Sygn. akt: KIO 1933/17

WYROK
z dnia 2 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie: Andrzej Niwicki
Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2017 r. przez **Wykonawcę – LOGON Spółka Akcyjna** z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Piotrowskiego 7a (85-098 Bydgoszcz) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Komendę Główną Policji** w Warszawie, ul. Puławska 148/150 (02-624 Warszawa)
przy udziale

Wykonawcy **Enigma Systemy Ochrony Informacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Jutrzenki 116 (02-230 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego
Wykonawcy **Asseco Data Systems Spółka Akcyjna** z siedzibą w Gdyni przy ul. Podolskiej 21 (81-321 Gdynia) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę – LOGON S.A. z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Piotrowskiego 7a (85-098 Bydgoszcz) i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę LOGON S.A. z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……

Sygn. Akt: KIO 1933/17

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Komendę Główną Policji w Warszawie na *dostawę urządzeń pełniących rolę Mobilnych Terminali Noszonych* (nr ref.: 94/BŁiI/17/AK/PMP), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.05.2017r., 2017/S 092-181459, wobec czynności badania i oceny złożonych ofert, w tym oferty wybranej Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., a także ofert Asseco Data System S.A., Mega Sonic S.A., Wykonawca Logon S.A. z/s w Bydgoszczy wniósł w dniu 15 września 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1933/17).
Informację o wynikach oceny oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający przekazał Odwołującemu faksem w dniu 6 września 2017 r.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. wadliwe dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty – Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. pomimo, że nie jest najkorzystniejszą w świetle art. 91 ust. 1 Ustawy

Pzp;
2. zaniechanie wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 91 ust 3a Ustawy Pzp wykonawcy Enigma systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. oraz wykonawcy Asseco Data System S.A., którzy wprowadzili zamawiającego w błąd co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu;
3. zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., Asseco Data System S.A., Mega Sonic S.A., którzy nie wykazali spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz zaniechanie wezwania do uzupełnienia ofert na podstawie art. 22 ust. 1b pkt 3, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126);
4. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. oraz Asseco Data System S.A., Mega Sonic S.A. z uwagi na złożenie ofert przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp;
5. zaniechanie odrzucenia oferty Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. oraz Asseco Data System S.A., Mega Sonic S.A. z uwagi na błędy w obliczeniu ceny, niezgodność z ustawą oraz niezgodność z siwz – art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 Ustawy Pzp;

6. zaniechanie wszczęcia procedury określonej w art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp celem wyjaśnienia w ofertach wykonawców Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., Asseco Data System S.A., Mega Sonic S.A. wysokości istotnych części składowych zaoferowanych urządzeń, sposobu kalkulacji ceny, w szczególności w zakresie rozszerzonej gwarancji na urządzenia;
7. naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji określonych w art. 7 Pzp poprzez dokonanie oceny ofert w sposób, który dyskryminuje Odwołującego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 05.09.2017 r. w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, odrzucenie ofert Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., Asseco Data System S.A, Mega Sonic S.A. i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia (zdolności zawodowej) – rozdział VI.1.2 siwz.

W ocenie Odwołującego przedłożone przez wykonawcę Mega Sonic S.A. dokumenty nie potwierdzają, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu. Złożona obok oświadczenia własnego o należytym wykonaniu faktura z dnia 18.05.2016 r. Nr M/AMA/2016/05/001 wystawiona przez Orange Polska S.A. jest niewystarczająca, gdyż dokument ten potwierdza tylko fakt wykonania dostawy natomiast nie daje informacji, czy dostawa została wykonana należycie, tj. w umówionym terminie. Ponadto, Odwołujący podważał możliwość zastąpienia dokumentu oświadczeniem własnym w sytuacji, gdy podmiot Orange Polska S.A. istnieje na rynku i nie ma obiektywnych przeszkód do wystawienia referencji. Respektowanie oświadczeń własnych wykonawcy bez zbadania okoliczności związanych z brakiem przedłożenia referencji prowadzi do nadużyć w przypadku poświadczenia przez wykonawcę należytego wykonania dostawy/usługi, gdy nie zostały one rzeczywiście należycie wykonane. Ponadto, z przedłożonego wykazu dostaw oraz przedłożonych referencji /poświadczeń nie wynika, aby dostawy obejmowały dostawę urządzeń wyposażonych w interfejs komunikacyjny GSM.

Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, a w przypadku braku uzupełnienia oferty podlegałaby ona odrzuceniu, jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Odwołujący zakwestionował doświadczenie, jakim wykazał się Wykonawca Asseco Data System S.A., który w całości legitymował się doświadczeniem podmiotów trzecich (Asseco Poland S.A. i EPiC Mobile Sp. z o.o. sp.k.), które było niewystarczające. Ponadto wskazał na brak referencji poświadczających należyte wykonania dostaw. Wobec nie wykazania wymaganych 3 dostaw mobilnych urządzeń wyposażonych w interfejs komunikacyjny GSM o

łącznej wartości minimum 4 000 000 PLN Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie.
Wykonawca Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. wykazał się tylko jedną dostawą mobilnych urządzeń wyposażonych w interfejs komunikacyjny GSM w ramach projektu na dostawę urządzeń pełniących rolę mobilnych terminali noszowych w okresie od 26.08.16-9.11.16 na rzecz Komendy Głównej Policji w Warszawie w kwocie 9 550 950,00 zł. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie.
Złożenie oświadczenia wprowadzającego w błąd Zamawiającego, błąd w obliczeniu ceny, niezgodność z ustawą oraz niezgodność z siwz.
W związku z obowiązującą od lipca 2015 r. ustawą z dnia 09.04.2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy prawo zamówień publicznych, która wprowadziła mechanizm, tzw. odwróconego obciążenia podatkiem VAT (nabywcy/podatnika – tu zamawiającego), obowiązek ten dotyczyć ma tabletów, stanowiących przedmiot dostawy. Zasada ta nie została uwzględniona w ofertach Enigma oraz Asseco, w których zawarta jest nieprawdziwa informacja o tym, iż wybór tych ofert nie będzie prowadził do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego, nie zamieszczono również ceny netto tabletów. Zgodnie z obowiązującymi przepisami sprzedaż tabletu/komputera przenośnego podlega odwróconemu obciążeniu. Zamawiający oceniając oferty powinien doliczyć do ceny netto należny podatek VAT, a w zaistniałej sytuacji (braku ceny netto) nie może przeprowadzić oceny ofert oraz wypełnić ustawowego obowiązku rozliczenia i odprowadzenia podatku do Urzędu Skarbowego. Zamawiający nie może również poprawić ofert i ustalić wartości podatku VAT dla tabletów, gdyż zostały wycenione jako komplet zgodnie z formularzem ofertowym. Bez ceny netto nie będzie możliwe zrealizowanie umowy, w której zamawiający rozróżniał wynagrodzenie netto objęte „odwrotnym obciążeniem" oraz wynagrodzenie netto wraz z należnym podatkiem VAT. Tym samym Zamawiający nie otrzyma prawidłowej faktury z zaznaczeniem „odwrócone obciążenie".
W wyniku tych nieprawidłowości Zamawiający zapłaci wykonawcom kwotę wyższą o 23% wynagrodzenia za tablet, która niesłusznie została wliczona w poczet ceny. Wykonawca nie będzie miał obowiązku odprowadzenia podatku VAT, a kwota ta stanowić będzie nieuzasadniony zysk.
Zarzut braku wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.
Odwołujący uznał, iż wobec ofert trzech wykonawców: Enigma, Asseco oraz Mega Sonic, zachodziła podstawa do wezwania o wyjaśnienie elementu oferty mającego wpływ na wysokość cen, tj. wydłużonej na okres 5 lat gwarancji na akumulatory wraz z wydłużeniem

