliczność ta pośrednio wynika z treści oferty Konsorcjum. Wskazują na to okoliczności takie jak: siedziba i forma prawna członków Konsorcjum, przedmiot zamówienia oraz status Zamawiającego. Jednakże Konsorcjum wraz z ofertą nie przedłożyło jednoznacznej informacji o tym czy złożona przez nie oferta powoduje bądź nie powstanie obowiązku podatkowego u Zamawiającego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Gdyby przyjąć, iż wystarczającym dla Zamawiającego są pośrednie informacje zawarte w ofercie zbędną byłaby regulacja zawarta w art. 91 ust. 3a, zdanie drugie. Zamawiający bowiem dokonując analizy przedmiotu zamówienia, statusu samego wykonawcy ma możliwość ustalenia istnienia obowiązku podatkowego. W ocenie Izby celem ustawodawcy było nałożenie na wykonawcę na etapie składania ofert obowiązku jednoznacznego poinformowania Zamawiającego o ewentualnym obowiązku podatkowym jaki może powstać w związku ze złożeniem oferty, nie zaś przerzucenia takiego obowiązku na Zamawiającego czy też domniemywanie przez Zamawiającego na podstawie okoliczności i faktów pośrednich o zaistnieniu takiego obowiązku.

Brak złożenia odpowiedniej informacji przez Konsorcjum winien skutkować wezwaniem tego wykonawcy przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień czy w związku ze złożeniem oferty wystąpi obowiązek podatkowy u Zamawiającego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Dopiero po uzyskaniu powyższej informacji Zamawiający może ponownie ocenić oferty i dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Podkreślić przy tym należy, że w omawianym stanie faktycznym oświadczenie to będzie wyłącznie dopełnieniem formalnego uchybienia obowiązkowi poinformowania zamawiającego o powstaniu bądź nie obowiązku podatkowym. Nie będzie ono miało wpływu na merytoryczną zawartość oferty i nie będzie wpływać na zmianę jej treści, gdyż to właśnie z niej pośrednio wynika, że złożenie przez Konsorcjum oferty nie powoduje u Zamawiającego powstania obowiązku podatkowego o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego III o niezgodności treści oferty Konsorcjum z SIWZ. W okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia wyłącznie z brakiem formalnym, nie zaś z merytoryczną niezgodnością oferty z SIWZ. Brak ten może zostać uzupełniony w ramach wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na zasadne wykluczenia przez Zamawiającego Odwołującego I z powodu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała za zbędne wzywianie Odwołującego I do składania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących obowiązku podatkowego o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2400/15 orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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. Nr 41, poz. 238).

O kosztach postępowania w sprawach o sygn. akt KIO 2411/15 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) 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. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: