

Sygn. akt: KIO 1545/14

## WYROK

z dnia 8 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 sierpnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 lipca 2014 r.** przez wykonawcę: **A+V Sp. z o.o., ul. Przestrzenna 48/3, 50-533 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **„EC1 Łódź - Miasto Kultury” w Łodzi ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź** przy udziale wykonawcy:

- **Sky-Skan Europe GmbH, Osterseenstr. 2 D-82402 Seeshaupt Niemcy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

**1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy: **Sky-Skan Europe GmbH, Osterseenstr. 2 D-82402 Seeshaupt Niemcy**,

1.2. ponowienie czynności oceny ofert i wyboru oferty.

**2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: „EC1 Łódź - Miasto Kultury” w Łodzi ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **A+V Sp. z o.o., ul. Przestrzenna 48/3, 50-533 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego „**EC1 Łódź - Miasto Kultury**” w Łodzi ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź na rzecz odwołującego **A+V Sp. z o.o. ul. Przestrzenna 48/3, 50-533 Wrocław** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczanego wpisu od odwołania i zastępstwa przez pełnomocnika.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

**Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę, montaż i uruchomienie Systemu Multimedialnego do Planetarium Centrum Sztuki Filmowej oraz Sferycznego Kina 3D Centrum Nauki i Techniki wraz z adaptacją istniejących pomieszczeń (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr 2014/S 091-159045 z 13.05.2014 r.), w dniu 28 lipca 2014 r. zostało złożone pisemne odwołanie przez wykonawcę: A+V Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, w kopi przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania oraz zaniechań dokonania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, polegających na:

- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Sky-Skan Europe GmbH, Osterseenstr. 2 D-82402 Seeshaupt Niemcy, dalej „Sky-Skan”, który nie wniósł wadium,
- zaniechaniu doliczenia do ceny oferty „Sky-Skan” podatku od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami,
- wyborze jako najkorzystniejszej oferty, która w świetle kryteriów oceny ofert, po uwzględnieniu obciążeń podatkowych - nie jest najkorzystniejszą.

O powyższych okolicznościach odwołujący powziął wiadomość w dniu 18 lipca 2014 r. poprzez powiadomienie za pośrednictwem poczty elektronicznej o ustaleniu wyniku postępowania i o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sky-Skan Europe GmbH.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – „EC1 Łódź - Miasto Kultury” w Łodzi naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej ustawy „Pzp”), tj.:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy wykonawca Sky-Skan nie wniósł wadium w przedmiotowym postępowaniu,
- art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, poprzez zaniechanie doliczenia do przedstawionej w ofercie Sky-Skan ceny podatku od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami,

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący żądał uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem dyspozycji art. 91 ust. 3a ustawy Pzp oraz wykluczenia wykonawcy Sky-Skan,
- 3) wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na swój interes we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku dokonania wskazanych czynności i zaniechań przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz narażony na poniesienie szkody. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego, odwołujący mógłby uzyskać niniejsze zamówienie – gdyż złożył ofertę zawierającą najniższą cenę spośród wszystkich ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu, która powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza. Powyższe dowodzi naruszenia interesu prawnego odwołującego w uzyskaniu zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 i następnych ustawy Pzp – jak zaznaczał odwołujący.

Odwołujący wyjaśniał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał od wykonawców składających oferty wniesienia wadium w wysokości 300 tys. zł. Wykonawca Sky-Skan złożył, jako zabezpieczenie wadium gwarancję bankową wystawioną przez COMMERZBANK Aktiengesellschaft dnia 5 czerwca 2014 r., do której dołączono tłumaczenie na język polski. Zgodnie z treścią złożonej gwarancji gwarant zobowiązuje się „... nieodwołalnie, bez uwzględnienia jakichkolwiek zarzutów i obrony OFERENTA lub osób trzecich, niezależnie od ważności i skutków prawnych ZAPROSZENIA DO SKŁADANIA OFERT lub OFERTY oraz odstępując od wszelkich zastrzeżeń z tego tytułu, wypłacić Państwu każdą kwotę żadaną od nas przez Państwa do maksymalnej wysokości tej gwarancji po otrzymaniu pierwszego żądania na piśmie, w którym Państwo potwierdzą jednocześnie, że OFERENT nie wywiązał się ze swoich obowiązków wynikających z uczestnictwa w ZAPROSZENIU DO SKŁADANIA OFERT.”