gwarancji na urządzenie, którym jest MTN mobilny terminal noszony – przenośny komputer wyposażony m.in. we wbudowany ekran oraz wysokowydajny akumulator, moduł GSM, GPS. Zgodnie z wymaganiami W 71 i W74 Zamawiający wymagał minimum 3 letniej gwarancji na urządzenie i minimum rocznej gwarancji na akumulator. Zamawiający w pkt W72 i W73 dopuścił możliwość rozszerzenia gwarancji na urządzenie do 4 lub 5 lat. Ponieważ Zamawiający nie przewidział osobnej pozycji na przedłużenie gwarancji akumulatora/baterii należało uznać, iż rozszerzenie gwarancji dotyczyło całości urządzenia zgodnie z jego definicją. Powyższe wiązać powinno się z uwzględnieniem w wycenie urządzenia wszystkich kosztów realizacji obowiązków gwarancyjnych, w szczególności zapewnienia sprawności i jakości urządzenia wraz z wbudowanym wysokowydajnym akumulatorem przez okres 5 lat. Zapewnienie funkcjonalności tabletu w tym wysokowydajnego akumulatora wiąże się z bardzo dużymi kosztami, które Odwołujący wyliczył dla całości zamówienia na poziomie 8.914.760,00 zł netto (10.965.154,80 zł. brutto. Nie sposób jest zatem uznać, że oferty Enigma, Asseco, Mega Sonic uwzględniały rzeczywisty koszt rozszerzonej gwarancji na tablety przenośne, których poprawne działanie zależy głównie od sprawnego i wysokowydajnego akumulatora/baterii. Ten element ofert wskazuje zatem na brak skalkulowania w sposób należyty ceny ofert, gdyż za podane ceny nie jest możliwe zrealizowanie tak kosztownego obowiązku gwarancyjnego. Zamawiający winien więc zwrócić się do wykonawców o wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny, w szczególności podania, czy obejmuje ona rzeczywiste koszty rozszerzenia gwarancji na urządzenia wraz z wysokowydajnym akumulatorem, którego Zamawiający wymagał.
Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego Wykonawcy: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. oraz Asseco Data Systems S.A.

Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wybranego Wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., w pozostałym zakresie podtrzymał odwołanie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą".

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody

w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. Odwołujący, jako Wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, który złożył ofertę uznaną za zgodną z siwz, w momencie wnoszenia odwołania, miał interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego związanych z oceną ofert konkurencyjnych, w tym wybranej. Wzruszenie wyniku postępowania, w świetle podniesionych zarzutów, mogłoby doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe dla merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym złożonych ofert, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie i złożonych dowodów, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

W związku z wycofaniem zarzutu dotyczącego doświadczenia Wykonawca Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (dalej jako Enigma), Izba odniosła się do pozostałych, podtrzymanych zarzutów, które związane były z oceną spełnienia warunku udziału w postępowaniu określającego doświadczenie wymagane do sprawdzenia przygotowania zawodowego dwóch innych wykonawców, zgodnością ofert z siwz w części dotyczącej obowiązku złożenia oświadczenia co do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego (odwrócony VAT) oraz wysokością cen kwestionowanych ofert.

Przedmiot zamówienia stanowi dostawa urządzeń pełniących rolę Mobilnych Terminali Noszonych, szczegółowo opisanych w załączniku nr 2 do siwz, w którym Zamawiający określił ilości dostarczanych zestawów MTN, w skład których wchodzić ma kompletne urządzenie, tj. MTN (przenośny komputer wyposażony m.in. we wbudowany ekran, wysokowydajny akumulator, moduły GSM, GPS, umożliwiający dostęp do policyjnych systemów informatycznych) zgodnie ze specyfikacją, 2 akumulatory, zestaw rysików, ładowarka samochodowa. Szczegółowy opis techniczny przedmiotu zamówienia zawiera tabela wymagań opisanych w pozycjach od W1 do W95 (dla urządzenia), wraz z opisem parametru i jego znaczenia określonego, jako wymagany/pożądany. Część z tych wymagań stanowiła przedmiot oceny ofert w kryterium K3 – *Wymagania pożądane* o wadze 20% (wykonawca mógł otrzymać max. 20 pkt). Zamawiający przyznawał punkty za spełnienie każdej dodatkowej funkcjonalności określonej w tabeli – rozdział XIV.4 siwz na podstawie oświadczenia wykonawcy złożonego w formularzu oferty o spełnieniu poszczególnych wymagań dodatkowych. Przedmiotem oceny miały być wymagania opisane kodem W6, W24, W27, W37, W38, W40, W41, W45, W46, W50, W54, W59, W92. Drugie kryterium pozacenowe stanowiła *rozszerzona gwarancja dla urządzeń, stacji dokujących i ładowarek,* której Zamawiający również przyznał wagę 20% (K2). W tym kryterium możliwe było uzyskanie „0" pkt za 3 lata, 8 pkt za 4 lata i 20 pkt za 5 lat okresu gwarancji. Podstawą oceny

