

**WYROK**

**z dnia 22 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Honorata Łopianowska**  
**Jolanta Markowska**  
**Agata Mikołajczyk**

**Protokolant:** **Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2014 r. przez wykonawcę Grzegorza K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. TELSAT w Gryficach, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Koszalin w Koszalinie

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Gminie Miasto Koszalin unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uznanie jego oferty za odrzuconą;**

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Miasto Koszalin, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez wykonawcę Grzegorza K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. TELSAT w Gryficach, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego Gminy Miasto Koszalin, na rzecz Odwołującego Grzegorza Kawki, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. TELSAT w Gryficach kwotę 18 600 zł 00 gr [słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych, zero groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2013 r. poz. 907], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

**Skład orzekający:**

## Uzasadnienie

I. Zamawiający – Gmina Miasto Koszalin, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Inteligentnego Systemu Transportowego w Koszalinie w ramach inwestycji «Budowa Inteligentnego Systemu Transportowego w Koszalinie». W postępowaniu, za najkorzystniejszą ofertę według przyjętego kryterium oceny ofert stanowiącego cenę uznano ofertę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie.

III. Odwołujący w dniu 3 stycznia 2014 r. złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego, związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej:

- 1) czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie,
- 2) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie jako najkorzystniejszej oferty,
- 3) zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
- 4) zaniechania czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie pomimo że zawiera błędy w obliczeniu ceny,
- 5) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty.

Ponadto, z ostrożności Odwołujący wniósł również odwołanie od zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od zaniechania wezwania wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez ww. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, mimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

- b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie, pomimo iż ww. oferta zawiera błędy w obliczaniu ceny;
- c) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Ponadto, z ostrożności, czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez ww. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie jako najkorzystniejszej oferty;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert;
- 3) dokonania czynności wykluczenia wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 4) dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie jako zawierającej błędy w obliczaniu ceny;
- 5) dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Ponadto, z ostrożności i na wypadek uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, aby wezwał wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez ww. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania, a w razie nieuzupełnienia ww. dokumentów lub oświadczeń, aby wykluczył wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą.

W uzasadnieniu Odwołania Odwołujący wskazał na podstawę do wykluczenia wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie z postępowania z uwagi na

złożenie odpisu z hiszpańskiego KRS datowanego na okres poprzedzający 6 miesięcy przed terminem składania ofert, niezłożenie KRK dla podmiotu zbiorowego, wskazanie osób, które nie posiadają pełnych uprawnień w zakresie telekomunikacji – pomimo, że Zamawiający dokonał wezwania do uzupełnienia tych dokumentów, a także, że oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny, z uwagi na wskazanie ceny netto, podatku VAT a także ceny brutto, mimo, że wykonawca jest podmiotem zagranicznym i to Zamawiający obowiązany jest do doliczenia podatku VAT.

### III. Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Na rozprawie Zamawiający oświadczył, w odniesieniu do zarzutu pierwszego, dotyczącego odpisu z hiszpańskiego rejestru handlowego z 17 maja 2013 r. wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima, dotyczącego braku wpisów wskazujących na upadłość tego podmiotu, że zarzut w tym zakresie został postanowiony na tyle klarownie, że Zamawiającemu nie pozostaje nic innego, jak tylko uwzględnić ten zarzut. W odniesieniu do drugiego zarzutu, dotyczącego KRK Alumbrados Viarios Sociedad Anonima, Zamawiający podał, że nie zajmuje stanowiska i poddaje się pod rozstrzygnięcie Izby. Co do zarzutu dotyczącego kwalifikacji osób i uprawnień do sprawowania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności telekomunikacyjnej, Zamawiający wskazał, iż zamierza polemizować konsekwentnie z interpretacją SIWZ prezentowaną przez Odwołującego. W zakresie zarzutu czwartego, dotyczącego błędu w obliczeniu ceny, Zamawiający uznał zarzut jako zasadny.

IV. Do postępowania odwoławczego złożył przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone wstało przystąpienie. Nie dopuszczono tego wykonawcy do udziału w postępowaniu, z uwagi na niewykazanie przekazania kopii przystąpienia Odwołującemu, który oświadczył, że takiej kopii nie otrzymał.

Nie dopuszczono także do udziału w postępowaniu wykonawcy Comp SA w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uwzględniając złożoną w tym zakresie przez Zamawiającego opozycję wobec przystąpienia. Wykonawca podał, że jego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego wyraża się w tym, że *„jest wykonawcą biorącym udział w niniejszym postępowaniu. W ocenie uczestnika postępowania, część czynności i zaniechań Zamawiającego wskazanych w odwołaniu są niezgodne z przepisami Ustawy. W niniejszym postępowaniu interes Uczestnika postępowania polega na dążeniu do osiągnięcia wyniku*

*postępowania zgodnego z Ustawą, zaś ponowne badanie i ocena ofert może doprowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej innej oferty.”*

Podkreślenia wymaga, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożono przystąpienie wymaga, by ewentualne rozstrzygnięcie postępowania odwoławczego rzutowało w sposób pozytywny na pozycję wykonawcy zgłaszającego przystąpienie, dawało mu uchwytą korzyść wyrażającą się wynikiem postępowania odwoławczego. Nie stanowi takiego interesu dążenie do uzyskania stanu ogólnej zgodności z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, jeśli nie znajduje odzwierciedlenia w sytuacji danego wykonawcy. Ponadto, na gruncie analizowanego postępowania, zmiana dokonanego rozstrzygnięcia zgodnie z postulatami postawionymi w odwołaniu, co sprowadzałoby się do wykluczenia wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie, lub odrzucenia oferty tego wykonawcy, nie spowoduje stanu, w którym oferta wykonawcy Comp SA w Warszawie miałaby realną szansę być wybraną jako najkorzystniejsza. W postępowaniu oferty złożyło ośmiu wykonawców, przy czym oferta Comp SA w Warszawie jest ofertą siódmą w klasyfikacji ofert. Tym samym, ewentualne rozstrzygnięcie na korzyść Odwołującego, w szczególności wykluczenie Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie, lub odrzucenie oferty tego wykonawcy, realnie nie spowoduje poprawienia sytuacji tego wykonawcy w postępowaniu ani w żaden uchwytany sposób nie przyczyni się do zmiany pozycji tego wykonawcy.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega uwzględnieniu. Potwierdziły się zarzuty, wskazujące na zaniechanie zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

**[1] W odniesieniu do zarzutów wskazujących na podstawę do wykluczenia wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie, z uwagi na nieprzedstawienie zaświadczenia z hiszpańskiego odpowiednika Krajowego Rejestru Sądowego:**

Bezspornym między stronami jest – wobec podzielenia na rozprawie przez Zamawiającego argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu – że złożony przez Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie dokument pochodzący z odpowiednika Krajowego Rejestru Sądowego, to jest z El Registrador z dnia 17 maja 2013 r. nosi datę późniejszą, aniżeli okres poprzedzający o nie więcej niż sześć miesięcy termin składania ofert, który upływał 19 listopada 2013 r.

Na gruncie analizowanego postępowania, Zamawiający w pkt 6a SIWZ postawił następujące wymagania:

*„W POSTĘPOWANIU MOGĄ WZIĄĆ UDZIAŁ WYKONAWCY, KTÓRZY NIE PODLEGAJĄ WYKLUCZENIU NA PODSTAWIE ART. 24 UST 1 PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I NA POTWIERDZENIE TEGO ZŁOŻĄ NIŻEJ WYMIENIONE DOKUMENTY: 2) Aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.”*

Ponadto Zamawiający wskazał, w odniesieniu do podmiotów zagranicznych:

*„8) jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa powyżej: w punkcie 2 - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w których wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.”*

Nie ulega wątpliwości, że wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie ma siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tj. w Hiszpanii, a zatem był obowiązany przedstawić dokument lub dokumenty wystawione w tym właśnie kraju, potwierdzające, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, wystawione nie wcześniej niż sześć miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Tym samym złożony w ofercie dokument, pochodzący z hiszpańskiego odpowiednika KRS, powinien być datowany nie później, niż sześć miesięcy przed terminem składania ofert. Tymczasem, zawarte w ofercie wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie zaświadczenie wystawione przez naczelnika rejestru handlowego w Barcelonie [str. 65, 77-79 oferty], nosi datę 17 maja 2013, a zatem wcześniej niż sześć miesięcy przed upływem terminu składania ofert, który przypadał 19 listopada 2013 r.

Na wezwanie Zamawiającego wystosowane w dniu 10 grudnia 2013 r. do uzupełnienia tego dokumentu wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie oświadczył, że: *„dokument załączony do materiałów przetargowych jest aktualny. Zamawiający błędnie odczytał datę aktualizacji dokumentu. Właściwa data to 20.06.2013. Daty te widnieją w oryginalnym dokumencie słownie na stronie 66 i w tłumaczeniu na stronie 79”* [pismo wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie z dnia 16 grudnia 2013 r.].

Dostrzeżenia wymaga, że podana przez wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie data 20 czerwca 2013 r. nie jest datą „aktualizacji” dokumentu [zaświadczenia wystawionego przez naczelnika rejestru handlowego w Barcelonie], ale datą sporządzenia przez hiszpańskiego notariusza notarialnie poświadczonej kopii tego dokumentu. Wskazuje na to wyraźnie treść notarialnego poświadczenia na str. 77-79 oferty, w którym mówi się: *„poprzednią kserokopię rozszerzono do sześciu kart papieru ostemplowanych notarialnie i ponumerowanych w odpowiedniej kolejności, i zaświadczam za zgodność z oryginałem. Cornelia de Llobregat: dwudziesty czerwca dwutysięcznego trzynastego. Dokument bez kwoty. Numer taryfy: 5”.*

Nie można uznać, że poprzez sporządzenie notarialnie poświadczonej kopii zaświadczenia wystawionego przez naczelnika rejestru handlowego w Barcelonie wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie dokonał „aktualizacji” tego dokumentu i sześciomiesięczny okres wymagany w obowiązujących przepisach oraz w SIWZ powinien być liczony od dnia sporządzenia ww. kopii. Przeczy takiemu wnioskowi zarówno treść SIWZ jak i § 4 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia *Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r.* [Dz.U. z 2013 r. poz. 231], które wymagają, aby dokument potwierdzający, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości wykonawcy zagranicznego, był wystawiony nie wcześniej niż sześć miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Stąd, w świetle okoliczności, że wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie nie złożył w ofercie aktualnego, to jest pochodzącego z okresu nie dawniej, aniżeli sześć miesięcy przed terminem składania ofert dokumentu, potwierdzającego, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, a także, że nie uczynił tego na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, zaś jego ofertę – w myśl art. 24 ust. 4 ustawy – uznaje się za odrzuconą.

Powyższe czyniło podniesiony w tej mierze zarzut naruszenia wskazanych przepisów – uzasadnionym.

**[2] W zakresie zarzutów wskazujących na podstawę do wykluczenia wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie, z uwagi na nieprzedłożenie zaświadczenia z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych:**

Na gruncie analizowanego postępowania, Zamawiający w pkt 6 a SIWZ postawił wymaganie:

*„W POSTĘPOWANIU MOGĄ WZIĄĆ UDZIAŁ WYKONAWCY, KTÓRZY NIE PODLEGAJĄ WYKLUCZENIU NA PODSTAWIE ART. 24 UST. 1 PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I NA POTWIERDZENIE TEGO ZŁOŻĄ NIŻEJ WYMIENIONE DOKUMENTY:*

*Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”*

W odniesieniu do podmiotów zagranicznych, Zamawiający wskazał w SIWZ, że:

*„8) Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa powyżej:*

*[...]*

*d) w punkcie 6 - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w których wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”.*