W ocenie odwołującego przytoczone brzmienie spornej gwarancji nie zapewnia zamawiającemu należytej ochrony jego interesów w przypadkach opisanych w art. 46 ustawy

Pzp. Zdaniem odwołującego zamawiający winien był wykluczyć wykonawcę Sky-Skan z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący powołał się na linię orzecniczą KIO, według której jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za nieprawidłowe. Wyrok KIO z 2009-09-10 KIO/UZP 1193/09: *„Niewskazanie okoliczności skutkującej zatrzymaniem wadium, wymienionej w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych jest istotnym brakiem gwarancji ubezpieczeniowej. Powyższy brak nie może być usunięty po złożeniu dokumentu na przykład przez dodatkowe oświadczenie gwaranta, czy też na skutek jego uzupełnienia.”* wyrok KIO z 2009-08-10 KIO/UZP 983/09: *„Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie zabezpieczonego rezultatu przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium), zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za nieprawidłowe.”*

Odwołujący podnosił, iż kolejnym, równie poważnym uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy Pzp, było zaniechanie doliczenia do przedstawionej w ofercie Sky-Skan ceny podatku od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wykonawca Sky-Skan ma siedzibę w Niemczech, w związku z czym bezspornym jest, że w przypadku wyboru jego oferty dojdzie do wewnątrzspółnotowego nabycia towarów. Wykonawca ten złożył ofertę z kwotą netto 9 495 000,00 zł, plus podatek VAT w stawce 19%, w kwocie 1 804 050,00 zł, co dało cenę brutto 11 299 050,00 zł. Zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, zamawiający zobowiązany był doliczyć podatek VAT w stawce 23% do kwoty, jaką zobowiązany będzie zapłacić zagranicznemu kontrahentowi, czyli według odwołującego - w tej sytuacji do kwoty brutto. Tym samym do oceny ofert powinna być brana pod uwagę cena równa 11 299 050,00 zł + 23% VAT = 13 897 831,50 zł brutto. Odwołujący zaznaczał, że kwota ta jest wyższa od ceny oferty, którą złożył w postępowaniu, co biorąc pod uwagę jednakową liczbę punktów uzyskaną przez obydwu wykonawców w ramach kryterium Jakość/Funkcjonalność - powinno skutkować wyborem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 28 lipca 2014 r. przesłane drogą elektroniczną, pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w kopii przesłane stronom, w dniu 30 lipca 2014 r. zgłosił wybrany wykonawca Sky-Skan Europe

GmbH, Osterseenstr. 2 D-82402 Seeshaupt, Niemcy. Wykonawca ten, wnosząc o oddalenie odwołania, powoływał się na swój interes w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego wyboru jego oferty do realizacji zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w sprawie odwoławczej wykonawcę Sky-Skan Europe GmbH, uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający na rozprawie złożył odpowiedź na odwołanie, w której nie zgodził się z postawionymi zarzutami i argumentacją odwołującego.

Zdaniem zamawiającego przedmiotowa gwarancja wskazując, że gwarant zobowiązuje się do jej realizacji w razie nie wywiązania się przez wykonawcę z „obowiązków wynikających z uczestnictwa” w postępowaniu, maksymalnie szeroko określa zakres odpowiedzialności gwaranta, tym samym zapewniającą należytą ochronę interesów zamawiającego. Zwrot „W zaproszeniu do składania ofert” zamawiający identyfikował, jako udział w postępowaniu.

Zamawiający podzielił pogląd przedstawiony w odwołaniu, zgodnie z którym właściwą stawką VAT dla niniejszego zamówienia jest stawka 23%. Dlatego zamawiający przyjął, że wskazana w formularzu ofertowym Sky-Skan kwota netto 9 495 000,00 zł winna zostać powiększona nie o 19%, ale o 23% podatku VAT, który w tym przypadku wynosi – 2 183 850 zł, co łącznie (brutto) daje cenę oferty wybranego wykonawcy w wysokości 11 687 850 zł.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty przystępującego, korespondencji w sprawie wyjaśniania dokumentów przedstawionych w ofercie przystępującego.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa, montaż i uruchomienie Systemu Multimedialnego do Planetarium Centrum Sztuki Filmowej oraz Sferycznego Kina 3D Centrum Nauki i Techniki wraz z adaptacją istniejących pomieszczeń.