było oświadczenie wykonawcy złożone w formularzu oferty. W rozdziale XIV.3 siwz wskazane zostało m.in., iż *w przypadku, gdyż Wykonawca w formularzu ofertowym nie wpisze oferowanego okresu gwarancji Zamawiający uzna, że oferuje okres minimalny, wymagany tj. 3 lata.* W pkt 4 formularza ofertowego należało wskazać okres gwarancji na urządzenia MTN, stacje dokujące, ładowarki w wymiarze ilości lat, z tym że okres 3 lat był minimalnym, wymaganym przez Zamawiającego w opisie parametru W71. Parametry W72 i W73 dotyczyły odpowiednio pożądanego okresu gwarancji na urządzenia, stacje dokujące,

ładowarki – 4 lub 5 lat. Natomiast w opisie wymagania W 74 Zamawiający określił wymagany okres gwarancji na akumulatory – minimum 1 rok (załącznik nr 2 do siwz). Wypełniony przez wykonawców załącznik nr 5 do siwz – szczegółowy techniczny opis oferowanego urządzenia, stanowił załącznik do oferty i zawierał deklarację o posiadaniu lub nie wymaganych/pożądanych parametrów.
Zamawiający w pkt VI.1.2 siwz określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznych i zawodowych wymagając od wykonawców posiadania doświadczenia w należytym wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, maksymalnie trzech dostaw mobilnych urządzeń wyposażonych w interfejs komunikacyjny GSM o łącznej wartości minimum 4.000.000 PLN brutto (zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 26 z dnia 9.06.2017 r.). Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, iż po modyfikacji siwz i ogłoszenia wynikającej z odpowiedzi na pytanie, warunek udziału w postępowaniu należało rozumieć w ten sposób, iż wykazanie się dostawą na kwotę 4 mln zł. mogło nastąpić maksymalnie trzema dostawami, a zatem jedna dostawa o wartości wymaganej również potwierdzała zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zgodnie z rozdziałem VII siwz w ofertach wykonawcy mieli złożyć wstępne oświadczenie potwierdzające, że nie podlegają wykluczeniu z postępowania i spełniają warunki udziału w postępowaniu wypełniając formularz JEDZ. Wykonawca, którego ofertę Zamawiający oceni najwyżej, wezwany miał być do złożenia dokumentów wymienionych w rozdziale VII.5 siwz, w tym m.in. wykazu zrealizowanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (pkt 5.1.2). Zamawiający nie przewidział w postępowaniu stosowania procedury odwróconej.
W ofercie Mega Sonic S.A (dalej jako Mega Sonic) Wykonawca złożył wypełniony formularz JEDZ, w którym w części IV lit. C.1b zamieścił opis trzech dostaw komputerów mobilnych klasy tablet, mających potwierdzać doświadczenie wystarczające do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Pozycja pierwsza wykazu dotyczy dostawy z 2015 r. komputerów mobilnych klasy tablet wraz z systemem MDM na kwotę 5.535.000,00 dla Kolei Mazowieckich Sp. z o.o.