W złożonej ofercie wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie zamieścił zaświadczenie z hiszpańskiego Centralnego Rejestru Karnego Ministerstwa Sprawiedliwości [Ministerio de Justicia, Registro Central de Penados], które poświadczą, że na dzień 2 września 2013 r., na podstawie bazy danych Centralnego Rejestru Karnego nie odnotowano przeszłości karnej osoby, sprawującej funkcje jedyne go członka zarządu tego wykonawcy. Jest to zatem zaświadczenie w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca nie złożył odpowiedniego zaświadczenia dla podmiotu, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie, to jest w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca nie złożył także takiego zaświadczenia na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca podał, że *„Odpowiednik informacji z Krajowego Rejestru Karnego znajduje się na stronach 89 i 91. Z ostrożności załączamy oświadczenie notarialne o braku podstaw do wykluczenia”* [pismo wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie z dnia 16 grudnia 2013 r.].

Podkreślenia wymaga, że wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie obowiązany był złożyć dokument lub dokumenty wystawione w Hiszpanii, potwierdzające, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. W Hiszpanii, co Odwołujący wykazał, wydaje się urzędowe zaświadczenia dotyczące braku albo istnienia zakazu ubiegania się o zamówienie przez daną osobę prawną, tj. zaświadczenia z Centralnego Rejestru Karnego [Registro Central de Penados]. Na mocy uchwalonej 22 czerwca 2010 r. w Królestwie Hiszpanii ustawy organicznej nr 5/2010 [Ley Organica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Organica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal] znowelizowano hiszpański Kodeks karny, uchwalony w formie ustawy organicznej z 23 listopada 1995 r. [la Ley Organica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal]. W znowelizowanym brzmieniu art. 33 ust. 7 hiszpańskiego Kodeksu karnego rozszerzono katalog kar, które można nałożyć na osoby prawne w wyniku popełnienia przez nie czynów zabronionych. Litera f) powołanego przepisu stanowi, że osobę prawną można pozbawić możliwości zawierania umów z jednostkami sektora publicznego, jak również uzyskania subwencji i pomocy publicznych czy też możliwości uzyskania korzyści podatkowych, na okres nie dłuższy niż piętnaście lat. Analiza przepisów znowelizowanego Kodeksu karnego Królestwa Hiszpanii wskazuje, iż zasady odpowiedzialności osób prawnych są identyczne, jak w przypadku podmiotów zbiorowych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary [tekst jedn.: Dz. U. 2012 r. poz. 768 ze zm.]. Oznacza to zatem tyle, że na gruncie hiszpańskiego porządku prawnego, osoba prawna odpowiada za czyny zabronione popełnione przez osoby działające na jej rzecz lub w jej imieniu, a kara nakładana na osobę prawną orzekana jest przez sądy karne. W Hiszpanii funkcjonuje przy tym rejestr obejmujący tego rodzaju wpisy, z którego wydawane są zaświadczenia - uchwalonym 14 listopada 2011 r. Dekretem Królewskim 1611/2011 znowelizowano regulacje dotyczące hiszpańskiego rejestru karnego, dostosowując je do uprzedniej nowelizacji Kodeksu karnego z 2010 r. w zakresie odpowiedzialności karnej osób prawnych. Na mocy postanowień tego aktu, wprowadzono rejestr karny osób prawnych, w którym ujawniane są prawomocne wyroki za popełnienie przestępstw [zbrodni i występków], które zostały wydane przez wydziały karne sądów powszechnych. Zgodnie z art. 9 lit. h) powyższego aktu w rejestrze tym zamieszcza się m.in. wzmiankę o karze orzeczonej w stosunku do prawomocnie skazanej osoby. W konsekwencji, informacja o orzeczonej karze pozbawienia osoby prawnej możliwości zawierania umów z jednostkami sektora publicznego jest ujawniana w wydawanym zaświadczeniu z tego rejestru. Powyższe oznacza, że w Królestwie Hiszpanii istnieje możliwość uzyskania oświadczenia, z którego będzie wynikać, czy w stosunku do osoby prawnej wnioskującej o udzielenie informacji w zakresie ewentualnie orzeczonych w stosunku do niej kar, nie orzeczono zakazu ubiegania się

o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym, wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie był obowiązany złożyć wraz z ofertą zaświadczenie z Centralnego Rejestru Karnego dla spółki jako osoby prawnej.

