

WYROK
z dnia 20 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 20 listopada 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 listopada** 2015 r. przez wykonawcę: **Green Operator Sp. z o.o., ul. Cypryjska 2G, 02-761 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego w Białymstoku, ul. Kard. S. Wyszyńskiego 1, 15 - 888 Białystok,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum firm Comp S.A., Infinity Group Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02 - 230 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Green Operator Sp. z o.o., ul. Cypryjska 2G, 02-761 Warszawa, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Green Operator Sp. z o.o., ul. Cypryjska 2G, 02-761 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**

2.2 zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **Green Operator Sp. z o.o., ul. Cypryjska 2G, 02-761 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego w Białymstoku, ul. Kard. S. Wyszyńskiego 1, 15 - 888 Białystok** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa i wdrożenie urządzeń warstwy aktywnej w ramach projektu Sieć Szerokopasmowa Polski wschodniej - województwo podlaskie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 września 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 169-307945.

W dniu 27 października 2015 r. Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o., zwanego dalej „Konsorcjum Comp”. Pozostałe dwie oferty, tj. oferta złożona przez wykonawcę Green Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako niezgodna z ustawą Pzp oraz oferta złożona przez Konsorcjum Sotronic Sp. z o.o., Viatelecome Sp. z o.o., zwane dalej „Konsorcjum Sotronic”, zostały odrzucone.

Wykonawca Green Operator Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec ww. czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz wobec zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. wobec:

- a) czynności odrzucenia oferty Odwołującego, mimo iż treść jego oferty jest zgodna z ustawą Pzp,
- b) czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Comp jako najkorzystniejszej, pomimo że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- c) zaniechania wykluczenia Konsorcjum Comp z postępowania,
- d) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Comp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej z ustawą Pzp;
2. art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 3a Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomimo nieprzedłożenia przez Odwołującego informacji w zakresie obowiązku podatkowego powstającego po stronie Zamawiającego;
3. art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 3a Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w treści oferty Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej w zakresie zakreślenia w formularzu oferty odpowiedniej informacji o obowiązku podatkowym powstałym po stronie Zamawiającego;
4. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 3a Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w treści oferty omyłki polegającej na braku sprecyzowania, czy cena wskazana w formularzu

oferty z podatkiem VAT uwzględni mechanizm „odwrotne VAT” i co do jakiego zakresu towarów ma to zastosowane;

5. art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Comp jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu;

6. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comp, pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;

7. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Comp, pomimo że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Comp jako najkorzystniejszej;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum Comp, względnie wykluczenia Konsorcjum Comp i odrzucenia jego oferty, dokonania czynności w trybie art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 oraz 3 Pzp w zakresie oferty Odwołującego, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że przysługuje mu legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż Zamawiający w wyniku naruszenia przepisów ustawy niesłusznie odrzucił ofertę Odwołującego i dokonał wyboru wykonawcy Konsorcjum Comp pomimo, że podmiot ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także pomimo, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą w świetle kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu, tj. kryterium ceny oraz skrócenia terminu dostawy i instalacji.

I. Zarzut nieuzasadnionego odrzucenia oferty Green Operator Sp. z o.o.

W odniesieniu do oferty Odwołującego, Zamawiający stwierdził, iż wobec niespełnienia przez Odwołującego obowiązku informacyjnego, określonego w art. 91 ust. 3a Pzp, w postaci niezłożenia wraz z ofertą oświadczenia wykazującego, czy wybór oferty prowadzić będzie do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, oferta jest niezgodna z ustawą Pzp. Zamawiający wyjaśnił, iż nie ma podstaw prawnych do wezwania Odwołującego do uzupełnienia tego braku na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący podniósł, że w dniu 4 maja 2015 r. została ogłoszona ustawa z dnia

9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych, (Dz. U. z 2015 poz. 605, dalej „ustawa zmieniająca”), która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r. Ustawa ta m.in. rozszerzyła procedurę tzw. „odwrotconego VAT” na obrót m.in. takimi towarami jak komputery przenośne. Zgodnie z wprowadzonymi zmianami, podatek należny od transakcji jest rozliczany przez nabywcę, pod pewnymi warunkami (które muszą wystąpić łącznie), tj.: dostawca i nabywca są czynnymi podatnikami VAT, sprzedawany towar nie jest objęty zwolnieniem, towar jest wymieniony w załączniku nr 11 do ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r., a sprzedaż towarów następuje w ramach tzw. jednolitej gospodarczo transakcji obejmującej te towary oraz przekracza kwotę 20.000 zł. Ponadto, w art. 2, ww. ustawa zmieniająca wprowadziła do ustawy Pzp przepis art. 91 ust. 3a, o brzmieniu: „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”.

Odwołujący wyjaśnił, że ze złożonej przez niego oferty wynika, iż część przewidywanych dostaw urządzeń będzie spełniała przesłanki określone w ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów (Dz.U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.) w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą. W jego ocenie, Zamawiający był świadomy, że w przypadku oferty Odwołującego znajdzie zastosowanie mechanizm odwrotnego obciążenia podatkiem VAT w zakresie dostawy 4 sztuk komputerów z oprogramowaniem. Z tego względu Zamawiający był zobowiązany do zażądania wyjaśnień od Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, bowiem Odwołujący podał w formularzu oferty cenę wraz z podatkiem VAT, jednak nie wyszczególnił, jaka część tego podatku powinna zostać rozliczona przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 91 ust. 3a Pzp, w sytuacji jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, to zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć, zgodnie przepisami o podatku od towarów i usług, wobec czego Zamawiający powinien ustalić jego wysokość. Biorąc pod uwagę fakt powstania po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego oraz brak informacji od Odwołującego w zakresie, jaka część podatku VAT powinna zostać rozliczona przez Zamawiającego, miał on obowiązek zażądania wyjaśnień w celu ustalenia tej kwoty.

Odwołujący nadmienił, że na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, w razie braku informacji w zakresie obowiązku podatkowego dotyczącego mechanizmu odwrotconego VAT,

określonej w formularzu oferty, Zamawiający był zobowiązany wezwać Odwołującego do ich złożenia. Ustawa Pzp nie wyjaśnia trybu działania Zamawiającego w przypadku gdy wykonawca nie wypełni tego obowiązku. Zdaniem Odwołującego, odrzucenie oferty bez uprzedniego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie należy uznać za zbyt rygorystyczne i niezgodne z ustawą Pzp. Tymczasem Zamawiający nie wezwał Odwołującego do wyjaśnień i odrzucił ofertę, uznając ją za niezgodną z ustawą Pzp. Odwołujący przywołał się na wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2010 r., X Ga 7/10, w którym wskazano: *„Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym; opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty*.*

Nadto, w ocenie Odwołującego, brak takiej informacji (oświadczenia) mógłby zostać konwalidowany również w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, poprzez sprostowanie omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, gdyż występujący brak ma charakter oczywistej omyłki pisarskiej. W formularzu oferty zostało pozostawione miejsce na złożenie właściwego oświadczenia (przez skreślenie nieprawidłowej opcji), a z pozostałej części oferty jasno wynika, jak powinna zostać uzupełniona ta informacja. Wobec niedokonania przekreślenia jednej z opcji, Zamawiający był zobowiązany do skorygowania tej oczywistej omyłki. Oczywistość omyłki wynika także z określenia ceny w ofercie, gdzie podano cenę brutto wraz z podatkiem VAT. Na tej podstawie widać, że cały podatek VAT został uwzględniony w ofercie, dane te potwierdza także załączony do oferty formularz cenowy.

Niezależnie od powyższego, w sytuacji wystąpienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) zamawiający jest zobowiązany do dokonania poprawki. Do błędów, które mogą zostać zakwalifikowane do tej kategorii należy zaliczyć brak złożenia wraz z ofertą informacji w zakresie powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego, gdyż jednym z elementów SIWZ był Załącznik nr 3 do SIWZ przewidujący informację dla Zamawiającego w tym zakresie. Skoro Zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty w tym zakresie, to obowiązany był zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w celu skorygowania omyłki przez Odwołującego, bowiem w SIWZ została zawarta informacja, iż obliczanie ceny powinno nastąpić z uwzględnieniem normy płynącej z art. 91 ust. 3a Pzp.

W ocenie Odwołującego, sprostowanie braku w ofercie ww. informacji nie jest istotną zmianą, ponieważ nie ma wpływu na ostateczny wynik postępowania, gdyż cena oferowana nie ulega zmianie. Ponadto, Zamawiający znał cenę zaofertowaną dla każdego urządzenia i mógł samodzielnie dokonać obliczenia, jaką część podatku VAT określonego w ofercie będzie zobowiązany rozliczyć. W interesie Zamawiającego jest dokonanie sprostowania

takiego oświadczenia. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1147/11.

Odwołujący wskazał, że definicja ustawowa ceny nie uwzględnia podatku, jaki powinien doliczyć zamawiający na podstawie art. 91 ust. 3a Pzp, zatem brak oświadczenia w tym zakresie nie odnosi się do błędu w obliczeniu ceny. Nadto, określone w ustawie pojęcia „ceny” nie pozwala uznać za błąd w obliczeniu ceny nie poinformowania zamawiającego o obowiązku doliczenia do zaoferowanej ceny podatku VAT.

II. Zarzuty zaniechania wykluczenia Konsorcjum Comp i zaniechania odrzucenia oferty ww. Konsorcjum.

1. Niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący przytoczył treść postanowienia w pkt 4 SIWZ, zawierającego opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wskazał, że Zamawiający w pkt 14 ppkt 1b SIWZ określił, iż należy złożyć Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ.

Dowodami w powyższym zakresie (zgodnie z pkt 14 ppkt 3 a i b SIWZ) powinny być:

- a) poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
- b) oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w ppkt 3 lit. a.

Powyższe wymogi stanowią odzwierciedlenie regulacji zawartych w § 1 ust. 1 pkt 3 oraz § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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. z 2013 r. poz. 231).

Konsorcjum Comp załączyło do oferty Wykaz głównych dostaw wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat, w którym wykazało dostawy zrealizowane na rzecz podmiotów, określając datę realizacji zamówienia oraz jego przedmiot i wartość. Oświadczenie to nie zawiera jednak ani miejsca wykonania zamówienia, ani wysokości kontraktu odpowiadającego wysokości wskazanej w załączniku nr 5, tj. w Wykazie wykonanych

dostaw. Z przedłożonej referencji wynika jedynie informacja, że wysokość kontraktu przekroczyła 5,9 mln zł, jednak brak jest wyjaśnienia, czego dotyczy ta kwota, czy całego kontraktu, czy tylko części wykonanych dostaw. Natomiast w wykazie wykonanych dostaw wartość brutto przedmiotu tego zamówienia została określona na kwotę powyżej 7 257 mln zł.

Konsorcjum Comp, w celu wykazania należytego wykonania przedmiotu zamówienia wskazanego w pkt 1 Wykazu, tj. Małopolska sieć szerokopasmowa - projekt budowy infrastruktury światłowodowej obejmującego dostawę i instalację sprzętu LAN/WAN o wartości nie mniejszej niż 3.000.000,00 PLN brutto oraz dostawę i instalację sprzętu transmisyjnego DWDM o wartości nie mniejszej niż 3.000.000,00 PLN brutto, przedłożyło oświadczenie, które nie zawiera daty jego sporządzenia, a z jego treści nie wynika ile wynosiła wartość tej dostawy. Zatem, ww. referencje nie potwierdzają spełnienia przez tego wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż z ww. dokumentu nie wynika, jakiej dostawy dotyczy to zamówienie, wobec braku wskazania odbiorcy. Braki te nie pozwalają na identyfikację przedmiotu dostawy wskazanej w poz. 1 Wykazu z przedmiotem dostaw, którego dotyczy poświadczenie.