W ofercie Asseco złożony został wypełniony formularz JEDZ, w którym w części IV lit. C.1b zamieszczony został opis dwóch dostaw mobilnych urządzeń wyposażonych w interfejs komunikacyjny GSM na kwoty 1.475.852,40 zł. dla MOK Łódź Sp. z o.o. (poz. 1) oraz 3.000.000,00 zł brutto dla SKK S.A. (poz. 2).
W JEDZ Wykonawca Enigma wskazał jedną dostawę mobilnych urządzeń wyposażonych w interfejs komunikacyjny GSM w ramach projektu na dostawę urządzeń pełniących rolę Mobilnych Terminali Noszonych z 2016 r. o wartości 9.550.950,00 zł. brutto zrealizowaną dla Komendy Głównej Policji. Zamawiający pismem z dnia 24 sierpnia 2017 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy tego Wykonawcę do złożenia wymaganych w siwz dokumentów, m.in. wykazu dostaw wraz z dowodami określającymi, że dostawy wykonane zostały lub są wykonywane należycie. Enigma pismem z dnia 28.08.2017 r. przedłożył dokumenty, w tym wykaz dostaw obejmujący jedną pozycję opisaną w JEDZ.
Zamawiający w formularzu oferty wymagał złożenia oświadczenia o powstaniu lub nie obowiązku podatkowego po jego stronie, a także złożenia wypełnionego załącznika nr 5 do siwz – *szczegółowy techniczny opis oferowanego urządzenia.* Dla W74 wykonawcy w tabeli deklarowali gwarancję na akumulator minimum 1 rok opisem „posiada” (str. 62 oferty Mega Sonic, str. 36 oferty Enigma, str. 90 oferty Asseco), a dla W73 – gwarancję na urządzenie, stacje dokujące, ładowarki 5 lat (str. 62 oferty Mega Sonic, str. 36 oferty Enigma, str. 90 oferty Asseco). Dodatkowo w formularzu oferty w pkt 4 wskazali na wydłużony okres gwarancji do 5 lat na urządzenie, stacje dokujące, ładowarki.
Odwołujący w swojej ofercie poinformował o tym, że dostawa urządzenia – tabletu Panasonic Toughpad FZ-E1 wraz z handstrap i 5 letnią gwarancją na tablet oraz 1 roczną na akumulator wbudowany prowadzić będzie do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego i podał wartość dostawy 3550 szt. Bez VAT (pkt 3 formularza oferty).
Wykonawcy Enigma, Asseco oświadczyli, iż wybór oferty nie będzie prowadził do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego i w pkt 3 formularzy ofertowych wskazali cenę całkowitą oferty brutto wraz z ceną brutto 1 kompletu składającego się z 4 zestawów MTN wraz z ładowarką nabiurkową oraz ceną brutto 1 kompletu składającego się z 1 zestawu MTN wraz z ładowarką nabiurkową pojedynczą. Zamawiający pismem z dnia

3.08.2017 r. wystąpił do Asseco na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy o poprawienie oraz uzupełnienie oświadczeń i dokumentów, m.in. w zakresie dotyczącym niedopełnienia obowiązku informacyjnego ciążącego na Wykonawcy, a wynikającego z dyspozycji art. 91 ust. 3a Ustawy oraz treści rozdziału XIII ust. 4 siwz.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert wystąpił w dniu 12.07.2017 r. do wykonawców o złożenie wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i takie wyjaśnienia otrzymał.
Zamawiający dokonał wyboru oferty Enigma, która uzyskała najwyższą ilość punktów w kryteriach oceny ofert, w tym maksymalną ilość punktów w kryterium

rozszerzona gwarancja

oraz za *wymagania pożądane* (W6, W24, W27, W37, W38, W40, W41, W45, W46, W50, W54, W59, W92). W kryterium *cena* ofertę korzystniejszą złożył Wykonawca Asseco.
Uwzględniając powyższe Izba zważyła.
Odwołanie podlega oddaleniu w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.
Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy wykonawców Mega Sonic oraz Asseco, rozstrzygnięcie Izby było wyznaczone zakresem zarzutu i jego podstawą faktyczną oraz treścią warunku udziału w postępowaniu wraz z ustalonymi zasadami oceny spełnienia warunku związanego z doświadczeniem wykonawców (zdolnościami technicznymi i zawodowymi).
Na wstępie koniecznym było odniesienie się do badania spełnienia warunku związanego z doświadczeniem kwestionowanym w odniesieniu do Wykonawców, którzy nie byli wzywani do złożenia dokumentów na potwierdzenie oświadczenia wstępnego złożonego w JEDZ (ofercie). Zamawiający zweryfikował wyłącznie deklarację wstępną Wykonawcy Enigma, którego ofertę ocenił najwyżej i na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy wezwał do złożenia dokumentów i je ocenił. Wobec pozostałych wykonawców Zamawiający nie kierował wezwań do złożenia dokumentów mających potwierdzać oświadczenia złożone w JEDZ o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 1 Ustawy Zamawiający wzywa do złożenia dokumentów tylko wykonawcę, którego ofertę najwyżej ocenił, a wobec pozostałych wykonawców badanie ogranicza do oceny wstępnych oświadczeń złożonych w JEDZ.
Powyższe pozostaje aktualne niezależnie od tego, czy w postępowaniu Zamawiający przewidziałby procedurę odwróconą, która określona została w art. 24aa Ustawy. Polega ona na tym, że zamawiający nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców złożonych w JEDZ, dokonuje oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia (art. 89 Ustawy) oraz ustalonych kryteriów oceny, po czym w odniesieniu do wykonawcy, którego ofertę która uzyskała najwyższą ocenę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, dokonuje weryfikacji podmiotowej. Zastosowanie art. 26 ust. 1 Ustawy przewidującego skierowanie wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie zostało powiązane z procedurą odwróconą oceny ofert. Już tylko w świetle tych zasad oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu stawianie zarzutu zaniechania wezwania do