Dostrzeżenia wymaga, że zawarte na stronach 89 i 91 oferty zaświadczenie dotyczy wyłącznie niekaralności osoby fizycznej, tj. jedyne go członka zarządu wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie. Jest to zatem odpowiednik Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, a nie w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy.

Inną sprawą jest niekaralność osoby fizycznej będącej członkiem zarządu spółki akcyjnej, inną zaś brak orzeczonych kar, czy zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do samej spółki.

Nie może być także w tym wypadku uznane za wystarczającego oświadczenie notarialne o braku podstaw do wykluczenia, które wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie uzupełnił na wezwanie Zamawiającego. W świetle przepisów rozporządzenia, powtórzonych przez Zamawiającego w SIWZ, co do zasady, wykonawca nieposiadający swojej siedziby lub miejsca zamieszkania na terenie RP obowiązany jest złożyć, w celu wykazania braku przesłanek skutkujących jego wykluczeniem, m.in. dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Dopiero na wypadek, gdyby w miejscu zamieszkania osoby lub w państwie, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydawało się powyższych dokumentów urzędowych, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Zatem możliwość składania ww. oświadczenia nie może być traktowana jako alternatywne rozwiązanie w stosunku do dokumentów urzędowych. Dołączanie do oferty oświadczeń jest wyjątkiem od zasady, dopuszczalnym tylko wtedy, gdy określonego dokumentu urzędowego w danym kraju się nie wydaje, co w niniejszej sprawie nie zachodzi.

Skoro wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie nie złożył odpowiedniego zaświadczenia z Registro Central de Penados wraz z ofertą, a następnie na

wezwanie Zamawiającego, wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, zaś jego ofertę – w myśl art. 24 ust. 4 ustawy – uznaje się za odrzuconą.

Powyższe czyniło podniesiony w tej mierze zarzut naruszenia wskazanych przepisów – uzasadnionym.

**[3] W zakresie zarzutów, wskazujących na podstawę do wykluczenia wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie, z uwagi na nieprzedstawienie osób na stanowiska Projektanta w specjalności telekomunikacyjnej oraz Kierownika robót telekomunikacyjnych, posiadających uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 07.07.1994 roku Prawo budowlane i Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 r., w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń w zakresie projektowania lub odpowiadające im ważne, uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów:**

Zamawiający w pkt 5, ppkt 2) SIWZ postawił wymagania dysponowania odpowiednimi osobami do realizacji zamówienia:

*„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunki dotyczące:*

*[...]*

*2.2) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia*

*Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie objętym zamówieniem, które będą pełniły funkcje:*

*[...]*

*2.2.6) 1 osoba - projektant w specjalności telekomunikacyjnej - osoba zdolna do wykonania zamówienia w zakresie objętym zamówieniem, posiadająca aktualne uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 07.07.1994 roku Prawo budowlane [t.j. Dz. U. z 2006 r.. Nr 156, poz. 1118 ze zm.] i Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 r., w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie [Dz. U. z 2006 r. Nr 83. poz. 578 ze zm.] w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń w zakresie projektowania lub odpowiadające im ważne, uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, a które uprawniają do pełnienia tych funkcji w odpowiednim zakresie lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych*

*przepisów ustawy Prawo Budowlane [tekst jedn. Dz. U. 2 2006 r., nr 156, poz. 1118 z późn. zm.] oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej [Dz. U. z 2008 r., nr 63, poz. 394]. Ponadto osoba ta winna posiadać, co najmniej 3 - letnie doświadczenie w projektowaniu w specjalności telekomunikacyjnej oraz aktualny certyfikat do projektowania systemów mikrokanalizacji;*  
[...]