2. Niezgodność z wymaganiami SIWZ - błędne wypełnienie załącznika 3B, poprzez niezłożenie wymaganej dokumentacji oraz niepodanie miejsca w załączonym dokumencie wskazującego potwierdzany parametr.

Odwołujący wskazał na nieprawidłowe wypełnienie przez Konsorcjum Comp załącznika nr 3B do SIWZ, tj. listy warunków szczegółowych OPZ dla poszczególnych urządzeń sieciowych, co doprowadziło do złożenia oferty niezgodnej z SIWZ.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ, wykonawca był zobowiązany do każdego parametru urządzenia wykazanego w ofercie załączyć dokument techniczny lub inny dokument autoryzowany przed producenta lub dystrybutora urządzeń na terenie Polski, o spełnieniu wymagań określonych w tabeli będącej załącznikiem nr 3B do SIWZ. Zgodnie z wytycznymi określonymi w opisie załącznika 3B do SIWZ, w przedkładanym przez wykonawcę dokumencie, na wykazanie spełnienia wymagań musi zostać wskazany dany parametr urządzenia. Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia oświadczeń przez wykonawców lub podwykonawców w zakresie spełnienia warunków OPZ oraz wyraźnie wskazał, iż parametry w ostatniej kolumnie tabeli, tj. miejsce w załączonym dokumencie wskazujące dany parametr (strona rozdział, punkt lub wers), muszą zostać precyzyjnie wskazane w dokumencie załączonym na potwierdzenie danego parametru.

Konsorcjum Comp, w tabeli określającej warunki szczegółowe OPZ w pkt 41 - 44 stanowiącym załącznik nr 3B do SIWZ, wskazało, jako rodzaj załączonego dokumentu, złożonego na potwierdzenie parametru: „zapewnienie przez oferowaną konfigurację sprzętową ZXONE 800”, natomiast jako miejsce w załączonym dokumencie wskazujące

dany parametr, podało: „wynika z architektury systemu i asortymentu kart interfejsów”.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Comp nie złożyło dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane urządzenia wymagań Zamawiającego we wskazanym zakresie. Oferta powinna zawierać karty katalogowe oraz inne rodzaje dokumentów, których nie można zastąpić wskazanym w tabeli zapewnieniem. W unieważnionym postępowaniu, tożsamym przedmiotowo, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 lipca 2015 r. (KIO 1447/15) poparła stanowisko odwołującego, że samo złożenie oświadczenia, zgodnie z którym wszystkie urządzenia są zgodne z SIWZ, nie wystarcza do wykazania złożenia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowany przedmiot wymagań Zamawiającego.

Odwołujący podniósł także, że zaoferowane przez Konsorcjum Comp urządzenia nie spełniają wymagań określonych w SIWZ, w szczególności dla:

- urządzeń sieci transmisyjnej DWDM,
- w zakresie urządzeń IT, jak np. serwery,
- w zakresie urządzeń pozostałych, jak m.in. komputery, monitory czy stacje robocze.

Ponadto, zaoferowane przez Konsorcjum Comp oprogramowanie różnego typu również nie spełnia wymagań opisanych w SIWZ, a dla wielu przypadków nie da się zidentyfikować, który wariant oprogramowania czy serwisu został wyceniony, w wyniku czego nie jest jasne co jest przedmiotem oferty.

Odwołujący złożył na rozprawie pismo z dnia 20 listopada 2015 r. zawierające uzupełnienie i sprecyzowanie zarzutów w zakresie niezgodności treści oferty Konsorcjum Comp z treścią SIWZ.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie - pismem z dnia 19 listopada 2015 r. Podniósł brak wykazania interesu przez Odwołującego w związku ze złożeniem oferty z ceną przekraczającą wysokość kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz w związku z uwzględnieniem odwołania wniesionego przez Konsorcjum Comp w sprawie o sygn.. akt KIO 2426/15.

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wyjaśnił, że w formularzu ofertowym został zawarty wzór oświadczenia dotyczącego obowiązku wynikającego z art. 91 ust. 3a zd. 2 Pzp. Pomimo to Odwołujący nie złożył stosownego oświadczenia, co skutkuje niezgodnością oferty z przepisami ustawy Pzp i odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Nawet jeśli Zamawiający jest świadomy, że po jego stronie powstanie obowiązek podatkowy w zakresie podatku VAT od nabycia towarów będących przedmiotem zamówienia, to nie zmienia to faktu, że wykonawca ma obowiązek złożenia takiego oświadczenia w ofercie. Powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego zależy od cech posiadanych przez dostawcę takich