uzupełnienia dokumentów (referencji) Wykonawców Mega Sonic oraz Asseco, czy też idącego dalej zarzutu zaniechania wykluczenia tych Wykonawców z postępowania, nie mogło być skuteczne. Zamawiający nie ma obecnie obowiązku wzywania wszystkich wykonawców do złożenia dokumentów, a takie wezwanie kieruje wyłącznie do wykonawcy, którego ofertę oceni najwyżej w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert.

Dokumenty te nie

są też składane w ofercie i dopiero na wezwanie zamawiającego wykonawca najwyżej oceniony składa aktualne na dzień złożenia oświadczenia lub dokumenty. Skoro zatem Odwołujący wycofał się z zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania Wykonawcy Enigma, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, zarzuty dotyczące oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu kierowane wobec Wykonawców, co do których nie powstał obowiązek wzywania do złożenia dokumentów, nie mogły być uznane za zasadne. Przede wszystkim należy zauważyć, że dopiero przeprowadzenie wszystkich

czynności związanych z oceną spełnienia warunku udziału w postępowaniu pozwalałoby na stwierdzenie, jaki powinien być finalny wynik tej oceny w stosunku do wykonawców sklasyfikowanych na dalszych pozycjach. W momencie rozstrzygania o zarzutach kierowanych wobec doświadczenia Wykonawców Asseco i Mega Sonic, Izba mogła odnieść się wyłącznie do oświadczeń złożonych w JEDZ, które Zamawiający ocenił, jako potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W odniesieniu do żadnego z tych oświadczeń Odwołujący nie formułował zarzutu braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wskazując wyłącznie na brak dokumentów potwierdzających wymaganą zdolność zawodową. Ewentualne wątpliwości jakie zgłaszał dotyczyły braku precyzyjnego wskazania w opisie usług na wszystkie elementy składające się na warunek udziału w postępowaniu, jednak bez wskazywania dowodów, które prowadziłyby do stwierdzenia, że oświadczenia wstępne tych Wykonawców nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto, należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy wykluczyć z postępowania można wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia. Skoro obaj Wykonawcy składali wyłącznie oświadczenia wstępne, dla stwierdzenia podstaw wykluczenia z postępowania konieczne było podważenie ich aktualności na moment zakończenia czynności w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 5 pkt 12 Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli nastąpi zmiana sytuacji ocenionej wstępnie na podstawie oświadczeń złożonych w JEDZ. Skoro Odwołujący nie wykazał okoliczności, które wpływałyby na ocenę oświadczeń złożonych w JEDZ, odwołanie w tym zakresie nie mogło odnieść oczekiwanego skutku w postaci nakazania wykluczenia z postępowania Wykonawców Asseco i Mega Sonic.

Odnośnie wspólnej podstawy faktycznej i prawnej zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 91 ust 3a Ustawy Pzp wykonawców: Enigma oraz Asseco, którzy mieli wprowadzić Zamawiającego w błąd co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu, zarzut ten dotyczy oświadczenia o zastosowaniu odwróconego obciążenia podatkiem VAT. Odwołujący
wskazywał na treść ofert obu Wykonawców, w których nie została złożona deklaracja o zastosowaniu odwróconego podatku VAT wobec dostawy tabletów, stanowiących przedmiot zamówienia. Brak uwzględnienia zasady odwróconego podatku VAT stanowi jednocześnie podstawę zarzutu o błędzie w obliczeniu ceny orz niezgodności ofert z siwz.
Izba uwzględniła dowody przedłożone na rozprawie, tj. interpretację indywidualną Ministra Finansów Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 29.07.2016 r., sygn. IPPP3/4512-479/16-2/ISK, wydaną na wniosek Wykonawcy Enigma w zakresie zastosowania mechanizmu odwrotnego obciążenia dla dostawy przenośnych komputerów podręcznych BLUEBIRD EF500/EF500R wykorzystujących technologię ekranu dotykowego (FullTouch), przeznaczonych do wykorzystania, jako terminale mobilne do zbierania danych poprzez ręczne ich wpisywanie za pomocą dotykowej klawiatury lub skanowania i przesyłania lub wymiany danych za pomocą łączy bezprzewodowych z innymi jednostkami organizacyjnymi podmiotu korzystającego z tych urządzeń. Urządzenia te klasyfikowane są do grupowania PKWiU o symbolu 26.20.11.0 – „Przenośne maszyny do automatycznego przetwarzania danych o masie <= 10 kg, takie jak" laptopy i notebooki, komputery kieszonkowe (np. notesy komputerowe) i podobne". We wniosku o wydanie interpretacji zadane pytanie sprowadzało się do ustalenia, czy zakwalifikowane do grupowania urządzenia objęte wnioskiem mieszczą się jednocześnie w zawężonej grupie towarów objętych poz. 28a załącznika nr 11 do ustawy o VAT, tj. tablety, notebooki, laptopy. W przypadku tych towarów podatnikiem podatku VAT staje się nabywca towaru (zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 7 ustawy o VAT). Organ podatkowy wskazał, iż towary wymienione w poz. 28a-28c załącznika nr 11 zawierają dodatkowe oznaczenie „ex", co oznacza że zgodnie z art. 2 pkt 30 ustawy, zakres wyrobów lub usług znajdujących się w tych pozycjach jest węższy niż określony w danym grupowaniu PKWiU. We wnioskach końcowych interpretacji wskazano, że *urządzenie BLUEBIRD EF500/EF500R, którego przeznaczeniem jest wykorzystanie jako terminal mobilny, będący przedmiotem niniejszej analizy nie podlega procedurze „odwrotnego obciążenia" lecz opodatkowaniu na zasadach ogólnych.*
Również Asseco w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu w piśmie z dnia 08.08.2017 r.

odniosło się do obowiązku podatkowego dla zaoferowanych urządzeń, jako towarów, które nie są objęte poz. 28a załącznika nr 11 do ustawy o VAT z uwagi na przynależność do specjalistycznej podgrupy komputerów mobilnych – tzw. przemysłowych „handheld'ów",

przemysłowych tabletów oraz notebooków. Swoje stanowisko opierał również na indywidualnych interpretacjach podatkowych Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 6.04.2016 r. (ITPP3/4512-127/16/BJ) oraz Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 5.11.2015 r. (IPPP3/4512-758/15-2/RM).
Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, aby dostawa oferowanych przez Wykonawców Enigma oraz Asseco urządzeń mobilnych wiązała się z odwróconym obowiązkiem podatkowym, co należało wskazać w formularzu oferty. Dowodem tym nie było to, że dwaj inni Wykonawcy (w tym Odwołujący) uznali, że taki obowiązek powstanie. W ocenie Izby przedłożony na rozprawie przez Zamawiającego dowód – indywidualna interpretacja podatkowa, potwierdzał stanowisko przeciwne do tego, jakie prezentował Odwołujący. Ponadto, wnioski jakie wywodził Odwołujący na rozprawie wobec stanowiska organu podatkowej były sprzeczne z treścią dokumentu urzędowego. Dotyczy to zarówno stwierdzenia, jakoby stanowiące przedmiot wydanej interpretacji indywidualnej urządzenie nie było tym, jakie zaoferował Wykonawca Enigma, jak również twierdzenia, iż zaoferowane urządzenie nie stanowi komputera przenośnego. Przede wszystkim opis produktu występującego w obrocie pod nazwą własną BLUEBIRD EF500/EF500R rozwiewała jakiekolwiek wątpliwości, co do tożsamości przedmiotu, którego dotyczy interpretacja oraz przedmiotu oferty. Ponadto, w treści dokumentu potwierdzono, że produkt stanowiący przedmiot opinii stanowi komputer przenośny posiadający funkcjonalności opisane we wniosku, co do których Odwołujący nie kwestionował ich zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Stąd, wnioski przeciwne do tych jakie wynikają z dokumentu, tj. braku powstania odwróconego obowiązku podatkowego w związku z dostawą urządzenie BLUEBIRD EF500/EF500R, którego przeznaczeniem jest wykorzystanie jako terminal mobilny, Izba oddaliła jako gołosłowne.
Ostatnim z elementów stanu faktycznego, którego dotyczyły zarzuty zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 Ustawy ofert Wykonawców: Asseco, Enigma oraz Mega Sonic, z uwagi na wysokość ceny, stanowi deklaracja Wykonawców o przedłużonej do 5 lat gwarancji na urządzenie, stacje dokujące, ładowarki.
Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba miała na uwadze zapisy siwz, w których Zamawiający opisał wymagania techniczne, które dotyczyły również gwarancji oddzielnie opisanej dla urządzenia, stacji dokującej, ładowarki – minimum 3 lata (wymagana), z możliwością rozszerzenia na 4 i 5 rok (pożądane) oraz akumulatora – minimum 1 rok (wymagane). Zamawiający wprowadził kryterium oceny ofert – *rozszerzona gwarancja,* w którym przewidział dodatkowe punkty za rozszerzoną gwarancję za urządzenie, stacje dokujące, ładowarki.