**Punkt 11 SIWZ. WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM**

11.1. Zamawiający, zgodnie z art. 45 ustawy Pzp wymaga wniesienia wadium w wysokości 300.000.00 zł (słownie: trzysta tysięcy złotych 00/100)

11.2. Wadium Wykonawca wnosi przed upływem terminu składania ofert.

11.3. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach, wymienionych w art. 45 ust. 6 Ustawy:

- a) pieniądzu
- b) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- c) gwarancjach bankowych;
- d) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- e) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. Nr 109, poz. 1158, z późn. zm.).

11.4. Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na rachunek Zamawiającego: NORDEA Oddział w Łodzi, ul. Rzgowska 34/36, 93-172 Łódź numer rachunku: 33 1440 1231 0000 0000 0779 2794 z dopiskiem „Wadium - postępowanie ZP/02/04/2014”.

11.5. O uznaniu przez Zamawiającego, że wadium w pieniądzu wpłacono w wymaganym terminie, decyduje data i godzina wpływu środków na rachunek Zamawiającego.

11.6. Zamawiający wymaga, aby kopia (potwierdzona za zgodność z oryginałem) gwarancji lub poręczenia była trwale złączona z ofertą, a oryginał był składany, jako odrębny dokument przed upływem terminu składania ofert (oryginał może znajdować się w tej samej kopercie, co oferta, ale nie może być z nią trwale złączony).

11.7. Zamawiający zwraca wadium zgodnie z zapisami art. 46 ustawy PZP.

Postanowienia powyższe odpowiadają treści ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczonym w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2014/S 091-159045 pod datą 13.05.2014 r.

Termin składnia upływał w dniu 1 lipca 2014 r.

Wykonawca Sky-Skan Europe GmbH złożył w dokumentacji oferty - bankową gwarancję przetargową, wystawioną 5 czerwca 2014 r., o wymaganej kwocie i o poniższej treści:

EC1 Łódź - Miasto Kultury w Łodzi ul. Targowa 1/3 PL 90-022 Łódź

„FURTHERSTRASSE 212 90429 NURNBHRG S.W.I.F.T.: COBADEFF760 Internet: [www.commerzbank.de](http://www.commerzbank.de)

Gwarancja przetargowa Nr NMVAV70248250201

*Zostaliśmy poinformowani, że Sky-Skan Europe GmbH Osterseenstr. 20-82402 Seeshaupt zwana dalej OFERENTEM, uczestniczy w Zaprośzeniu do składania ofert nr ZP/02/04/2014 z 13 maja 2014 r., zwanym dalej ZAPROSZENIEM DO SKŁADANIA OFERT na dostawę, montaż i uruchomienie Systemu Multimedialnego do Planetarium Centrum Sztuki Filmowej oraz Sferycznego Kina 3D Centrum Nauki i Techniki wraz z adaptacją istniejących pomieszczeń zgodnie ze swoją ofertą zwaną dalej OFERTĄ.*

*Zgodnie z warunkami ZAPROSZENIA DO SKŁADANIA OFERT, oferty muszą być poparte bankową gwarancją przetargową.*

*Zważywszy na powyższe, my, COMMERZBANK Aktiengesellschaft, niniejszym wystawiamy gwarancję w imieniu OFERENTA na maksymalną kwotę 300 000,00 PLN (słownie: trzysta tysięcy Złotych) i zobowiązujemy się nieodwołalnie, bez uwzględnienia jakichkolwiek zarzutów i obrony OFERENTA lub osób trzecich, niezależnie od ważności i skutków prawnych ZAPROSZENIA DO SKŁADANIA OFERT lub OFERTY oraz odstępując od wszelkich zastrzeżeń z tego tytułu, wypłacić Państwu każdą kwotę żadaną od nas przez Państwa do maksymalnej wysokości tej gwarancji po otrzymaniu pierwszego żądania na piśmie, w którym Państwo potwierdzą jednocześnie, że OFERENT nie wywiązał się ze swoich obowiązków wynikających z uczestnictwa w ZAPROSZENIU DO SKŁADANIA OFERT.*

*W celu identyfikacji każde żądanie płatności wynikające z niniejszej gwarancji musi zostać przekazane nam za pośrednictwem Państwa bankierów potwierdzających, że żądanie płatności zostało zgodnie z prawem podpisane.*

*COMMERZBANK Aktiengesellschaft MSB-CB TCC Guarantee Business Nurnberg <Norymberga/Republika Federalna Niemiec>/-/ <podpis nieczytelny>*

*Zobowiązanie wynikające z niniejszej gwarancji wygaśnie po zwróceniu nam oryginału gwarancji przez Państwa lub stronę trzecią w celu uchylecia, ale nie później niż 24 września 2014 r. Wszelkie żądania wypłaty zgodne z powyższymi warunkami muszą dotrzeć do nas w okresie ważności niniejszej gwarancji."*

Punkt 18.5 SIWZ. W przypadku, gdy o udzielenie zamówienia ubiegać się będą podmioty zagraniczne, które na podstawie odrębnych przepisów nie są zobowiązane do uiszczania podatku VAT, Zamawiający dla porównania ceny ofert złożonych przez podmioty zagraniczne zobowiązany jest doliczyć do ceny takich ofert należny podatek VAT, obciążający Zamawiającego z tytułu realizacji umowy na mocy odrębnych przepisów.

Punkt 18.6 SIWZ. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego, Zamawiający zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie wewnątrz wspólnotowego nabycia towarów, w celu oceny takiej oferty dolicza do



przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W ofercie wykonawcy Sky-Skan Europe GmbH podano cenę za realizację zamówienia – w kwocie netto - 9 495 000,00 zł; podatek VAT 19% - 1 804 050,00 zł; cenę brutto – 11 299 050,00 zł.

Pismem z dnia 10 lipca 2014 r. zamawiający wezwał wykonawcę Sky-Skan Europe GmbH do złożenia wyjaśnień, jak niżej:

*„Zamawiający EC1 Łódź - Miasto Kultury, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm. - dalej zwaną Ustawą Pzp), z uwagi na wskazaną w formularzu oferty stawkę podatku VAT w wysokości 19 % oraz mając na uwadze art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług ( Dz. U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.), wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie: w jakim Państwie Wykonawca jest zarejestrowany dla potrzeb podatku VAT oraz czy na terytorium Polski Wykonawca ma siedzibę albo stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej.”*

Pismem z dnia 14 lipca 2014 r. wykonawca Sky-Skan Europe GmbH wyjaśnił co następuje:

*„Wykonawca jest zarejestrowany dla potrzeb podatku VAT na terenie Republiki Federalnej Niemiec i tu ma swoją siedzibę. Wykonawca załącza odpowiednie zaświadczenie właściwego Urzędu Skarbowego. Wykonawca nie ma na terenie Polski siedziby albo stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej.”*

Załączone zaświadczenie o wpisie do rejestru podatników (przedsiębiorców) potwierdza, że wykonawca Sky-Skan Europe GmbH ma swą siedzibę na terenie Republiki Federalnej Niemiec i zarejestrowany jest pod wskazanym numerem podatkowym, jako podatnik podatku od towarów i usług, z uwagą: Niniejsze zaświadczenie służy wyłącznie, jako dowód wpisu do rejestru podatników (przedsiębiorstw) podczas prowadzenia postępowania związanego ze zwrotem podatku obrotowego w innych państwach. Właściwy niemiecki organ skarbowy zaświadcza, że podmiot (wnioskodawca) ma swą siedzibę na terenie Republiki Federalnej Niemiec i zarejestrowany jest pod w/w numerem podatkowym, jako podatnik podatku od towarów i usług.

Kryterium oceny ofert została ustanowiona cena oferty – maksymalna liczba punktów 90 oraz jakość/funkcjonalność – maksymalna liczba punktów 10.

Punkt 20.2 SIWZ podaje obliczenie punktów w kryterium cena, gdzie liczba przyznanych punktów równa jest ilorazowi ceny najtańszej oferty do ceny oferty badanej przemnożonego przez 90 pkt, z zaokrągleniem do drugiego miejsca po przecinku.

Punkt 27.4 SIWZ. Przed zawarciem umowy Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% wartości brutto oferty oraz do przedstawienia w terminie i na warunkach określonych w umowie polisy ubezpieczenia OC.