towarów lub usług, czyli od cech posiadanych przez wykonawcę. W związku z tym dla prawidłowego ustalenia obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego niezbędne jest złożenie oświadczenia przez Odwołującego. Ponadto, brak złożenia przez wykonawcę ww. oświadczenia nie może być uzupełniony w drodze wezwania do złożenia dokumentów czy też wyjaśnień, co jest sprzeczne z art. 87 ust. 1 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu niewątpliwie powstanie po stronie Zamawiającego obowiązek podatkowy w zakresie podatku VAT z tytułu nabycia 4 komputerów przenośnych. Uzupełnienie treści oświadczenia przez wykonawcę prowadziłoby do zmiany ceny oferty, poprzez jej pomniejszenie o równowartość podatku VAT od 4 komputerów. Dodatkowo, Odwołujący złożył w ofercie kalkulację kosztów (załącznik nr 3a do SIWZ), w której, wbrew jednoznaczному pouczeniu przez Zamawiającego, Odwołujący doliczył podatek VAT w przypadku ww. urządzeń. W ofercie Odwołującego nie było oczywistości co do tego czy Odwołujący podał cenę 4 komputerów przenośnych z VAT, gdyż zgodnie z wymaganiami SIWZ, cena ta powinna być wskazana bez podatku VAT. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący złożył w ofercie formularz ofertowy niezgodny z wzorem opracowanym przez Zamawiającego, w którym nie pozostawiono miejsca do zakreślenia, jak wskazuje Odwołujący w odwołaniu. Złożony formularz ofertowy nie zawiera wzoru dla przedmiotowego oświadczenia, w którym nie zakreślono właściwej opcji, co podnosi Odwołujący uzasadniając oczywistość omyłki w omawianym zakresie. W zakresie dodatkowych podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego (art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp) Zamawiający uwzględnił odwołanie złożone przez Konsorcjum Comp (sygn. akt KIO 2426/15).

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum Comp, Zamawiający wskazał, że twierdzenia Odwołującego nie mają znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Comp. Z treści referencji musi wynikać, że wskazane w wykazie wykonanych zamówień dostawy zostały wykonane należycie, co jednoznacznie zostało potwierdzone w złożonych przez Konsorcjum Comp referencjach (str. 81 i 82 oferty). Z treści referencji nie musi wynikać potwierdzenie każdego szczegółowego wymagania określonego w opisie warunku udziału w postępowaniu. Ponadto, na podstawie nagłówka pisma (referencji) z dnia 12 czerwca 2015 r. wynika, że dokument ten został wystawiony przez Małopolską Sieć Szerokopasmowa Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Comp, Zamawiający wyjaśnił, że spełnienie wymagań w załączniku 3B do SIWZ w pozycjach 41-44 dla parametrów DWDM, gdzie Konsorcjum Comp wpisało „zapewnienie przez oferowaną konfigurację sprzętową ZXONE 8000” nie wzbudza wątpliwości Zamawiającego, gdyż wymagania SIWZ dotyczą nie możliwości lub funkcjonalności oferowanych urządzeń, a wyposażenia urządzeń zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający oczekiwał w tym miejscu potwierdzenia, że dostarczone urządzenia będą wyposażone, zgodnie

z wymaganiami i takie potwierdzenie otrzymał, nie żądał natomiast na tym etapie szczegółowego określenia parametrów urządzeń. W załączniku nr 3A do SIWZ wykonawcy podawali model urządzenia, które oferują. Urządzenia te są modularne, tj. do każdego z nich można włożyć dowolne moduły/karty w zależności od konkretnej aplikacji, jaka jest wymagana od urządzenia zainstalowanego w danym miejscu (konfiguracja). Dlatego też Konsorcjum Comp wskazało, że wymagania dla urządzeń DWDM z pkt 41-44 zapewnia sposób skonfigurowania sprzętu. Dokładne rozpisanie konfiguracji sprzętu zainstalowanego w danym węźle było oczekiwane przez Zamawiającego na etapie szczegółowego projektu technicznego HLD, czyli już po podpisaniu umowy. Powyższe wynika jednoznacznie z Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ str. 15). Na podstawie informacji przedstawionej przez Konsorcjum Comp w załączniku 3B do SIWZ Zamawiający mógł ocenić, że parametry urządzeń DWDM spełniają wymagania. Są to informacje wymagające zapoznania się z architekturą całego systemu oraz znajdujące potwierdzenie w dokumentach technicznych załączonych do oferty – str. 95, 96 oferty, str. 85 i 87 oferty oraz str. 152 oferty.

W zakresie zarzutów dotyczących niezgodności urządzeń ogólnie wskazanych w odwołaniu, Zamawiający podniósł, że nie może się odnieść do tych zarzutów z uwagi na brak określenia przez Odwołującego jakich konkretnie urządzeń zarzuty dotyczą oraz na czym polegają zasygnalizowane niezgodności.

Konsorcjum Comp S.A., Infinity Group Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Konsorcjum: Sotronic Sp. z o.o., VIATELECOME Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w zakresie zarzutów podniesionych wobec oferty złożonej przez Konsorcjum Comp.

Przystępujący, Konsorcjum Comp, w piśmie procesowym z dnia 19 listopada 2015 r. podniosło brak legitymacji czynnej Odwołującego, popierając w tym zakresie argumentację przedstawioną przez Zamawiającego.

W zakresie dotyczącym zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego, Przystępujący wskazał, że Odwołujący nie złożył w ofercie oświadczenia mimo wyraźnego wymagania zawartego w SIWZ w oparciu o art. 91 ust. 3a Pzp. Odwołujący złożył ofertę na formularzu ofertowym, który w toku postępowania uległ zmianie, ze względu na obowiązek wynikający ze zmiany ustawy Pzp. Podkreślił, że poprawienie w ofercie Odwołującego ww. błędu jest niedopuszczalne w trybie art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, co potwierdza przepis art. 12 ust. 1 ustawy o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 9 kwietnia 2015 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 605), która zmieniła dotychczasowe brzmienie art. 91 ust. 3a Pzp. Przepis ten wyraźnie określa, że czynność wezwania

wykonawców do przedłożenia informacji o której mowa w art. 91 ust. 3a, a następnie poprawienia oferty w zakresie ceny, jest dopuszczalne wyłącznie w przypadku postępowań wszczętych przed dniem 1 lipca 2015 r. Regulacja powyższa, jako przepis szczególny, podlegać musi ścisłej interpretacji i może być stosowana tylko do postępowań wszczętych po 1 lipca 2015 r. Ponadto, wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp jest uprawnieniem a nie obowiązkiem Zamawiającego i nie musi poprzedzać odrzucenia oferty w każdym przypadku.