Zasadniczo rozstrzygnięcie Izby opierało się na ocenie treści ofert, w których Wykonawcy deklarowali rozszerzoną gwarancję na urządzenie, stacje dokujące, ładowarki, co stanowiło element oświadczenia ofertowego z pkt 4 formularza oferty. Odwołujący wywodził z treści tych deklaracji, iż rozszerzona gwarancja, bez stosownego wyłączenia, obejmowała również akumulatory, stanowiące wbudowany element urządzenia. Izba odniosła się do tych wniosków krytycznie, gdyż zarówno siwz, jak i literalna wykładnia oświadczeń Wykonawców, prowadzić powinna do stwierdzenia, że rozszerzenie gwarancji nie obejmowano akumulatorów. Przede wszystkim należało mieć na uwadze, że okres 4 lub 5 lat Zamawiający wprost odnosił do gwarancji na urządzenie, stacje dokujące, ładowarki, odmiennie opisując gwarancję na akumulatory (W72 i W73). Powyższe wskazywało zatem, że Zamawiający rozdzielał warunki gwarancji i nie wszystkie stanowiły element oceny ofert. Odnosząc się natomiast do wykładni oświadczeń Wykonawców, tej należało dokonać przez pryzmat treści siwz, która określała wymaganą treść oferty. Zamawiający w opisie wymagań W72 i W73 nie odnosił się do gwarancji na akumulatory, której dotyczył wymóg W74 i konsekwentnie w formularzu oferty wymagał złożenia oświadczenia ograniczonego do

urządzenia, stacji dokującej i ładowarki, na podstawie dokonywał oceny ofert w kryterium *rozszerzona gwarancja.* Już tylko na tej podstawie można wnioskować, iż oświadczenie Wykonawców miało dotyczyć parametru ocenianego, opisanego w załączniku nr 5 do siwz , jako pożądany. Takiego opisu Zamawiający nie zamieścił przy wymaganiu W74 dotyczącym gwarancji na akumulatory. Równie nieprzekonujący był wywód Odwołującego oparty na stwierdzeniu, że akumulatory stanowiły element wbudowany urządzenia, co miało oznaczać, iż warunki gwarancji na urządzenie obejmowały również akumulatory. Przeciwko takiemu stwierdzeniu stały materiały producenta urządzeń, w których zastrzegano, iż gwarancja na urządzenie określona na okres 5 lat, nie obejmowała akumulatorów, a także zapisy siwz, w których Zamawiający wymagał dodatkowych akumulatorów wymiennych, łatwych do demontażu i montażu. To że Odwołujący w ofercie zamieścił zastrzeżenie wyłączające rozszerzoną gwarancję na urządzenia dla akumulatorów, nie oznaczało, że pozostali Wykonawcy zadeklarowali dłuższy okres gwarancji na element, który nie został wymieniony w oświadczeniu. Powyższe stanowiło jednocześnie o bezzasadności zarzutu zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, który Odwołujący opierał na wyliczeniu wyższych kosztów gwarancji na akumulatory rozszerzonej na okres 5 lat.
Mając na uwadze wskazane powyżej motywy Izba oddaliła odwołanie w zakresie wszystkich podtrzymanych zarzutów.

14

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

15