*2.2.8) 1 osoba - Kierownik robót telekomunikacyjnych - osoba zdolna do wykonania zamówienia w zakresie objętym zamówieniem, posiadająca aktualne uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 07.07.1994 roku Prawo budowlane [t.j, Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.] i Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 r.. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie [Dz. U. z 2006 r.. Nr 83, poz. 578 ze zm.] w specjalności telekomunikacja bez ograniczeń w zakresie do kierowania robotami budowlanymi lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, a które uprawniają do pełnienia tych funkcji w odpowiednim zakresie lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo Budowlane [tekst jedn. Dz. U. z 2006 r., nr 156, poz. 1118 z późn. zm.] oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej [Dz. U. z 2008 r., nr 63, poz. 394]. Ponadto osoba ta winna posiadać, co najmniej 3 - letnie doświadczenie w kierowaniu lub nadzorowaniu robót w specjalności telekomunikacyjnej.”*

Wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie, na potwierdzenie spełniania ww. warunków w załączonym do oferty wykazie osób wskazał jako Projektanta w specjalności telekomunikacyjnej osobę, która posiada uprawnienia budowlane nr 0438/97/U do projektowania w telekomunikacji bez ograniczeń, oraz jako Kierownika robót telekomunikacyjnych osobę, która posiada uprawnienia budowlane nr 0734/97/U do kierowania i projektowania w telekomunikacji bez ograniczeń.

Zgodzić się trzeba ze stanowiskiem Odwołującego, że uprawnienia uzyskane przez wskazane osoby w 1997 r. nie są uprawnieniami wymaganymi przez Zamawiającego w SIWZ.

Po pierwsze, kluczową kwestią w powyższym zakresie jest brzmienie SIWZ, które dopuściło możliwość wskazania osób, które uzyskały uprawnienia budowlane na podstawie wcześniejszych regulacji, obowiązujących przed wejściem w życie aktu regulującego obecnie uprawnienia w specjalności telekomunikacja, to jest, *rozporządzenia Ministra*

*Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie*, a które weszło w życie 31 maja 2006 r. W powyższym zakresie, w SIWZ Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się uprawnieniami budowlanymi do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, a które uprawniają do pełnienia tych funkcji w odpowiednim zakresie. Wskazanie, że będą uznane uprawnienia nabyte na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, które uprawniają do pełnienia funkcji w odpowiednim zakresie, oznacza tyle, że Zamawiający dopuścił posłużenie się uprawnieniami, które w świetle wcześniejszego stanu prawnego swym zakresem będą odpowiadać aktualnie obowiązującym pełnym uprawnieniom, bez ograniczeń. Nie jest tak, jak wykazywał na rozprawie Zamawiający, że owe uprawnienia „w odpowiednim zakresie” należy odnosić do zakresu tego zamówienia i potrzeby wykorzystania przy jego realizacji odpowiednich uprawnień, w tym, że do realizacji zamówienia nie będą potrzebne uprawnienia budowlane w telekomunikacji radiowej.

Na obecnym etapie, przy definitywnie ustabilizowanym brzmieniu SIWZ, wiążąca jest treść tego dokumentu, tam zaś Zamawiający wymaga, jako zasady, uprawnień do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności telekomunikacja bez ograniczeń. Odpowiednie uprawnienia nabyte na podstawie wcześniejszych przepisów należy więc odnosić, zgodnie z brzmieniem SIWZ, do takich uprawnień, które wyczerpią stan odpowiadający obecnie obowiązującym uprawnieniom bez ograniczeń. Inna ocena powyższej sytuacji stanowiłaby o następczej, po terminie składania ofert zmianie SIWZ, co jest niedopuszczalne. Powyższe stanowiłoby zarazem przejaw nierównego traktowania wykonawców.

Po drugie, podkreślenia wymaga, stan prawny oraz jego zmiany w zakresie uprawnień budowlanych w specjalności telekomunikacyjnej.

Zgodnie z aktualnie obowiązującym rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, uprawnienia w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń obejmują jednocześnie telekomunikację przewodową wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikację radiową wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Powyższe wynika wprost z § 22 ust. 1 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym: „*uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.*”

Osoby podane przez Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie w wykazie na stanowiska Projektanta w specjalności telekomunikacyjnej i Kierownika robót telekomunikacyjnych uzyskały uprawnienia w 1997 r., kiedy to obowiązywały przepisy rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym.