Nadto, w formularzu ofertowym Odwołującego nie przewidziano miejsca na złożenie ww. oświadczenia. Pozostała treść oferty także nie zawiera żadnej informacji dotyczącej kwestii „odwróconego VAT-u” lub określenia czy wartość podana w załączniku 3A jest podana w kwocie netto czy brutto. Zamawiający nie miał zatem podstaw do przyjęcia, że w ofercie Odwołującego wystąpiła oczywista omyłka pisarska możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Nie jest to też omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum Comp, Przystępujący podniósł, że identyfikacja dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy wskazanej w poz. 2 Wykazu, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, nie rodzi żadnych trudności. Oświadczenie identyfikuje ten sam podmiot, termin, wykonawcę i odbiorcę dostawy. Spójna jest także wartość zamówienia, w referencji podana bez podatku VAT, a w wykazie – w kwocie brutto. Referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu, a jedynie potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Podobnie należy ocenić referencję złożoną w zakresie dostawy wskazanej w poz. 1 Wykazu. W tych okolicznościach należy uznać, że Konsorcjum Comp wykazało w sposób niebudzący wątpliwości spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu niezgodności oferty Konsorcjum Comp z SIWZ, Przystępujący wyjaśnił, że wymagania określone w poz. 41-44 Załącznika 3B są tego rodzaju, iż dotyczą przewidzianego przez Zamawiającego w OPZ (załącznik nr 1 do SIWZ) sposobu realizacji zamówienia, który z kolei jest zapewniany przez dobór rozwiązania zaoferowany przez Wykonawcę. Dokumenty producenta potwierdzać mogą możliwości sprzętu, które pozwalają na spełnienie określonych wymagań, natomiast to, czy i jak dana możliwość zostanie wykorzystana, zależy od realizacji wdrożenia. Zgodnie z SIWZ, Zamawiający nie wymagał złożenia szczegółowej konfiguracji sprzętowej opracowanej przez wykonawcę na potrzeby realizacji zamówienia na etapie oferty – przedstawienie takiego dokumentu jest wymagane na etapie realizacji zamówienia. Cechy i parametry sprzętu umożliwiające spełnienie wymagań określonych w poz. 41-44 zostały podane w innych pozycjach załącznika 3B i potwierdzone załączoną dokumentacją producenta sprzętu. Przystępujący wskazał w sposób szczegółowy miejsca w ofercie i w dokumentacji technicznej, w których wskazano parametry

i funkcjonalności wymagane do zapewnienia odpowiedniej konfiguracji zaoferowanego rozwiązania, spełniającego wymagania Zamawiającego.

W toku rozprawy Odwołujący przedstawił wyciąg z treści oferty (informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) na potwierdzenie okoliczności powoływanych w piśmie procesowym w omawianym zakresie.

Przystępujący podniósł także, że zarzuty niezgodności przedstawione w odwołaniu, wobec ich ogólności i niedookreślenia, nie mogą być uznane za skutecznie postawione zarzuty. Nie ma możliwości odniesienia się do tak sformułowanych zarzutów, przy czym nie jest dopuszczalne konkretyzowanie okoliczności faktycznych tego typu zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania. Przystępujący wniósł o pominięcie takich twierdzeń i argumentacji Odwołującego wykraczającej poza podstawy faktyczne zarzutu ujęte w odwołaniu (tj. niewykazanie spełnienia wymagań z poz. 41-44 Załącznika 3B).

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie posiada legitymacji czynnej w postępowaniu odwoławczym, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, jako przesłanki materialnoprawnej do rozpoznania odwołania. Oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona w wyniku czynności Zamawiającego z dnia 27 października 2015 r. Odwołujący zaskarżył w odwołaniu tę czynność, jednak jednocześnie Konsorcjum Comp wniosło odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty tego wykonawcy także z innych przyczyn, niż powołane w decyzji Zamawiającego z 27 października 2015 r. (sygn. akt KIO 2426/15).

Konsorcjum Comp podniosło zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Green Operator, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie: wymagania dotyczącego zasilacza urządzeń, pojemności urządzenia biurowego wielofunkcyjnego i niewłaściwego wypełnienia załącznika 3A co do oprogramowania serwerowni CZS;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Green Operator, pomimo jej niezgodności z SIWZ polegającej na niewskazaniu w Formularzu oferty oraz Załączniku 3A do SIWZ towarów, których dostawa będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego;
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Green Operator, pomimo że zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na nieprawidłowym określeniu

kwot brutto i netto za realizację przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum Comp zażądało w odwołaniu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, w tym m.in. oferty Green Operator w celu dopełnienia czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o wszystkie podstawy prawne i faktyczne.

Do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez Konsorcjum Comp nie zgłosił przystąpienia wykonawca Green Operator Sp. z o.o.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty zawarte w ww. odwołaniu (uwzględniając uprzednie cofnięcie części zarzutów przez Konsorcjum Comp), co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2426/15 oraz zgodnie z art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp, nałożyło na Zamawiającego obowiązek wykonania czynności, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, tj. w tym przypadku - obowiązkiem odrzucenia oferty wykonawcy Green Operator Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp.