Protokół postępowania punkt 13 Najkorzystniejsza oferta, podaje:

Ppkt 2 ocena ofert:

- 1) Sky-Skan Europe GmbH Osterseenstr. 2 D-82402 Seeshaupt Niemcy – oferta tego wykonawcy uzyskała łączną liczbę punktów w ramach kryteriów oceny ofert 100 punktów, w tym 90 punktów w kryterium cena i 10 punktów w kryterium Jakość/Funkcjonalność
- 2) A+V Sp. o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Przestrzenna 48/3, – oferta tego wykonawcy uzyskała łączną liczbę punktów w ramach kryteriów oceny ofert 89,94 punkty, w tym 79,94 punktów w kryterium cena i 10 punktów w kryterium Jakość/Funkcjonalność.

W postępowaniu zostały złożone jedynie powyższe dwie oferty.

Protokół postępowania punkt 13 Najkorzystniejsza oferta, zawiera uwagę, że dla potrzeb oceny ofert w kryterium cena do kwot netto w ofertach wykonawców został doliczony 23% podatek VAT, tym samym Zamawiający wypełnił zapisy pkt 18.5 SIWZ w brzmieniu: W przypadku, gdy o udzielenie zamówienia ubiegać się będą podmioty zagraniczne, które na podstawie odrębnych przepisów nie są zobowiązane do uiszczania podatku VAT, Zamawiający dla porównania ceny ofert złożonych przez podmioty zagraniczne zobowiązany jest doliczyć do ceny takich ofert należny podatek VAT, obciążający Zamawiającego z tytułu realizacji umowy na mocy odrębnych przepisów.

O dokonanej ocenie ofert oraz o wyborze oferty Sky-Skan Europe GmbH zamawiający powiadomił wykonawców w dniu 18 lipca 2014 r.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Był, zatem uprawniony, aby skarżyć - jak dowodził niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny oferty wybranego konkurenta - które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) w odniesieniu do wadium stanowią:

- w art. 45 ust. 1. Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Ust. 3. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

Ust. 4. Zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3 % wartości zamówienia.

Ust. 6. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275, z 2008 r. Nr 116, poz. 730 i 732 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2010 r. Nr 96, poz. 620).

7. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

Art. 46 ust 1. Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.

1a. Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano.

Ust 3. Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego.

Ust. 4a. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Ust. 5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Analiza treści kwestionowanej odwołaniem gwarancji wadialnej przystępującego w brzmieniu „*COMMERZBANK Aktiengesellschaft, niniejszym wystawiamy gwarancję w imieniu OFERENTA na maksymalną kwotę 300 000,00 PLN (słownie: trzysta tysięcy Złotych) i zobowiązujemy się nieodwołalnie, bez uwzględnienia jakichkolwiek zarzutów i obrony OFERENTA lub osób trzecich, niezależnie od ważności i skutków prawnych ZAPROSZENIA DO SKŁADANIA OFERT lub OFERTY oraz odstępując od wszelkich zastrzeżeń z tego tytułu, wypłacić Państwu każdą kwotę żadaną od nas przez Państwa do maksymalnej wysokości tej gwarancji po otrzymaniu pierwszego żądania na piśmie, w którym Państwo potwierdzą jednocześnie, że OFERENT nie wywiązał się ze swoich obowiązków wynikających z uczestnictwa w ZAPROSZENIU DO SKŁADANIA OFERT,*” dowodzi, że zobowiązanie gwaranta dotyczy nie wywiązania się z obowiązków oferenta (uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) podanych w warunkach ogłoszenia o zamówieniu z dnia 13.05.2014 r. oraz SIWZ opublikowanej w tej samej dacie, czyli inaczej mówiąc w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a przy szerokiej interpretacji spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez zamawiającego.