Dostrzeżenia wymaga w tym miejscu, że przepisy dotyczące uprawnień budowlanych we wskazanym zakresie zmieniały się kilkakrotnie. Dla potrzeb niniejszego postępowania wymienić należy:

- *Rozporządzenie Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym* [Dz.U. z 1995, Nr 120, poz. 581], w którym wskazano, że uprawnienia budowlane w telekomunikacji są udzielane w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla:

- 1) telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą,
- 2) telekomunikacji radiowej [§ 2 Rozporządzenia],

przy czym uprawnienia te mogły być wydawane do projektowania, kierowania robotami budowlanymi, lub projektowania i kierowania robotami budowlanymi w następujących specjalizacjach w ramach specjalności instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń w telekomunikacji: przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dotyczącej urządzeń liniowych i stacyjnych, oraz radiowej, dotyczącej obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych [§ 4 Rozporządzenia];

- *Rozporządzenie Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie* [Dz.U. z 1995 Nr 8 poz. 38 z późn. zm.], które przewidywało, że uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą; uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej w ograniczonym zakresie I stopnia uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie: telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak: linie, instalacje i urządzenia liniowe oraz urządzenia stacyjne; a także telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak: obiekty nadawcze radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawcze i odbiorcze obiekty radiokomunikacyjne. Uprawnienia budowlane w specjalności

telekomunikacyjnej w ograniczonym zakresie II stopnia uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie: telekomunikacji przewodowej - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak: linie, instalacje i urządzenia liniowe; telekomunikacji przewodowej - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak urządzenia stacyjne; telekomunikacji radiowej - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak nadawcze i odbiorcze obiekty radiokomunikacyjne; telekomunikacji radiowej - w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak obiekty nadawcze radiofonii i telewizji naziemnej [§ 22 Rozporządzenia].

- *Rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie* [Dz.U. z 2006, Nr 83, poz. 578 z późn. zm.], które przyjmuje, że uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, zaś uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną, w odniesieniu do obiektu budowlanego, takiego jak: lokalne linie i instalacje [§ 22 Rozporządzenia].

Z powyższego zestawienia wynika, że zakres uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej ulegał zmianie, zmieniało się także pojęcie pełnych oraz ograniczonych uprawnień.

Istotne jest przy tym, że w 1997 r. istniały dwie odrębne specjalności instalacyjne: jedna dotycząca telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, druga - telekomunikacji radiowej. Odpowiednio do powyższego, osoby wskazane w wykazie na stanowiska Projektanta w specjalności telekomunikacyjnej i Kierownika robót telekomunikacyjnych mają uprawnienia budowlane wyłącznie w telekomunikacji w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Uprawnień tych nie sposób jednak uznać za odpowiadające uprawnieniom w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń nadanym na podstawie rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, gdyż nie obejmują one telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. - Prawo budowlane, osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie.

Powyższe oznacza, iż zakres uprawnień budowlanych należy odczytywać zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą ich nadania. Dotyczy to również uprawnień budowlanych uzyskanych przez osoby wskazane w wykazie na stanowiska Projektanta w specjalności telekomunikacyjnej i Kierownika robót telekomunikacyjnych w oparciu o przepisy rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym. Po szczegółowej analizie zmian, które zaszły w przepisach prawnych od dnia wydania uprawnień dla ww. osoby stwierdzić należy, iż ww. osoby posiadają jedynie uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Uprawnienia te nie są jednak wymaganymi w SIWZ uprawnieniami „w specjalności telekomunikacja bez ograniczeń”.

W świetle powyższego uznać zatem trzeba, że wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wykazał, że spełnia warunek określony w art. 22 ust. 1 pkt 3, tj. dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

O ile jednak, Zamawiający pismem z dnia 10 grudnia 2013 r. wezwał już wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie do uzupełnienia wykazu osób przewidzianych do realizacji zamówienia, to prezentując stanowisko, że uprawnienia podanych w wykazie osób są wystarczające, nie wskazywał na powyższą kwestię. W konsekwencji, w analizowanym zakresie, kwestia ta mogłaby być - gdyby wykonawca nie podlegał wykluczeniu z przyczyn opisanych w pkt [1] i [2] - przedmiotem wyjaśnienia oraz uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy.

**[4] W zakresie zarzutów wskazujących na podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie, z uwagi na błąd w obliczeniu ceny:**

Jakkolwiek Zamawiający na rozprawie uznał powyższy zarzut, to taka ocena Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym. Uznano, że

podzielenie zasadności zarzutu stanowi wyraz oceny prawnej i nie stanowi przyznania faktu, o którym mowa w art. 190 ust. 5 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem, nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Poddano zatem ocenie powyższy zarzut, uznając, że w analizowanym zakresie, nie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny, czego następstwem miałby być obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący upatruje podstawy do odrzucenia oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny [art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy] w fakcie podania przez Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie ceny w ujęciu netto, podatek od towarów i usług oraz cena brutto.

Na gruncie analizowanego postępowania Zamawiający w pkt 14 ppkt 5) SIWZ wskazał, że: *„Wykonawca poda w formularzu ofertowym cenę w PLN. W cenie należy uwzględnić należne podatki, w tym podatek od towarów i usług - VAT – zgodnie z Formularzem cenowym. Cenę należy podać cyfrowo i słownie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.”*. W Formularzu ofertowym opracowanym przez Zamawiającego, należało podać cenę netto, stawkę i kwotę podatku VAT oraz cenę brutto.

Wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie w formularzu ofertowym wskazał wszystkie wymienione elementy, w tym podatek VAT wg stawki 23 % oraz cenę brutto. Faktem jest, że Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie jest wykonawcą zagranicznym, mającym siedzibę w Hiszpanii, nie jest zatem obowiązany do podawania stawki podatku VAT jak i obliczonej z uwzględnieniem tego podatku ceny w ujęciu brutto.

Zgodzić się trzeba, że wykonawcy, którzy mają siedzibę w innym państwie Wspólnoty Europejskiej, uczestniczący w postępowaniach o zamówienie publiczne prowadzonych na terenie Rzeczypospolitej Polskiej nie są ani obowiązani ani uprawnieni do naliczania w oferowanych cenach towarów i usług podatku od towarów i usług z tytułu wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów [art. 5 ust. 1 pkt 4 i art. 9 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług [tekst jedn. Dz. U. 2011 r. Nr 177 poz. 1054 ze zm.], gdyż obowiązek podatkowy ciąży wówczas na nabywcach tych towarów, w tym przypadku na Zamawiającym. W takim też wypadku to Zamawiający był obowiązany do doliczenia, w celu oceny oferty, do przedstawionej ceny, podatku od towarów i usług [art. 91 ust. 3a ustawy prawo zamówień publicznych].

Obowiązkiem takiego wykonawcy jest zatem podanie ceny w perspektywie ceny netto.

Wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie sprostą temu obowiązkowi, podając w formularzu ofertowym ceny netto za poszczególne trzy elementy zadania. Fakt, że wykonawca ten podał dodatkowo – ponad potrzebę i ciążący na nim obowiązek – podatek VAT oraz cenę brutto, nie oznacza błędu w obliczeniu ceny, skoro Zamawiający dysponuje tym elementem oświadczenia wykonawcy, który jest tutaj istotny, to jest ceną netto. Odwołujący nie kwestionuje przy tym, by Zamawiający przyjął do porównania ofert niewłaściwą cenę oferty wykonawcy Alumbrados Viarios Sociedad Anonima w Barcelonie, w szczególności uwzględnił niewłaściwą wysokość podatku VAT. Tym samym, w sytuacji, gdy wykonawca samodzielnie zaprezentował te elementy, do których nie był obowiązany i których obliczenie [doliczenie do ceny podatku] należy do Zamawiającego, powyższe nie wpływa na uznanie, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, szczególnie, że ten sam rezultat byłby osiągnięty, gdyby ten podatek został naliczony przez Zamawiającego w oparciu o podaną cenę netto.

Z tego względu, powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Mając na względzie powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 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]. Uwzględniono koszty wpisu w wysokości 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł, maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

**Skład orzekający:**