Wobec nieprzystąpienia wykonawcy Green Operator Sp. z o.o. do ww. postępowania odwoławczego wykonawca ten, stosownie do art. 186 ust. 6 Pzp, nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej m.in. wobec czynności wykonanych przez Zamawiającego na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp. W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący utracił zatem prawo do wniesienia odwołania wobec czynności, do wykonania których Zamawiający jest zobowiązany w związku z uwzględnieniem odwołania wniesionego przez Konsorcjum Comp (KIO 2426/15). Tym samym, nawet w przypadku uwzględnienia przez Izbę niniejszego odwołania, Odwołujący nie może uzyskać zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Złożona przez Odwołującego oferta podlega bowiem odrzuceniu niezależnie od wyniku niniejszego postępowania odwoławczego.

Przyjmując zatem, że Odwołujący miał interes w uzyskaniu tego zamówienia, składając ofertę i ubiegając się o zamówienie, to w momencie rozpoznawania niniejszego odwołania wykonawca ten nie ma jakiegokolwiek możliwości poniesienia szkody w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w postępowaniu, poprzez czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, z uwagi na fakt, że niezależnie od rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp.

Jak wskazywał Odwołujący, uzasadniając swoją legitymację do wniesienia odwołania - w przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą w świetle kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu, tj. kryterium ceny oraz skrócenia terminu dostawy i instalacji. Biorąc jednak pod uwagę stan rzeczy ustalony w postępowaniu (na rozprawie), oferta Odwołującego podlega odrzuceniu niezależnie od wyniku tego postępowania i decyzja ta jest niezaskarżalna w trybie środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Zatem, Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia, nawet gdyby potwierdziły się zarzuty zawarte

w odwołaniu. Powyższe przesądza o braku spełnienia się przesłanki dotyczącej możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w niniejszym odwołaniu, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, co skutkuje oddaleniem odwołania.

Niezależnie od powyższego, fakt, że Odwołujący złożył ofertę zawierającą cenę przewyższającą środki, którymi dysponuje Zamawiający na sfinansowanie zamówienia, nie wyłącza legitymacji czynnej wykonawcy do wniesienia odwołania. Zarzut w tym zakresie jest przedwczesny na obecnym etapie postępowania, gdyż oferta Odwołującego nie stanowi na tym etapie oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, a tylko taka oferta może być badana w kontekście przesłanek do unieważnienia postępowania.

Izba stwierdziła, że Konsorcjum Comp skutecznie przystąpiło do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i ust. 3 Pzp.

Izba uwzględniła opozycję zgłoszoną przez Zamawiającego i Przystępującego wobec przystąpienia Konsorcjum Sotronic do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Wykonawca ten cofnął wniesione odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 2410/15 i KIO 2430/15 zmierzające do przywrócenie złożonej przez niego oferty do postępowania, co powoduje, że czynność odrzucenia oferty Konsorcjum Sotronic staje się skuteczna i niezaskarżalna. W tej sytuacji wykonawca całkowicie utracił interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a tym samym rozstrzygnięcie odwołania w niniejszej sprawie nie ma i nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na pozycję Konsorcjum Sotronic w postępowaniu, jako wykonawcy, którego oferta została skutecznie odrzucona.

Niezależnie od stwierdzenia przez Izbę braku legitymacji czynnej Odwołującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym, Izba odniosła się do zarzutów zawartych w odwołaniu. Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, nie podlegały rozpoznaniu nowe zarzuty podniesione w piśmie Odwołującego z dnia 20 listopada 2015 r., złożonym dopiero na rozprawie, tj. po upływie ustawowego terminu na wniesienie odwołania wobec czynności Zamawiającego z dnia 27 października 2015 r. Izba stwierdziła, że zarzuty zawarte w ww. piśmie zostały oparte na całkowicie nowych okolicznościach faktycznych, które nie zostały przywołane w odwołaniu, a tym samym zarzuty te nie zostały zawarte w odwołaniu. Podkreślenia wymaga, że zarzut naruszenia danej normy prawnej musi być oparty na konkretnym stanie faktycznym. W niniejszej sprawie, zarzuty zasygnalizowane ogólnie tylko w odwołaniu, zostały de facto przedstawione (na piśmie) dopiero w dniu rozprawy, co wyklucza możliwość uznania, że zostały one zawarte w odwołaniu, w rozumieniu art. 192 ust. 7 Pzp.

W świetle przepisów ustawy Pzp, podnoszenie nowych zarzutów po upływie terminu do wniesienia odwołania jest niedopuszczalne. Przede wszystkim uniemożliwia to stronie przeciwnej zapoznanie się z treścią zarzutów (ich uzasadnieniem faktycznym), jak i skuteczne odniesienie się do tych zarzutów, co ogranicza w sposób poważny prawa strony do obrony własnych interesów. Zarzuty takie, jako podniesione po upływie ustawowego terminu do wniesienia odwołania, nie podlegają rozpoznaniu.

Zarzut nieuzasadnionego odrzucenia oferty Green Operator Sp. z o.o.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej z ustawą Pzp, tj. z przepisem art. 91 ust. 3a Pzp, nie potwierdził się.

Stan faktyczny w sprawie był bezsporny pomiędzy stronami w zakresie dotyczącym braku złożenia w ofercie Odwołującego oświadczenia, które jest wymagane, zgodnie z art. 91 ust. 3a Pzp oraz które było wymagane w pkt 11 ppkt 4 SIWZ, w wyniku zmiany treści SIWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 15 września 2015 r., w tym zmiany treści załącznika nr 3 do SIWZ, poprzez dodanie treści stosownego oświadczenia w pkt 2 i 3 formularza „Oferta” oraz załącznika nr 3A do SIWZ „Lista oferowanych urządzeń-kalkulacja kosztów”. Odwołujący tym samym nie wypełnił obowiązku informacyjnego, określonego w art. 91 ust. 3a Pzp, w postaci złożenia wymaganego wraz z ofertą oświadczenia na okoliczność, czy wybór oferty prowadzić będzie do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego w zakresie rozliczenia podatku od towarów i usług, zgodnie z ustawą z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych, (Dz. U. z 2015 poz. 605).