Sankcją za to, że wykonawca „*nie wywiązał się z obowiązków wynikających z uczestnictwa w ZAPROSZENIU DO SKŁADANIA OFERT,*” a więc z warunków podanych w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia – jest wykluczenie wykonawcy z postępowania i odrzucenie jego oferty. Ustawa Prawo zamówień publicznych w takich przypadkach nie upoważnia zamawiającego do zatrzymania wadium, poza sytuacją opisaną w art. 46 ust. 4a Pzp, który stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Inne przypadki wymienione w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp nie odnoszą się do etapu składania ofert, ich oceny (w tym badania spełnienia przez wykonawcę ustalonych warunków udziału) i wyboru najkorzystniejszej oferty, ale dotyczą zdarzeń po zakończeniu tej fazy postępowania przetargowego i ustaleniu wyniku postępowania zakończonego wyborem oferty, tj.:

- 1) podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) względnie zaistnienia sytuacji, w wyniku której zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Należało zważyć, iż wykonawca, którego ofertę wybrano nie jest zobowiązany zawrzeć umowy z zamawiającym, a zamawiającemu nie służy roszczenie podmiotowe, którego mógłby dochodzić przed sądem o zawarcie takiej umowy, czy o wydanie orzeczenia zastępującego oświadczenie woli wykonawcy w tym przedmiocie na podstawie art. 64 K.c. Zobowiązanie podjęte w punkcie 8 według formularza oferty Sky-Skan Europe GmbH, dotyczy zawarcia umowy zgodnie z wymaganiami przedstawionymi w SIWZ, a więc tego, że w przypadku zawarcia umowy w ogólności - będzie ona zgodna z treścią złożonej oferty i warunkami SIWZ, gdyż stosownie do postanowień art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Podobna sytuacja zachodzi, gdy wykonawca wybrany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, albo zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, gdyż przypadki te nie odnoszą się do spełnienia warunków postępowania przetargowego, ale stanowią zdarzenia późniejsze, wywołujące oznaczone skutki prawne, uniemożliwiające zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego na warunkach wybranej oferty.

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ sytuacje obligujące zamawiającego do zatrzymania wadium nie zostały wprost przytoczone.

Wykonawca, któremu z różnych przyczyn może przestać zależeć na zawarciu umowy po wygranej przetargu - w przypadku odmowy podpisania umowy - ryzykuje tylko i wyłącznie przepadek wadium.

Gdy wykonawca którego oferta została wybrana uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp zezwala zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzenia ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepisy rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być

składane (Dz. U. poz. 231) - w odniesieniu do wymagań, stawianych wykonawcom mającym siedzibę za granicą ustanawiają jedynie wyjątki w poniższym zakresie:

- zgodnie z § 4 ust. 1, stanowiącym, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1:

a) w pkt 2 -4 i 6 - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
- nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie;

b) pkt 5 i 7 składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 11 ustawy.

Ust. 3. Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, 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 miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio.

Są to jedyne odstępstwa od przepisów ustawy Pzp na rzecz wykonawców mających siedzibę za granicą i nie obejmują one postanowień przytoczanych wyżej przepisów w odniesieniu do wadium. Wykonawcy mający siedzibę za granicą winni podporządkować się przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, składając ofertę w przetargu prowadzonym według przepisów tej ustawy.

Zdaniem Izby, złożone zobowiązanie przez gwaranta - COMMERZBANK Aktiengesellschaft MSB-CB TCC Guarantee Business Nurnberg <Norymberga/Republika Federalna Niemiec> - jak potwierdza jego dosłowna treść - odnosi się jedynie do wywiązania się przez wykonawcę Sky-Skan Europe GmbH z wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu, których niespełnienie nie wiąże się z utratą wadium. Nie dotyczy zaś tego, czego powinno, tj. następstw określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp zachowań wykonawcy, którego oferta została wybrana – w wyniku postępowania przetargowego.

Biorąc pod uwagę zakres upoważnienia wynikający z treści omawianej gwarancji, zamawiający nie mógłby zrobić z niej użytku, gdyby zaistniały zdarzenia przewidziane w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, a więc nie zabezpiecza ona interesów zamawiającego w sposób należyty. W przekonaniu Izby, gwarancja bankowa – jako swoisty „papier wartościowy” może być tłumaczona jedynie dosłownie, a więc nie podlega wykładni w oparciu o art. 65 K.c. – że zamiarem wystawcy oraz zlecającego – było nadanie temu dokumentowi znaczenia wymaganego przepisem art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Wykonawca ubiegający się o zamówienie winien zadbać, aby treść składanej gwarancji wadialnej była zbieżna z brzemieniem przepisu art. 46 ust. 4a oraz 46 ust. 5 ustawy Pzp, przynajmniej na tyle, aby odzwierciedlać znaczenie i sens tej regulacji, jeżeli nie poprzez przytoczenie tych postanowień to poprzez ich przywołanie.

Zarzut odwołującego, że doszło do ograniczenia rezultatu zabezpieczania przez złożoną przez przystępującego gwarancję wadialną w stosunku do wymaganego bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy Pzp znalazł potwierdzenie.

Izba w tym składzie, w pełni podziela poglądy, że jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za nieprawidłowe, co potwierdza linia orzecnicza KIO w przywoływanych w odwołaniu wyrokach: Wyrok KIO z 2009-09-10 KIO/UZP 1193/09: *„Niewskazanie okoliczności skutkującej zatrzymaniem wadium, wymienionej w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych jest istotnym brakiem gwarancji ubezpieczeniowej. Powyższy brak nie może być usunięty po złożeniu dokumentu na przykład przez dodatkowe oświadczenie gwaranta, czy też na skutek jego uzupełnienia.”* Wyrok KIO z 2009-08-10 KIO/UZP 983/09: *„Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie zabezpieczonego rezultatu przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium), zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za nieprawidłowe.”*

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert (...). Wniesienie wadium w postaci gwarancji bankowej o nieodpowiedniej treści – jest równoznaczne z tym, że wadium nie zostało wniesione, a brak ten nie podlega uzupełnieniu.

Z powyższych względów przystępujący Sky-Skan Europe GmbH podlega wykluczeniu z postępowania, w rezultacie czego jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Jakkolwiek oferta wykonawcy wykluczonego, jako podlegająca odrzuceniu nie powinna być klasyfikowana w oparciu o wyznaczone kryteria oceny ofert, to zarzut, że zamawiający uchybił przepisom art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, poprzez zaniechanie doliczenia do przedstawionej w ofercie Sky-Skan ceny całkowitej - podatku od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami - nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

Art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług ( Dz. U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.), uznaje za podatników tej daniny – osoby prawne, jednostki organizacyjne nie mające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne dokonujące wewnątrzspółnotowego nabycia towarów. Status przystępującego, jako nie mającego siedziby ani stałego miejsce prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium Polski został jednoznacznie wyjaśniony.

Zamawiający dla potrzeb oceny ofert w kryterium cena do podanych kwot netto w ofertach wykonawców doliczył 23% podatek VAT, tym samym zamawiający wypełnił zapisy pkt 18.5 SIWZ w brzmieniu: W przypadku, gdy o udzielenie zamówienia ubiegać się będą podmioty zagraniczne, które na podstawie odrębnych przepisów nie są zobowiązane do uiszczania podatku VAT, Zamawiający dla porównania ceny ofert złożonych przez podmioty zagraniczne zobowiązany jest doliczyć do ceny takich ofert należny podatek VAT, obciążający Zamawiającego z tytułu realizacji umowy na mocy odrębnych przepisów. Postanowienie to odpowiada przepisom art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami. Brzmienie tego przepisu nie wyłączało możliwości naliczenia podatku VAT w obowiązującej stawce 23% od ceny (wartości) netto wskazanej w ofercie przystępującego na kwotę 9 495 000,00 zł, co uczyniło cenę brutto oferty przystępującego w kwocie 11 687 850 zł i dało wynik oceny ofert w kryterium cena:

- dla przystępującego – 90 punktów
- dla odwołującego - 79,94 punktów.

Odwołujący przyznał, że w zgodzie z regulacją odnoszącą się do omawianego podatku, przystępujący winien podać cenę swojej oferty z opodatkowaniem w stawce „0” %,



a zatem w cenie brutto równej wartości netto. W przeciwnym wypadku, jak słusznie podnosił zamawiający doszłoby do podwójnego opodatkowania podatkiem VAT tej samej transakcji.

Postępowanie dowodowe potwierdziło jedynie częściowe naruszenie przez zamawiającego wskazywanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, tj.:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy wykonawca Sky-Skan nie wniósł wadium w przedmiotowym postępowaniu,
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania, a w następstwie oferta podlegała uznaniu za odrzuconą.

W konsekwencji doszło również do naruszenia zasad postępowania wynikających z art. 7 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stwierdzone naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało uwzględnione, kosztami postępowania należało obciążyć zamawiającego.

Na podstawie § 3 pkt 1 i 2b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....