W art. 2, ww. ustawa wprowadziła do ustawy Pzp przepis art. 91 ust. 3a w nowym brzmieniu, który w zdaniu drugim nakłada na wykonawcę obowiązek poinformowania 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.

W celu wypełnienia przez wykonawców ww. obowiązku informacyjnego, określonego w art. 91 ust. 3a Pzp Zamawiający przewidział w formularzu oferty wzór oświadczenia oraz tabelę do wypełnienia przez wykonawcę co do nazwy towaru, ilości, ceny jednostkowej, wartości netto i stawki podatku VAT. Ponadto, w formularzu „Lista oferowanych urządzeń-kalkulacja kosztów” (załącznik nr 3A do SIWZ) wymagał, aby w pozycjach dotyczących urządzeń w zakresie których powstaje tzw. odwrócony obowiązek podatkowy” wykonawcy nie doliczali podatku VAT w rubryce „cena kompletu brutto” oraz „wartość urządzeń brutto”.

Odwołujący złożył ofertę, w której nie uwzględnił ww. wymagań. Odwołujący przyznał jednocześnie, że część przewidywanych w jego ofercie dostaw urządzeń będzie spełniała

przesłanki określone w ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów (Dz.U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 z późn. zm., dalej jako „ustawa o VAT”) w brzmieniu nadanym ww. ustawą zmieniającą. Oferta została przygotowana w oparciu o formularze nieuwzględniające zmian treści SIWZ z dnia 15 września 2015 r. W żadnym miejscu oferty Odwołujący nie zawarł informacji wymaganej w art. 91 ust. 3a zd.2 Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści.

Przepis ten ma zastosowanie w sytuacji, gdy treść oferty jest niejednoznaczna, niejasna, zawiera sprzeczności, budzi wątpliwości interpretacyjne w związku z wystąpieniem niezamierzonych błędów lub opuszczeń.

Jak wynika z treści oferty Odwołującego, w żadnym miejscu oferty nie została zawarta jakakolwiek informacja w zakresie obowiązku podatkowego dotyczącego mechanizmu odwróconego VAT, o której mowa w art. 91 ust. 3a Pzp. Nie powstały zatem żadne wątpliwości co do treści oferty w omawianym zakresie. Jednoznaczny jest fakt, że Odwołujący wymaganej informacji nie złożył. W tej sytuacji Zamawiający nie miał obowiązku ani uprawnienia, aby samodzielnie ustalić, jaka kwota VAT z podanej przez Odwołującego w ofercie ceny oraz w odniesieniu do jakich urzędzeń, podlega rozliczeniu przez Zamawiającego, co podnosił w odwołaniu Odwołujący. Zamawiający nie miał podstaw do uzupełnienia za wykonawcę brakującego oświadczenia i wypełnienia za wykonawcę szczegółowej tabeli, w zakresie nazw towarów, cen jednostkowych itp. których dostawa będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego. Oświadczenie w powyższym zakresie jest zobowiązany złożyć wykonawca, uwzględniając wymagania przepisów ustawy o podatku od towarów i usług.

Izba nie podzieliła w żadnym stopniu twierdzeń Odwołującego, iż brak podania przez wykonawcę w ofercie informacji w zakresie powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, gdy obowiązek taki faktycznie istnieje, to fakt ten przesądza o treści oferty. Izba stoi na stanowisku, że brak złożenia oświadczenia (informacji) nie stanowi żadnego oświadczenia, a zatem nie stanowi także w danym zakresie treści oferty.

W świetle zatem jednoznacznej treści oferty złożonej przez Odwołującego, nie wystąpiły wątpliwości, które zobowiązywałyby Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Podkreślić należy, że zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnego wywodzenia z treści oferty hipotetycznych informacji, które nie zostały w żaden sposób wyrażone przez wykonawcę w ofercie. Przeciwnie działanie zamawiającego stanowiłoby poważne naruszenie obowiązku zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższy brak wymaganej informacji w ofercie Odwołującego nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, jako oczywista omyłka pisarska. Nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że „w formularzu oferty zostało pozostawione miejsce na złożenie właściwego oświadczenia (przez skreślenie nieprawidłowej opcji), a z pozostałej części oferty jasno wynika, jak powinna zostać uzupełniona ta informacja”, gdyż w złożonym formularzu oferty nie ma w ogóle wzmianki o oświadczeniu, wymaganym zgodnie z art. 91 ust. 3a Pzp ani niewypełnionego miejsca w tym zakresie, a w formularzu kalkulacji kosztów, Odwołujący we wszystkich pozycjach doliczył podatek VAT, mimo jednoznacznego wymagania zawartego w opisie tego formularza. Oferta zawiera zatem istotny błąd, którego poprawienie wymagałoby uzupełnienia przez Odwołującego wymaganych oświadczeń, których brak w ofercie jest oczywisty. Braki powyższe nie mogą być „sprostowane” w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, wobec złożonego charakteru i znacznego zakresu brakujących informacji, których nie mógł Zamawiający samodzielnie wywieść z treści złożonej oferty.

Niezasadny jest także zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w treści oferty omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Przepis ten ma zastosowanie wyłącznie do omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, natomiast w niniejszej sprawie mamy do czynienia z brakiem złożenia wraz z ofertą informacji w zakresie powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego, wymaganej przepisem ustawy, tj. art. 91 ust. 3a Pzp. Jest to niezgodność z ustawą, a nie tylko niezgodność z warunkami SIWZ. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, stosownie do jego literalnego brzmienia, nie ma zastosowania do błędów czy też omyłek, polegających na niezgodności oferty z przepisami ustawy Pzp.

Zarzut niewykazania przez Konsorcjum Comp spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W pkt 4 SIWZ Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz w pkt 14 ppkt lb SIWZ, na potwierdzenie ich spełnienia, wymagał złożenia wykazu wykonanych/wykonywanych dostaw z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz, których dostawy zostały wykonane oraz załączenia dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ, w formie poświadczenia lub oświadczenia wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

Konsorcjum Comp załączyło do oferty Wykaz głównych dostaw wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat, w którym wykazało dostawy realizowane na rzecz podmiotów, określając

datę realizacji zamówienia oraz jego przedmiot i wartość, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, załączając dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wskazanych dostaw, tj. referencje z dnia 12 czerwca 2015 r. oraz z dnia 20 listopada 2014 r. (stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa).

W zakresie poz. 2 Wykazu przedłożony dokument identyfikuje termin, wykonawcę i odbiorcę dostawy oraz wartość, która została podana w referencji bez podatku VAT.

Referencja złożona w zakresie dostawy wskazanej w poz. 1 wykazu zawiera informacje, które także w wystarczający sposób identyfikują wykonaną dostawę, zawiera nagłówek potwierdzający nazwę wystawcy referencji, tj. Małopolską Sieć Szerokopasmową Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Izba zważyła, że referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu, a jedynie - potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Poświadczenie należytego wykonania dostaw, jako dokument potwierdzający należyłą realizację konkretnych dostaw, powinno zawierać treść pozwalającą na identyfikację wykonanego zamówienia. Przedłożone przez Konsorcjum Comp poświadczenia spełniają powyższe wymogi. Nie zawierają one żadnych treści sprzecznych z treścią złożonego wykazu. Izba zważyła również, że Odwołujący nie podnosił żadnych okoliczności wskazujących, że informacje o dostawach przedstawione w wykazie są nie prawdziwe i nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek dowodów.

Wobec powyższego, nie budzi żadnych wątpliwości fakt, że Konsorcjum Comp złożyło wymagane przez Zamawiającego dokumenty potwierdzające, że dostawy wskazane w wykazie zostały wykonane należyście. Tym samym Konsorcjum Comp wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, zgodnie z wymogami SIWZ.

Zarzut niezgodności z wymaganiami SIWZ - błędne wypełnienie załącznika 3B do oferty Konsorcjum Comp (poz. 41-44).

Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum Comp nie złożyło dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane urządzenia wymagań Zamawiającego w poz. 41 - 44 załącznika nr 3B do SIWZ, gdyż oferta powinna zawierać karty katalogowe oraz inne rodzaje dokumentów, których nie można zastąpić oświadczeniem wykonawcy.

Konsorcjum Comp w tabeli określającej warunki szczegółowe OPZ w poz. 41 - 44 załącznika nr 3B do SIWZ, podało w kolumnie „Rodzaj załączonego dokumentu, złożonego na potwierdzenie parametru [...]” „zapewnienie przez oferowaną konfigurację sprzętową ZXONE 800” oraz w kolumnie „Miejsce w załączonym dokumencie wskazujące dany parametr [...]” „wynika z architektury systemu i asortymentu kart interfejsów”.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że wymagania zawarte

w ww. pozycjach dotyczą sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, który jest zapewniony przez odpowiedni dobór rozwiązania zaoferowany przez wykonawcę, w tym za pomocą odpowiednich urządzeń. Dokumentacja techniczna potwierdza parametry sprzętu, natomiast realizacja wymagań zawartych w ww. pozycjach zależy od sposobu skompletowania sprzętu tj. tzw. „konfiguracji sprzętowej”. Jak wyjaśnił Zamawiający, oczekiwał on w tym miejscu potwierdzenia, że dostarczone urządzenia będą wyposażone zgodnie z wymaganiami, co zostało potwierdzone przez wykonawcę na wymaganym w załączniku nr 3B stopniu szczegółowości. Jak wynika z treści Załącznika nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, (str. 15) Zamawiający wymagał wyszczególnienia modułów/kart, które zostaną zainstalowane w danym węźle dopiero na etapie realizacji umowy w ramach „Ogólnego Projektu Technicznego”. W dokumentacji technicznej załączonej przez Konsorcjum Comp do oferty zawiera się potwierdzenie spełnienia wymagań zawartych w pozycjach 41-44 odpowiednio na stronach 95, 96 oferty, na stronach 85 i 87 oferty oraz na stronie 152 oferty. Zamawiający potwierdził, że wskazane przez Konsorcjum Comp w załączniku nr 3A do SIWZ modele urządzeń pozwalają na skompletowanie konfiguracji sprzętowej odpowiadającej wymaganiom zawartym w Opisie przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Odwołujący nie przeprowadził dowodów przeciwnych, wobec czego należało uznać, że nawet jeśli we wskazanych pozycjach Konsorcjum Comp nie przedstawiło informacji literalnie odpowiadających opisowi sposobu wypełnienia tych kolumn tabeli, to ma to jedynie znaczenie formalne i nie ma istotnego znaczenia dla oceny zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia (treści oferty) z wymaganiami SIWZ, wobec zapewnienia, wynikającego z treści oferty oraz dokumentów załączonych do oferty potwierdzających spełnienia parametrów przez oferowane urządzenia.

Pozostałe zarzuty, dotyczące niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w odniesieniu do urządzeń zaoferowanych przez Konsorcjum firm Comp zostały podniesione blankietowo, na znacznym poziomie ogólności, który uniemożliwił Zamawiającemu i Przystępującemu merytoryczne odniesienie się co do ewentualnej ich niezgodności z wymaganiami SIWZ.

Reasumując powyższe, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców i dokonanie wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Comp jako najkorzystniejszej, z uwagi na niepotwierdzenie się zarzutów zaniechania wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oferty tego wykonawcy.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 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).

Przewodniczący: