

Sygn. akt KIO 685/17

Sygn. akt: KIO 685/17

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2017 r. przez
odwołującego: LOGON S.A. z siedzibą w Bydgoszczy ul. Piotrowskiego 7a; 85-098
Bydgoszcz w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: ENEA Operator Sp. z o.o.
ul. Strzeszyńska 58; 60 - 479 Poznań

przy udziale wykonawcy: TOYA Systemy Komputerowe Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi ul.
Telefoniczna 46 F; 92-016 Łódź zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru
najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawcy TOYA Systemy Komputerowe Sp.
z o.o. z siedzibą w Łodzi do uzupełnienia dokumentów
potwierdzających zdolność zawodową, zdolność finansową i nakazuje zamawiającemu
wezwanie tego wykonawcy do wyjaśnienia ceny złożonej oferty a następnie nakazuje
zamawiającemu ponowne badanie, ocenę ofert do wyboru najkorzystniejszej oferty.
W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża ENEA Operator Sp. z o.o. ul. Strzeszyńska 58; 60 -
479 Poznań
i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez LOGON S.A. z
siedzibą w Bydgoszczy ul. Piotrowskiego 7a; 85-098 Bydgoszcz tytułem wpisu od
odwołania,

1

Sygn. akt KIO 685/17

- 2.2. zasądza od ENEA Operator Sp. z o.o. ul. Strzeszyńska 58; 60 - 479 Poznań
kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)
na rzecz LOGON S.A. z siedzibą w Bydgoszczy ul. Piotrowskiego 7a; 85-098
Bydgoszcz stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu
wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020,
1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia -
przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu
Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 685/17

Uzasadnienie

Pismem z dnia 7 kwietnia 2017 roku odwołujący LOGON S.A. z siedzibą w Bydgoszczy

wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego ENEA Operator sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pt. Dostawa urządzeń mobilnych typu tablet o podwyższonej klasie odporności /typu rugged/ przeznaczonych do użytku zewnętrznego przez pracowników brygad terenowych wraz z akcesoriami” Numer wewnętrzny nadany postępowaniu RPUZP/0726/2016/DD/DI.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2016/S 202 – 365 467 w dniu 19 października 2016 roku.

Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016r. (j.t. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej „PZP” odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 23 marca 2017r. otrzymanej drogą elektroniczną w dniu 28 marca 2017 roku polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TOYA Systemy komputerowe sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.

Odwołujący przedstawił następujące zarzuty:

1/ wadliwe dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty - TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o. w Łodzi pomimo tego, iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle art. 91ust.1 PZP, a wykonawca nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia;

2/ zaniechanie wykluczenia firmy TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o. z postępowania z uwagi na niewykazanie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz warunku posiadania zdolności finansowej - art.22 ust.1 b pkt 2 i 3; art.24 ust.1 pkt 12 w związku z art.

3

Sygn. akt KIO 685/17

22 a ustawy PZP, w z § 2 ust. 4 pkt.2; ust.2 pkt.3; § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia(Dz.U. 2016r.poz. 1126).

3/ zaniechanie odrzucenia oferty firmy TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o. z uwagi na złożenie oferty przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu - art.89 ust.1 pkt.5 ustawy PZP oraz

4) zawierającej rażąco niską cenę - art. 89ust.1 pkt. 4 ustawy PZP;
oraz

5) zawierającej błędy w obliczeniu ceny - art.89ust. 1 pkt.6 ustawy PZP;

4) zaniechanie wezwania do wyjaśnienia, uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust.3 i 4 ustawy PZP w zakresie spełnienia warunku posiadania zdolności finansowej oraz warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

5) zaniechanie wszczęcia procedury określonej w art. 90 ust.1 ustawy PZP celem wyjaśnienia wysokości istotnych części składowych zaoferowanych - urządzeń, sposobu kalkulacji ceny, w szczególności w zakresie rozszerzonej gwarancji na cały przedmiot zamówienia.

6/ naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji określonej w art.7 PZP poprzez dokonanie oceny ofert w sposób, który dyskryminuje odwołującego.

Odwołujący wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 23 marca 2017 roku w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty firmy TOYA Systemy Komputerowe sp. z o. o.;
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert, odrzucenie oferty TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o.;
- 3) wybór oferty LOGON jako oferty najkorzystniejszej; 4) zasądzenie kosztów postępowania;
- 5) przeprowadzenie dowodów z dokumentów przywołanych w odwołaniu oraz wskazanych na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą

Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, złożył ofertę ważną, najtańszą, realną

do wykonania, uwzględniającą wszystkie koszty zamówienia. Na skutek zaniechania odrzucenia oferty firmy TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o. odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, a tym samym zostały spełnione przesłanki wniesienia środka odwoławczego przewidziane w art. 179 ust. 1 PZP.

Odwołanie zostało wniesione w terminie 10 dni od otrzymania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 28 marca 2017r. zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt. 1 PZP.

W uzasadnieniu odwołania przywołano następujące okoliczności faktyczne i prawne:

4

Sygn. akt KIO 685/17

Co do

1. Spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
 - a/ zdolności finansowej

Zgodnie z pkt. 5.1 lit. c oraz pkt. 6.1c SIWZ na potwierdzenie warunku zdolności finansowej Wykonawcy mieli obowiązek przedłożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowej, w których Wykonawca posiada rachunek potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. – minimum 3.000.0000 zł. Zgodnie z pkt. 5.2 SIWZ w sytuacji polegania na zasobach podmiotów trzecich Wykonawca miał udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponować tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając, w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. W celu oceny czy Wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Zamawiający żądał dokumentów, które określają:

- 1/ zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu.
 - 2/ sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
 - 3/ zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego
 - 4/ czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształceń, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.
- Zgodnie z art. 22 a ust. 6 ustawy pzp jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 63 dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

5

Sygn. akt KIO 685/17

Zgodnie z pkt. 6.2 siwz dokumenty należało złożyć w terminie wskazanym, na wezwanie Zamawiającego / procedura odwrócona.

Firma TOYA Systemy Komputerowe przedłożyła wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego PHU EDDOM D. P. z 23.11.2016r., do udostępnienia środków finansowych firmie TOYA. Z pisma tego wynika, iż D. P. posiada zdolność kredytową do kwoty 4.000.000 zł, którą to kwotą TOYA będzie dysponować w pełnym zakresie do pełnej wysokości przez cały okres wykonywania umowy. Zasoby te zostaną udostępnione w formie przelewu środków.

Firma PHU EDDOM D. P. nie będzie podwykonawcą. Odpowiada solidarnie na podstawie art.22ust.5 ustawy pzp tj. za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. W odpowiedzi na wezwanie do przedłożenia dokumentów z dnia 23.01.2017r. na podstawie art. 26ust.1 ustawy pzp Wykonawca przedłożył opinię bankową z dnia 16.11.2016r. potwierdzającą, iż D. P. PHU EDDOM w razie konieczności finansowania umowy posiada zdolność kredytową do kwoty 4.000.000zł. obroty za rok 2015r. zamknęły się kwotą 7 - mio cyfrową.

W przedmiotowej sprawie podmiot trzeci wskazany w zobowiązaniu spełnia warunki udziału w postępowaniu jednakże, Wykonawca nic wykazał w sposób wiarygodny, iż rzeczywiście będzie dysponować kwotą 3 000 000 zł.

Z przedłożonego zobowiązania nie wynika bowiem charakter stosunku prawnego łączącego firmę PHU EDDOM D. P. i firmę TOYA Systemy Komputerowe. Samo oświadczenie, że D. P. posiada zdolność kredytową i będzie przekazywał pieniądze firmie TOYA w formie - przelewu nie daje pełnej informacji na jakiej podstawie firma TOYA może dysponować ww. kwotą tj. czy D. P. posiada odpowiednie środki na rachunku bankowym, czy udzieli pożyczki firmie TOYA, czy zaciągnie kredyt i przekaże środki finansowe z zaciągniętego kredytu, czy możliwe jest udzielenie kredytu przez Bank Spółdzielczy w celu sfinansowania umowy realizowanej przez inny podmiot niż wymieniony w opinii bankowej z dnia 16.11.2016r., w której firma PHU EDDOM nie jest podwykonawcą.

„Przelew” jest tylko formą bezgotówkową przekazania pieniędzy co pokreślono w zobowiązaniu i nie stanowi jednocześnie podstawy wypłaty pieniędzy.

Zgodnie z art. 69 prawa bankowego tj. z dnia 7 listopada 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1988) przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu.

Zasadniczą różnicą pomiędzy pożyczką a kredytem jest to, iż kredyt jest zawsze „celowy” zatem istotną kwestią było wykazanie, iż D. P. /przy hipotetycznym założeniu, iż zaciągnie

6

Sygn. akt KIO 685/17

kredyt/ będzie mógł przekazać środki uzyskane z kredytu na finansowanie umowy realizowanej przez inny podmiot. Należy zwrócić również uwagę, iż solidarna odpowiedzialność o której mowa w art. 22a ust.5 ustawy pzp, odmiennie od „solidarnej odpowiedzialności” przewidzianej w art.63 dyrektywy klasycznej, nie jest odpowiedzialnością solidarną za realizację kontraktu. Zatem firma PHU EDDOM nie ma obowiązku prawnego przejęcia realizacji zamówienia.

Nadto budzi wątpliwości fakt, iż firma EDDOM przekazuje do dyspozycji środki finansowe aż w kwocie 4.000.000 zł. skoro niezbędne zasoby na potrzeby wykonania zamówienia pozwalające na wykonania zamówienia, wymagane przez Zamawiającego w pkt. 5.2 SIWZ wynoszą kwotę 3.000.000zł. Gdyby firma TOYA dysponowała ww zasobami w pełnym zakresie i w pełnej wysokości / do 4.000.000zł./ to PHU EDDOM D. P. mogłaby nie mieć środków finansowych na prowadzenie własnej działalności. Z opinii bankowej wynika, iż obroty za 2015r. zamknęły się kwotą 7mio cyfrową co może oznaczać kwotę 1.000.000 zł. Nadto należy zwrócić uwagę na zbieżność nazwisk pomiędzy podmiotem użyczającym a członkiem zarządu - P.m W. i Prezesem Zarządu – K. P. dwuosobowego zarządu firmy TOYA Systemy Komputerowe /jednocześnie wspólników spółki/. Jednakże powiązania osobowe pomiędzy spółkami nie dają gwarancji korzystania przez spółkę ze środków finansowych D.a P.ego.

Podobne stanowisko w zakresie powiązań kapitałowych zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 02.11.2010 KIO 2259/10.

Zgodnie z opinią UZP „Powoływanie się na zasoby ekonomiczne podmiotów trzecich oraz solidarna odpowiedzialność wykonawcy i podmiotu trzeciego użyczającego swój potencjał, za szkody zamawiającego powstałe na skutek nieudostępnienia zasobów” fakt braku możliwości oddzielenia zdolności ekonomicznej lub finansowej podmiotu trzeciego, w celu jej udostępnienia, od samego podmiotu trzeciego, w praktyce oznacza, że powoływanie się na takie zdolności przez wykonawcę będzie ograniczone do szczególnych przypadków, w

których powiązania pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim będą tego rodzaju, że uzasadniają one możliwość realnego korzystania z tej zdolności przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający tylko wówczas będzie mógł uznać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, gdy wykonawca wykaże, poprzez treść przedstawianych dokumentów, realny sposób, w jaki jest przewidziane korzystanie z potencjału ekonomicznego lub finansowego podmiotu trzeciego czasie realizacji zamówienia, a zatem realny sposób w jaki podmiot trzeci gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do swojego potencjału ekonomicznego lub finansowego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Przedstawiona zasada dotycząca oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia w sytuacji powoływania się przez niego na zasoby podmiotu trzeciego odnosi się nie tylko do powoływania się na zdolność ekonomiczną lub finansową

7

Sygn. akt KIO 685/17

wykonawcy, ale także do każdej sytuacji powoływania się na wiedzę i doświadczenie oraz na potencjał techniczny i osobowy podmiotu trzeciego.

Zdaniem Odwołującego się, firma TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o. nie wykazała w sposób jednoznaczny na podstawie wymaganych dokumentów, aby rzeczywiście dysponowała środkami finansowymi w kwocie 3.000.000 zł. przez cały okres realizacji zamówienia.

Zamawiający zaniechał wyjaśnienia wszystkich wątpliwości co do realności udostępnienia zasobów finansowych podmiotu trzeciego i zamierza udzielić zamówienia Wykonawcy, który może podlegać wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

b/ zdolność zawodowa

Zgodnie z pkt. 5.1 lit. a SIWZ o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy wykażą, iż w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali dostawy równoważne w ilości większej niż jedna o łącznej wartości 1.000.000 zł. netto. Przez dostawy równoważne Zamawiający rozumie dostawę urządzeń mobilnych/ tablety, laptopy/ o podwyższonej klasie odporności z obudową typu rugged/potwierdzonej certyfikatem MIL- STD-810 Cr.

Zgodnie z pkt. 6.1 lit. b SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca miał obowiązek przedstawić Zamawiającemu wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że dostawy zostały wykonane lub są wykonywane natężycie, wystawione przez podmioty będące odbiorcami końcowymi zamówień których te dokumenty dotyczą.

Zgodnie z §2 ust.4 pkt.2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać m.in.: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były

8

Sygn. akt KIO 685/17

wykonywane a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy;

Oferta złożona przez firmę TOYA Systemy Komputerowe nie zawierała wymaganych dokumentów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Pismem z dnia 23.01.2017r. Zamawiający

wezwał firmę TOYA Systemy Komputerowe do przedłożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy pzp.

W odpowiedzi na wezwanie firma TOYA przedstawiła wykaz dostaw:

1/ Dostawa 115 sztuk tabletów klasy rugged z ukończeniem marki Panasonic FZ G1 z certyfikatem M1L_STD 810G na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej w Warszawie, listopad 2016 r, wartość 1.357. 000 zł.

2/ Dostawa 35 sztuk tabletów klasy rugged z ukończeniem marki Panasonic FZ G1 z certyfikatem M1L- STD 8) 00G na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej w Warszawie, wrzesień 2016r, wartość 413.000 zł.

3/ Dostawa 80 szt. Tabletów klasy rugged z ukończeniem marki Panasonic FZ G1 z certyfikatem MIL- STD 810G na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej w Warszawie, czerwiec 2016r, wartość 944.000zł.

Łącznie dostawa na kwotę 2 714 000 zł.

4/Dostawa 2 sztuk tabletów klasy rugged marki Panasonic FZG1 z certyfikatem MIL -STD 11a rzecz TEOKRIS Iwona Borkowska w Łodzi, wrzesień 2016r. wartość 28.290,00 zł.

Wykonawca załączył do przedmiotowego wykazu dostaw:

1.Poświadczenie z dnia 25.11.2016r.wystawione przez Komendę Główną Straży Granicznej informujące, iż w 2016r. TOYA Systemy Komputerowe sp . z o.o. wykonała dostawę 230 sztuk tabletów klasy rugged z ukończeniem marki Panasonic FZ-G1 z certyfikatem MIL-STD 810G o wartości 2.714.000,00 zł netto oraz 230 sztuk bezprzewodowych czytników paszportowych z ukończeniem marki VICOMP VPR 460E o wartości 1.380.000.00 zł netto.

2/Referencje z dnia 4.10.2016r. wystawioną przez Iwonę Borkowską informującą, iż firma TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o. we wrześniu 2016r. dostarczyła dwa tablety o podwyższonej odporności marki Panasonic FZG1 o wartości 28. 290,00zł. na potrzeby prowadzonej działalności związanej ze świadczeniem specjalizowanych usług transportu, konfiguracji i instalacji sprzętu w terenie. Wystawca polecił firmę TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o. jako godnego zaufania partnera w zakresie dostawy sprzętu komputerowego.

Pismem z dnia 16.02.2017r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art.26 ust.4 ustawy wskazując, iż poświadczenie wystawione przez Komendę Główną Straży Granicznej nie zawiera informacji, czy dostawy zostały zrealizowane należycie pod względem jakości, poprawności, terminowości. Pismem z dnia 21.02.2017r.

9

Sygn. akt KIO 685/17

TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o. oświadczyła samodzielnie, iż dostawy na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej zostały wykonane należycie. Sam fakt niezwłocznego wystawienia „Poświadczenia” jest równoznaczny z potwierdzeniem wykonania umowy z warunkami a tym samym z należyтым jej wykonaniem. W przypadku dalszych prawnie uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego TOYA jest gotowa zwrócić się do Komendy Głównej Straży Granicznej z prośbą o wystawienie nowego poświadczenia/referencji o rozszerzonej treści,

Wykonawca TOYA w odpowiedzi na wezwanie do przedłożenia dokumentów na podstawie art.26ust.1 ustawy pzp nie przedstawiła dwóch referencji potwierdzających należyte wykonanie dostaw. O ile referencja wystawiona przez I. B. zawiera informację, iż można polecić firmę TOYA jako godne zaufania partnera w zakresie dostaw sprzętu komputerowego to z dokumentu wystawionego przez Komendę Główną Straży Granicznej nazwanego poświadczeniem zupełnie nie wynika, czy przedmiotowe dostawy zostały wykonane należycie.

Brak ten zauważył Zamawiający na co wskazuje w wezwaniu do wyjaśnień dokumentu. Z udzielonych wyjaśnień wynika, iż nie zachodzi uzasadniona przyczyna o obiektywnym charakterze świadcząca o tym, iż Wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji. Sam Wykonawca przyznaje, iż może zwrócić się do Komendy Głównej Straży Granicznej o poprawienie dokumentu ale tego nie zrobił. Zatem nie można uznać za dopuszczalne złożenie oświadczenia Wykonawcy w tym zakresie.

Nadto należy zauważyć, iż jest istotna różnica pomiędzy „poświadczeniem” a „referencją”, gdyż wymogiem referencji jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia natomiast samo „poświadczenie” może mieć charakter negatywny.

Należy zauważyć, iż według nowego rozporządzenia z 26.07.2016 obowiązującego od

28.07.2016r. ustawodawca nie wymaga już od Wykonawców, jak w poprzednim stanie prawnym, dołączenia do wykazu dostaw poświadczeń ale referencji, gdyż nie traktuje tych pojęć tożsamo. O ile można powiedzieć, iż referencja jest zawsze poświadczeniem to niekoniecznie poświadczenie jest referencją. Zgodnie z orzecznictwem /m.in. wyrok KIO z 25.07.2016r. KIO 1229/16/ „Referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu, a jedynie potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Poświadczenie należytego wykonania usług, jako dokument potwierdzający należyłą realizację konkretnych usług powinno zawierać treść pozwalającą na identyfikację wykonanego zamówienia. Referencje są dokumentem o charakterze abstrakcyjnym, nie powstają na potrzeby konkretnego postępowania, mają jedynie uzupełnić wykaz usług lub dostaw o element potwierdzenia należytego ich wykonania. Taką właśnie rolę temu dokumentowi przypisał ustawodawca.

10

Sygn. akt KIO 685/17

W ocenie Odwołującego się Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o. do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia. W przypadku nieuzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust.3 ustawy pzp oferta podlegałaby odrzuceniu jako złożona przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania.

2/ Błąd w wyliczeniu ceny

Zgodnie z rozdziałem II SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” w ramach realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający oczekuje dostawy:

- urządzeń mobilnych typu tablet o podwyższonej klasie odporności (typ rugged) - 400 szt., wraz z ładowarką sieciową w komplecie oraz ładowarką samochodową /zgodnie z pkt. 2h opisu przedmiotu zamówienia/
- akcesoriów do urządzeń mobilnych typu tablet:
- uchwyt na dłoń (hand-slrpa) - 400 szt. digitizer - 400 szt.,
- bateria zapasowa - 400 szt.
- torba ochronna - 400 szt.,
- folia ochronna na ekran – 1.200 szt.

Firma TOYA zaoferowała tablet marki Panasonic Toughpad GZ-F1. Taki sam tablet zaoferowały firmy Komputronik i Logon.

W formularzu ofertowym firma TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o. wskazała- 0% / vat odwrócony/ na tablety, jednakże w przedstawionej wycenie nie wyodrębniono ceny ładowarki samochodowej, która nie jest standardowo dostarczana przez producentów w komplecie z tabletem i podlega opodatkowaniu stawką vat 23%.

Jak wynika z oświadczenia w zakresie specyfikacji technicznej oferowanego urządzenia - zał. nr 5 TOYA Systemy Komputerowa sp. z o.o. objęła zakresem dostarczanych produktów

ładowarkę samochodową lecz jej nie wyceniła. Nadto firma TOYA oświadczyła, iż łączna wartość towarów podlegająca odwróconemu obciążeniu wynosi 4.420.000,00 zł. co stanowi jedynie wartość tabletów/11.050,00zł. x 400sztuk/

Zdaniem Odwołującego się Wykonawca winien odrębnie skalkulować ten element zamówienia, który podlega opodatkowaniu na zasadach ogólnych. Zgodnie z art. 3 ust.2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. poz.915. w cenie ładowarki samochodowej należało uwzględnić podatek od towarów i usług. Zasadom odwróconego obciążenia podlegają tylko te towary, które zostały wymienione w załączniku nr 11 do ustawy o podatku od towarów i usług PKWU 26.20.11.0. lub towary sklasyfikowane jako zestaw pod PKWU 26.20.11.0. np. komputer przenośny z modemem lub routerem, komputer przenośny z myszką, klawiaturą, etui, telefon komórkowy ze

11

Sygn. akt KIO 685/17

słuchawkami i ładowarką, komputer przenośny z zainstalowanym dodatkowym oprogramowaniem.

Natomiast za zestaw podlegający odwróconemu obciążeniu nie mogą zostać uznane za zestaw, w świetle reguł dotyczących klasyfikacji statystycznych:

- telefon komórkowy z zegarkiem typu smartwatch, telefon komórkowy z opaską typu smariband, telefon komórkowy z akcesoriami /etui, uchwyt do samochodu, ładowarka do samochodu/

Ładowarka do samochodu objęta PKWU 27.11.50.0 rozliczana jest na zasadach ogólnych.

Powyższe zostało ustalone na podstawie wytycznych jakie ukazały się na stronie Ministerstwa Finansów w związku z rozszerzeniem odwróconego obciążenia na kolejne towary, poczynwszy od 1.07.2015r. broszura zmiany w zakresie odwróconego obciążania vat”.

[http://www.finanse.mr.gov.pl/documents/766655/3160814/Broszura- zmiany+w+zakresic-H\)dwroconeo+VAT.pdf](http://www.finanse.mr.gov.pl/documents/766655/3160814/Broszura- zmiany+w+zakresic-H)dwroconeo+VAT.pdf)

Zgodnie z §4 ust.1 wzoru umowy Zamawiający wymagał przedstawienia w umowie jedynie ceny netto dla tabletu, digitizera, baterii zapasowej, torby na tablet, folii ochronnej na ekran, do których to cen zostanie doliczony podatek vat w wysokości obowiązującej w dniu wystawienia faktury, jeżeli zgodnie z przepisami prawa podatkowego obowiązek podatkowy obciążą Wykonawcę.

Z uwagi na brak wyszczególnienia ceny ładowarki samochodowej w ofercie nie będzie możliwe na etapie realizacji umowy doliczenie do ww ceny podatku vat, który winien obciążać Wykonawcę.

Oferta firmy TOYA podlega odrzuceniu z uwagi na błąd obliczeniu ceny.

3. Zarzut rażąco niskiej ceny Zgodnie z pkt.10.1. i JO. 2 SIWZ cena powinna być skonstruowana w sposób podany w formularzu oferty. Podana cena jest obowiązująca w całym okresie ważności oferty i w trakcie realizacji umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Cena musi być skalkulowana w sposób jednoznaczny, uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, w szczególności:

- a) koszt wytworzenia produktu,
- b) koszty transportu w miejsce wskazane przez Zamawiającego i jego rozładunku,
- c) koszty obsługi logistycznej.
- d) koszty wymaganych kraju Zamawiającego atestów, podatków, licencji, zezwoleń, cła oraz innych opłat niezbędnych do uzyskania celu prawidłowej realizacji przedmiotu umowy,

12

Sygn. akt KIO 685/17

- e) koszty napraw gwarancyjnych w okresie gwarancji,
- f) ryzyko handlowe wynikające z realizacji zamówienia,
- g) koszt serwisowania w okresie gwarancji,
- h) warunki gwarancji,
- i) koszty ubezpieczenia i uzyskania polisy ubezpieczeniowej obejmującej transport do miejsca wskazanego przez Zamawiającego.
- j) dostarczenie instrukcji obsługi i specyfikacji w języku polskim.
- k) koszt szkoleń teoretycznych i praktycznych, o których mowa w pkt 3 opisu przedmiotu zamówienia.

Wykonawca TOYA Systemy Komputerowe w formularzu ofertowym podał cenę jednostkową uchwytu - 1zł. netto, 1,23 zł. brutto oraz cenę jednostkową digitizera 1,00 zł. netto, 3,23 zł. brutto.

Dostarczenie ww. akcesoriów w zaoferowanej cenie jest fizycznie niemożliwe co potwierdzają m.in. oferty złożone przez pozostałych Wykonawców.

Przyjmując minimalną cenę digitizera Panasonic z 3 miesięcznym okresem gwarancji - 183 zł. netto należało uwzględnić w cenie realny koszt zakupu digitizera w kwocie 183 zł. netto x 400 sztuk= 73 200 zł. netto

Przyjmując minimalną cenę uchwytu z 12 miesięcznym okresem gwarancji 132,00 zł. netto należało uwzględnić w cenie koszt zakupu uchwytu w kwocie minimalnej 132,00 zł. netto x 400 sztuk=52.800 zł. netto.

Oferowana cena netto uchwytu w zł. Oferowana cena netto Digitizera w zł.

TOYA 1,00 1.00
LOGON 199,00 183,00

42,00 Mega Sonic 350,00 ANDRA 132,00 81,00

Zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt 2-6 Rozdziału II Warunków Zamówienia - Opis Przedmiotu Zamówienia Zamawiający określił w SIWZ minimalne warunki gwarancyjne jakie wykonawcy muszą zaoferować:

- dla urządzenia mobilnego typu tablet - 36 miesięcy
- dla baterii podstawowej oraz zapasowej - 12 miesięcy
- dla ładowarki sieciowej oraz samochodowej - 12 miesięcy
- dla uchwytu na dłoń (hand-strap) - 12 miesięcy
- dla torby ochronnej - 12 miesięcy
- dla digitizera oraz folii ochronnej - 3 miesiące

13

Sygn. akt KIO 685/17

Wykonawca może zaproponować dłuższy okres gwarancji oświadczając się w tej kwestii w formularzu ofertowym. Zaproponowany przez Wykonawcę okres gwarancji urządzenia mobilnego typu tablet będzie podlegać ocenie zgodnie z zapisami pkt. 13. / Rozdziału I SIWZ. W przypadku ewentualnego nie wywiązania się Wykonawcy ze zobowiązań z tytułu udzielonej gwarancji, Zamawiający dopuszcza możliwość obciążenia Wykonawcy kosztami usunięcia wady.

Należy zauważyć, iż dla uzyskania wyższej punktacji nie było konieczne oferowanie dodatkowej gwarancji na cały przedmiot zamówienia a jedynie na tablety.

Wykonawca TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o. zaproponowała w formularzu ofertowym dodatkowy okres gwarancji - 60m-cy na cały przedmiot zamówienia, który obejmuje tablety wraz z ładowarką samochodową, uchwyt na dłoń, digitizer, baterię zapasową, torbę ochronną, folię ochronną na ekran.

Zgodnie z komentarzem art.577 kodeksu cywilnego stosunek gwarancji ma charakter umowny i podlega zasadzie swobody umów co oznacza, że treść zobowiązania gwaranta może być, co do zasady, określona swobodnie. Niemniej treść gwarancji będzie poddana ocenie w zakresie zasad określonych w art. 58 oraz art. 353.1 KC, analizie w zakresie art. 384 KC. Zgodnie z przytoczonymi przepisami zakres gwarancji wyznaczają ustawa, zasady współżycia społecznego oraz właściwości stosunku zobowiązaniowego.

Zgodnie z art.578 kc jeżeli w gwarancji inaczej nie zastrzeżono, odpowiedzialność z tytułu gwarancji obejmuje tylko wady powstałe z przyczyn tkwiących w sprzedanej rzeczy.

Należy zauważyć, iż żywotność baterii, uchwytów, digitizerów, folii ochronnych, jest krótsza niż 5 lat. zatem udzielenie gwarancji jakości na ww produkty jest niemożliwe. Niemniej jeśli przyjąć, iż zaoferowana dodatkowa gwarancja uwzględnia fakt zużycia i konieczność zakupu nowych akcesoriów to winno to mieć swoje odzwierciedlenie w cenie ofertowej. Wykonawca nie wykazał kosztu wykupienia dodatkowej gwarancji u producenta zatem należy przyjąć, iż koszty dodatkowej gwarancji obciążają Wykonawcę i powinny być wliczone w cenę przedmiotu zamówienia.

Porównanie cen jednostkowych netto w zł.

l.p.nazwa towaru 1.LogonPanasonic;2.ToyaPanasonic;3.MegaSonicXoio;4.AndraLogicInstrument;5.Komputronik Panasonic

1 2 3 4 5

1 Tablet 10 833,00 11050,00 9 500,00 10 584,00 9 342,00

2Uchwyt na dłoń 199,00 1,00 350,00 132,00 -

3 digitizer 183,00 1,00 42,00 81,00 -

4Bateria zapasowa421,00 420,00 430,00 420,00 418,00

545,00 5torba ochronna 80,00 50,00 132,00 19,30

60,00 149,00 14,00 6folia ochronna na ekran178,00 16,00

14

Sygn. akt KIO 685/17

7Ładowarka samochodowa469,00 - - - 469,00

8rozszerzenie gwarancji do 60 miesięcy 578,00
na tablet

Z powyższego porównania cen złożonych ofert wynika, iż firma TOYA skalkulowała przedmiot zamówienia w ilościach przewidzianych w SIWZ, tak jak pozostali wykonawcy i nie przewidziała zakupu dodatkowych akcesoriów w okresie 5 lat: tablet- 400 szt., uchwyt na dłoń - 400 szt., digitizer - 400 szt. bateria zapasowa - 400 szt. oraz bateria podstawowa 400 szt. torba ochronna - 400 szt., folia ochronna na ekran - 1200 szt.

Należy tutaj wyraźnie zaznaczyć 5 że poza tabletem i ładowarką samochodową oferowane towary są typowymi materiałami eksploatacyjnymi podlegającymi naturalnemu zużyciu czy to w wyniku procesów fizyko chemicznych jak to ma miejsce w przypadku baterii (które nawet leżąc w magazynie i nie będąc w użyciu mogą po roku nadawać się do wymiany), czy też w wyniku normalnej eksploatacji tracą swoje właściwości jak folia ochronna na ekran, która po trzech miesiącach jej używania z pewnością będzie musiała być zastąpiona nową.

Niewiarygodnym jest, aby w cenie jednostkowej 16,00 zł. netto za 1 sztukę folii ochronnej na ekran o podstawowym okresie gwarancji 3 miesiące na ekran został skalkulowany koszt użytkowania folii przez okres 5 lat. Wykonawca zaoferował dodatkowy okres gwarancyjny w ilości 19 podstawowych okresów gwarancyjnych. Udzielenie gwarancji na każde następne 3 miesiące wiąże się z wymianą folii co oznacza zakup nowych folii w cenie 16,00 zł. x 1200 sztuk x 19 razy = -364 800,00 zł. netto,

W przypadku digitizera o podstawowym okresie gwarancji 3 miesiące za cenę jednostkową 1 zł. netto nie jest możliwe świadczenie usług gwarancyjnych przez okres 5 lat. Wykonawca zaoferował dodatkowy okres gwarancyjny w ilości 19 podstawowych okresów gwarancyjnych. Udzielenie gwarancji na każde następne 3 miesiące wiąże się z wymianą digitizerów co oznacza zakup nowych digitizerów w cenie 1,00 zł. x 400 sztuk x 19 = 7600 zł.

Należy zauważyć, iż cena ta winna ulec zwiększeniu również poprzez uwzględnienie realnej ceny digitizera Panasonic - 183 zł. netto x 400 sztuk - 73 200 zł. netto, Zatem realny koszt zakupu digitizerów z 5 letnią gwarancją wynosiłby 73 200 x 19 = 1 390 800 zł. netto.

Podobnie w przypadku baterii o podstawowym okresie gwarancji 12 miesięcy, nie jest możliwe świadczenie usług gwarancyjnych przez okres 5 lat za cenę jednostkową 420 zł. Wykonawca zaoferował dodatkowy okres gwarancyjny w ilości 4 okresów gwarancyjnych, Udzielenie gwarancji na każde następne 12 miesięcy wiąże się z wymianą baterii co oznacza zakup nowych baterii w cenie 420,00 zł. x 800 sztuk x 4 = 1 344 000 zł. netto. Tak wielkie ryzyko musi kalkulować firma a oferująca pięcioletnią gwarancję przy dostawie wymaganych 800 sztuk baterii (400 szt. baterii podstawowych w tabletach i 400 szt. baterii zapasowych). Firma Panasonic oferuje możliwość wykupienia dodatkowej pięcioletniej

15

Sygn. akt KIO 685/17

gwarancji na baterie, jednakże koszt jej zakupu jest porównywalny z powyższymi obliczeniami. Panasonic wycenia taką gwarancję na kwotę 300 EURO za 1 sztukę baterii, co przy dostawie 800 baterii daje kwotę 240 000 EURO, a w przeliczeniu na PLN kwotę 1 017 456 netto 1 251 479,88 zł. brutto

Zatem gdyby firma TOYA prawidłowo skalkulowała swoją ofertę i przyjęła do wyceny realny koszt zakupu uchwytu i digitizera oraz realny koszt udzielenia gwarancji 60 miesięcy" na baterie, digitizer, folie ochronne to cena ofertowa wyniosłaby 8.417. 200,00 zł. netto, i byłaby ofertą droższą niż oferta firmy LOGON opiewającej na 5.504 800,00 zł. netto.

Powyższe kalkulacje obrazuje arkusz kalkulacyjny z załącznika nr 4 do niniejszego odwołania. Zawiera on dwie kalkulacje, jedną opartą na realnych cenach (opisanych powyżej) i drugą opartą na cenach z oferty firmy Toya.

Co prawda nie wywiązanie się z obowiązków gwarancyjnych obciąża Wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia w ten sposób, iż Zamawiający będzie mógł obciążyć Wykonawcę kosztami usunięcia wady. Jednakże przerzucenie kosztów gwarancji na etap późniejszy realizacji zamówienia powoduje, iż oferty stają się nieporównywalne, a Wykonawca w sposób nieuprawniony złoży ofertę korzystniejszą, choć nie uwzględniającą wymiernych kosztów dodatkowej gwarancji.

Zgodnie z art. 90 ustawy pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z

wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

W przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub

średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

16

Sygn. akt KIO 685/17

W przedmiotowym postępowaniu wszystkie oferty oprócz oferty firmy Komputronik, która została odrzucona przewyższały kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia 5.289.000 zł. brutto. Różnica cenowa pomiędzy ofertami nie przekraczała 30 %. Niemniej sposób kalkulacji ceny przez firmę TOYA obligował Zamawiającego do wszczęcia postępowania wyjaśniającego z art. 90ust. 1 ustawy pzp celem wyjaśnienia ceny uchwytu i digitizera w kwocie 1,23 zł. brutto oraz możliwości realizacji gwarancji przez okres 60 m-cy na cały przedmiot zamówienia za cenę 4 640 000,00 zł. netto.

Zgodnie z warunkami siwz cena miała obejmować m.in. koszt wytworzenia produktu, warunki gwarancji, koszty napraw gwarancyjnych i koszty serwisu w okresie gwarancji, ryzyko handlowe wynikające z realizacji zamówienia.

Firma TOYA pierwotnie złożyła ofertę na cały przedmiot zamówienia na kwotę 4.680. 000,00 zł. netto po czym złożyła drugą ofertę z jeszcze niższą ceną 4.640 000,00 zł. Różnica w cenie dotyczy głównie ceny tabletu, gdzie cena jednostkowa została obniżona z kwoty 11 150,00 zł. do kwoty 11 050,00 zł. Analizując ofertę firmy TOYA Systemy Komputerowe nie sposób przyjąć, iż zaoferowana cena obejmuje realny koszt wytworzenia 400 sztuk uchwytów w cenie 492 zł. brutto oraz 400 sztuk digitizerów w cenie 492 zł. brutto. Nie jest również możliwe zrealizowanie obowiązków gwarancyjnych w tak szerokim zakresie przez okres 60 mc-y w stosunku do całego przedmiotu zamówienia za cenę netto 4 640 000,00 zł. Powyższe wskazuje, iż cena ofertowa została nienależycie skalkulowana, zaoferowana cena jest ceną nierealną. Z uwagi na podobne błędy popełnione przez innych Wykonawców różnice cenowe pomiędzy poszczególnymi ofertami nie są miarodajne. Ponadto trudno porównać cenę firmy TOYA z ofertą firmy LOGON, choćby z uwagi na to, iż LOGON zaoferował 60 m-cy gwarancji tylko na tablety i przedstawił koszty wykupienia dodatkowej gwarancji u Producenta w tym zakresie, co daje gwarancję należytego wykonania umowy.

Zaoferowana cena wyczerpuje znamiona ukształtowanej w orzecznictwie definicji rażąco niskiej ceny. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną

odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających (...) etc. Wyrok KIO z 4.06.2013r. KIO 1187/13.

17

Kierując się orzecznictwem KIO i Sądów Okręgowych można podsumować, iż z ceną rażąco niską mamy do czynienia gdy zaoferowana cena:

- jest niższa niż rzeczywisty koszt zamówienia,
- cena nie zaistniałaby na wolnym rynku,
- cena została wyliczona z pominięciem ryzyk związanych z wykonywaniem zamówienia,
- cena wskazuje na obniżenie kosztów wykonania zamówienia przez nierespektowanie wymogów SIWZ, wymogów prawa czy zasad sztuki zawodowej.
- Cena nie zawiera wszystkich kosztów zamówienia
- Cena nie zawiera zysku

Zamawiający pomimo istniejących wątpliwości co do możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia w zaoferowanej cenie zgodnie z warunkami siwz i warunkami oferty zaniechał wszczęcia postępowania wyjaśniającego celem ustalenia, czy zaoferowana cena jest rażąco niska.

Wobec wielości zarzutów oraz przytoczonego uzasadnienia odwołujący stwierdza, że wniesienie powyższego niniejszego odwołania stało się konieczne i uzasadnione.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2017 roku zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści niniejszego pisma procesowego.

Odwołanie jest niezasadne w żadnym z zarzutów, co zamawiający szczegółowo omawia w dalszej części niniejszego pisma procesowego.

Co do zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej to zamawiający odniósł się w następujący sposób.

TOYA Systemy Komputerowe Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w ocenie zamawiającego wykazała spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej.

Wykonawca ten co prawda opierał się na potencjale podmiotu trzeciego, Pana D.a P.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU EDDOM D. P. dalej jako „EDDOM”.

Wbrew twierdzeniom w odwołaniu z oferty TOYA wynika charakter stosunku prawnego łączącego TOYA i EDDOM. Zamawiający przywołuje ofertę wykonawcy TOYA do której został załączony dokument z dnia 23 listopada 2016 r. zatytułowany „Zobowiązanie do oddania zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”. Dokument został podpisany przez Pana D.a P.ego i przez TOYA reprezentowaną przez Zarząd w osobie prezesa zarządu. Dokument ten przewiduje jednoznacznie EDDOM do udostępnienia środków TOYA w wysokości 4.000.000 PLN. Co więcej strony oświadczają, iż traktują powyższy dokument jako wiążącą je umowę.

Analiza zobowiązania z dnia 23 listopada 2016 r. nie pozostawia zatem wątpliwości, iż jest to de iure umowa. Nie ma ona wprawdzie postaci zbliżonej do którejkolwiek z umów nazwanych uregulowanych w przepisach Kodeksu Cywilnego („KC”), tym nie mniej ponad wszelką wątpliwość stanowi ona skuteczne prawnie zobowiązanie. Prawo zobowiązań oparte jest przecież na zasadzie swobody kontraktowej (art. 353(1) KC), w myśl której, Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Strony stosunku cywilnoprawnego mogą zatem powołać do życia umowę nienazwaną z czym mamy do czynienia w niniejszym przypadku.

Zasada swobody umów w pełni koreluje z regulacjami PZP w zakresie podstawy dysponowania przez Wykonawcę zasobami podmiotu trzeciego, zgodnie z art. 22a ust 1 PZP wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Nie ma zatem żadnych przeszkód prawnych, aby dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego wykonawca wykazywał poprzez fakt zawarcia umowy

nienazwanej, czyli takiej z jaką mamy do czynienia w niniejszym przypadku. Jak zwróciła na to uwagę KIO w wyroku z dnia 9 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 162/12) Wykonawcy pozostawiona jest dowolność, co do sposobu udowodnienia faktycznego dysponowania zasobami innego podmiotu (zwyczajowo określanego jako "podmiot trzeci"). Art. 26 ust. 2b p.z.p. statuuje otwarty katalog środków dowodowych, Wykonawca może przedstawić przykładowo, w zależności od rodzaju zasobu podlegającego udostępnieniu i relacji istniejących między wykonawcą i podmiotem trzecim umowę stypizowaną w przepisach kodeksu cywilnego (umowę nazwaną), umowę nienazwaną lub oświadczenie podmiotu. Za wystarczające, na etapie składania oferty może być uznane samo oświadczenie złożone przez podmiot udostępniający zasób. Orzeczenie to zostało wprawdzie wydane pod rządami art. 26 ust. 2b PZP, ale z uwagi na tożsamość treści norm prawnych wyrażonych w dawnym art. 26 ust. 2b PZP i aktualnie obowiązującym art. 22a ust. 1 PZP zachowuje swoją aktualność również w obowiązującym stanie prawnym.

Nie można także podzielić stanowiska Odwołującego kwestionującego zobowiązanie EDDOM w stosunku do TOYA dokonania przelewu kwoty w ramach przekazanego potencjału (zdolności finansowej). Odwołujący kwestionuje te postanowienia zawarte w zobowiązaniu z dnia 23 listopada 2016 r. twierdząc, że „Przelew” jest tylko formą bezgotówkową przekazania pieniędzy. Takie rozumienie zapisu zobowiązania z dnia 23 listopada 2016 r. całkowicie abstrahuje od treści całego dokumentu i pomija fakt, iż słowo „przelew” zostało użyte na określenie zobowiązania do udostępnienia przez EDDOM

19

Sygn. akt KIO 685/17

środków pieniężnych na rzecz TOYA za pośrednictwem rachunku bankowego. W świetle przepisów prawa bankowego to przecież nie EDDOM dokonuje przelewu środków na rachunek TOYA, lecz bank prowadzący rachunek bankowy EDDOM, działając na podstawie polecenia EDDOM jako posiadacza rachunku. Jak stanowi bowiem art. 63 ust. 1 pkt 1 Prawa bankowego rozliczenia bezgotówkowe przeprowadza się w szczególności poleceniem przelewu.

Wskazanie w zobowiązaniu EDDOM, iż udostępnienie, środków nastąpi poprzez przelew tych środków jest też oczywiste w świetle postanowień art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1829 z późn. zm.), który stanowi, że dokonywanie lub przyjmowanie płatności związanych z wykonywaną działalnością gospodarczą następuje za pośrednictwem rachunku płatniczego przedsiębiorcy, w każdym przypadku gdy stroną transakcji, z której wynika płatność, jest inny przedsiębiorca. W omawianym przypadku obie strony przyszłej transakcji (TOYA i EDDOM) są przedsiębiorcami stąd też z mocy prawa obciąża je obowiązek dokonania rozliczenia za pomocą rachunku bankowego. Zrealizowanie tego obowiązku wyraziły w omawianym zobowiązaniu wskazując właśnie na przelew bankowy jako formę rozliczenia dokonywanego za pomocą rachunku bankowego.

Całkowicie bezzasadne są także te elementy zarzutu, które upatrują niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w braku wykazania, iż EDDOM będzie mógł zaciągnąć kredyt na wsparcie TOYA. W tym zakresie żądanie odwołującego sprowadza się de facto do oczekiwania, iż w kwestionowanej ofercie zostanie wykazane zaciągnięcie kredytu przez EDDOM. Takie rozumienie warunku zdolności finansowej jest sprzeczne z PZP. Jak wyjaśnił to Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 8 stycznia 2010 r. (sygn. akt VIII Ga 248/09) W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego chodzi o weryfikację potencjalnej zdolności kredytowej danego wykonawcy, a nie gwarancję i przyrzeczenie ze strony jednostki finansującej (banku) przyznania konkretnego kredytu.

Nie można zatem wymagać, jak czyni to Odwołujący, aby EDDOM wykazał czy będzie mógł zaciągnąć zobowiązanie kredytowe celem wykorzystania tegoż kredytu na wsparcie udzielone TOYA w ramach udostępnienia zasobów w trybie art. 22a ust. 1 PZP. Takie obowiązku nie formuje przecież ustawodawca. Nawet wówczas, gdy wykonawca wykazuje warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności finansowej przy pomocy własnego potencjału, to także i wówczas nie wymaga się aby udowadniał zamawiającemu zdolność kredytową jako możliwość uzyskania kredytu na cele zamówienia, o które się ubiega. Jak zwróciła na to uwagę KIO w wyroku z dnia 28 października 2015 r. (sygn. akt KIO 2263/15) Informacja banku o zdolności kredytowej składana przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma służyć jedynie weryfikacji zdolności finansowej

Sygn. akt KIO 685/17

informacji nie jest dowodzenie zamawiającemu, iż wykonawca zawarł przedwstępną umowę kredytową. Analogicznie w wyroku z dnia 23 czerwca 2014 r. (połączone sprawy KIO 1097/14; KIO 1104/14) KIO uznała, że Zdolność kredytowa nie jest tożsama z przyrzeczeniem udzielenia kredytu, lecz stanowi ocenę, że określony podmiot jest wiarygodnym klientem banku, zdolnym do spłaty przyszłego zobowiązania. Wskazywane zapatrywania KIO na zdolność kredytową tworzą jednolitą linię orzeczniczą prezentowaną w dziesiątkach orzeczeń, a przywołane dwa z nich jedynie stanowią jej przykład.

W zakresie zarzutu dot. warunku udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej W ocenie Zamawiającego również ten zarzut nie może zostać uwzględniony.

TOYA prawidłowo potwierdziła spełnienie warunku udziału w postępowaniu przedkładając dokument poświadczenia wystawiony przez Komendę Główną Straży Granicznej.

Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, iż kluczowe znaczenia dla uznania dokumentu założonego przez TOYA ma fakt potwierdzenia wykonania zamówienia wyrażony w treści „poświadczenia”. W ocenie Zamawiającego jest sprzecznym z zasadami elementarnej logiki wywód Odwołującego, iż skoro dokument wystawiony przez Komendę Główną Straży Granicznej nie został nazwany referencjami, to należy domniemywać, iż nie potwierdza on wykonania dostawy przez TOYA. Doświadczenie życiowe wskazuje, iż podmiot, który ma zastrzeżenia do sposobu spełnienia świadczenia przez swojego dłużnika albo w ogóle odmawia mu wydania dokumentu tego rodzaju, albo też w jego treści umieszcza wzmiankę wskazującą na aspekt nienależytego wykonania zobowiązania. Tymczasem w poświadczeniu wystawionym przez Komendę Główną Straży Granicznej nie ma takiego zastrzeżenia, a literalna treść dokumentu potwierdza wykonanie dostawy przez TOYA. Dla interpretacji dokumentu poświadczenia wystawionego przez Komendę Główną Straży Granicznej istotne znaczenie ma również kontekst sytuacyjny, w którym doszło do złożenia tego oświadczenia oraz zatytułowanie tego dokumentu nazwą „poświadczenie”. Zwrot ten jednoznacznie nawiązuje do postanowień § 1 ust. 2 pkt 1 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). Zgodnie z przywołanym aktem prawnym dokument nazywany „poświadczeniem” stanowił dokument potwierdzający wykonanie dostaw wykazywanych przez wykonawców w wykazie dostaw przedkładanym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Skoro zatem podmiot będący zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 PZP (w tym przypadku Komenda Główna Straży Granicznej) wystawia dokument, który zgodnie z przepisami prawa „obowiązującymi tego zamawiającego ma stanowić dowód potwierdzający wykonanie dostaw, to trudno uznać, iż wystawia go w innym celu niż potwierdzenie wykonania dostawy, o której mowa w tym dokumencie. Do tak

21

Sygn. akt KIO 685/17

jednoznacznego wniosku skłania treść art. 65 § 1 KC, który stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W tym przypadku kontekst sytuacyjny wystawiania

„poświadczenia” przez Komendę Główną Straży Granicznej jednoznacznie wskazuje, iż, podmiot ten chciał potwierdzić wykonanie dostaw, o których pisał w poświadczeniu.

Nie można więc podzielić stanowiska Odwołującego, iż poświadczenie wystawione na rzecz TOYA przez Komendę Główną Straży Granicznej może mieć charakter negatywny.

Nie istnieje ani żaden normatywny wzorzec poświadczenia, ani też nie ma żadnych ugruntowanych zwyczajów w zakresie wywodzenia skutków prawnych z faktu wystawienia przez poprzedniego kontrahenta dokumentu zatytułowanego „poświadczenie”. Dokument ten, jak każde inne oświadczenie woli musi podlegać wykładni. W tym przypadku rezultat tej wykładni, dokonywanej w kontekście faktu, iż

wystawca dokumentu był zamawiającym w rozumieniu PZP i z pewnością znał przepisy, PZP oraz aktów wykonawczych do tej ustawy, prowadzi do jednoznacznego wniosku, że dokument wystawiony przez Komendę Główną Straży Granicznej potwierdza fakt wykonania dostaw przez TOYA na rzecz tego zamawiającego.

Nadto należy podkreślić, że Zamawiający prowadząc postępowanie wyjaśniające w zakresie treści dokumentu referencji dołożył należytej staranności, by ustalić czy TOYA, jako wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, spełnia wszystkie warunki określone w SIWZ. Po wnikliwej analizie referencji wystawionych przez Komendę Główną Straży Granicznej w dniu 16 lutego 2017r. Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 4 PZP wezwał TOYA do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów dotyczących dowodów czy dostawy zostały wykonane należycie. W dniu 21 lutego 2017r. TOYA wyjaśniła, że o należyтым wykonaniu dostawy na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej świadczy sam fakt wystawienia poświadczenia wykonania bowiem „Komenda Główna Straży Granicznej nie ma zwyczaju stosować w wystawionych przez siebie poświadczeniach/referencjach żadnych dodatkowych sformułowań ani subiektywnych określeń co do oceny sposobu zrealizowania zamówienia przez wykonawcę, czy też jakości dostarczanych towarów. W przypadku, gdyby wykonawca nienależycie wykonał umowę (...) tenże Zamawiający (...) nie wystawiłby poświadczenia nierzetelnemu kontrahentowi”. TOYA nadto wyjaśniła, że wykonała dostawę na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej w listopadzie 2016r. a poświadczenie zostało wydane już w dniu 25 listopada 2016r. Tak szybki tryb wydania poświadczenia również dodatkowo potwierdza prawidłowość wykonanej dostawy. TOYA zadeklarowała ponadto możliwość przedłożenia uzupełnionego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy.

22

Sygn. akt KIO 685/17

Zamawiający nie zażądał jednakże przedłożenia nowego, uzupełnionego dokumentu poświadczenia, obejmującego sformułowania wprost wskazujące na należyte zrealizowanie dostawy, gdyż analiza obszernych wyjaśnień TOYA bez wątpliwości potwierdziła spełnianie przez ten podmiot warunków udziału w postępowaniu. Żądanie złożenia kolejnych dokumentów, o które TOYA musiałaby dodatkowo wносить do Komendy Głównej Straży Granicznej, stanowiłoby zbędny formalizm i działanie przedłużające postępowanie.

Co do zarzutu dot. błędu w obliczeniu ceny

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty TOYA z uwagi na błąd w obliczeniu ceny oferty nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu należy mieć na uwadze, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego problem nie dotyczy stawki VAT zaproponowanej w ofercie TOYA w stosunku do ładowności samochodowej (wchodzącej w skład zestawu wraz z tabletem}, a jedynie opisanie mechanizmu odwróconego VAT-u.

Nie jest prawdziwe stwierdzenie Odwołującego, iż w ofercie TOYA nie wskazano stawki 23% VAT. Jak wynika z formularza ofertowego załączonego do oferty TOYA stawka VAT 23% dotyczy całego przedmiotu zamówienia poza tabletami. Informacja ta została zamieszczona w ofercie TOYA obok kwoty ceny łącznej.

W tym miejscu podkreślić należy, iż oświadczenie w sprawie zastosowania lub też niestosowania mechanizmu opodatkowania odwróconego opodatkowania podatkiem VAT nie jest przynależne do kategorii błędu w obliczeniu ceny. Zagadnienie to wskazuje jedynie płatnika tego podatku (nabywcę lub sprzedawcę towaru} i nie ma nic wspólnego z przyjęciem prawidłowej stawki VAT. Stawka ta jest niezależna od mechanizmu odwróconego opodatkowania i wynika bezpośrednio z ustawy o VAT. Jeżeli nawet wykonawca nieprawidłowo podałby informację na temat odwróconego VAT, natomiast prawidłowo podałby stawkę VAT to nie można w żadnym przypadku twierdzić, iż doszłoby do błędu w obliczeniu ceny oferty.

Zagadnienie to jest kompleksowo i jednoznacznie uregulowane w PZP. Ustawa ta wychodząc z zasady dokonywania oceny ofert w cenach brutto (tzn. obejmujących VAT) nakazuje przecież w art. 91 ust. 3a PZP „ubruttowić” cenę oferty, co odnosi się także do sytuacji, w której dany zamawiający będzie uiszczał VAT w związku mechanizmem odwróconego opodatkowania, jak stanowi bowiem przywołany przepis 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. Z tego też względu KIO w swoim orzecznictwie przyjmuje, iż opis

23

Sygn. akt KIO 685/17

rozłożenia opodatkowania VAT nie stanowi błędu w obliczeniu ceny oferty nawet wówczas, gdy jest wadliwy. Jak orzekła KIO w wyroku z dnia 17 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1966/15) Nawet gdyby przyjąć, że wykonawca w sposób niewłaściwy wskazał na rozłożenie obowiązku podatkowego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, to działanie takie nie może być rozpatrywane w kategorii błędu w obliczeniu ceny i nie może wywoływać skutku w postaci odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust 1 pkt 6 p.z.p. (...). Nie można sytuacji podania niewłaściwego rozkładu ciężaru obowiązków podatkowych porównywać z sytuacją zastosowania niewłaściwej stawki VAT do obliczenia ceny oferty. Zwrócić należy uwagę, iż uznanie ładowarki samochodowej za element niewchodzący w skład zestawu wraz z tabletem i ładowarką sieciową 230 V, a tym samym nieobjęty mechanizmem odwróconego opodatkowania VAT, jest tylko własną interpretacją prawa podatkowego poczynioną przez Odwołującego na potrzeby niniejszego odwołania. Odwołujący w tym zakresie nie wskazuje przepisów prawa podatkowego (ustawy o VAT), lecz jedynie do stanu faktycznego zaistniałego w niniejszej sprawie odnosi nieformalną interpretację Ministerstwa Finansów i to nie dotyczącą przedmiotów takich jak przedmiot zamówienia, jak wynika z odwołania Odwołujący powołuje się na przypadek uznania ładowarki samochodowej do telefonu komórkowego jako niepodlegającej mechanizmowi odwróconego opodatkowania, jako podstawę do przyjęcia rzekomego błędu w obliczeniu ceny oferty. Jednocześnie jednak Odwołujący pomija fakt, iż w samej Broszurze informacyjnej Ministerstwa Finansów wskazuje się (s. 7) W związku z występowaniem w obrocie handlowym różnego rodzaju zestawów (różna ilość czy też rodzaj elementów wchodzących w skład zestawu), klasyfikowanie tego rodzaju produktów (nawet w -przypadku pewnego ich podobieństwa) powinno być dokonywane indywidualnie. W przypadku wątpliwości co do sposobu zaklasyfikowania do właściwego grupowania PKWiU konkretnego produktu, o stosowną opinię w tej sprawie można wystąpić do Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego w Łodzi. Jako podstawę rzekomej nieprawidłowości w zakresie podania stawki VAT w ofercie. TOYA Odwołujący wskazuje zapisy Broszury informacyjnej Ministra Finansów, jako dokumentu, w którym ustalono, że ładowarka samochodowa nie może być częścią „zestawu”, który w całości podlegałby mechanizmowi odwróconego obciążenia. Należy jednak zwrócić uwagę, że sama Broszura informacyjna Ministerstwa Finansów załączona do odwołania ma wyłącznie charakter informacyjny i nie stanowi ani źródła prawa podatkowego, ani wiążącej (oficjalnej) wykładni prawa podatkowego. Na wskazanym stanowisku stoi również orzecznictwo sądów administracyjnych podnosząc, że nie można tracić z pola widzenia, że broszura informacyjna Ministerstwa Finansów nie jest źródłem prawa i nie może być podstawą stosowania ulg czy zwolnień podatkowych, nawet jeżeli jej treść budzi wątpliwości co do zgodności z przepisami ustawy (zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 3 listopada

24

Sygn. akt KIO 685/17

2015 r. sygn. akt. I SA/Gd 809/15). W związku z powyższym zawarty w Broszurze komentarz dotyczący odwróconego VAT w zakresie zestawu zawierającego ładowarkę nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla niniejszej sprawy.

Wiążący charakter interpretacji prawa podatkowego dokonywanej przez organy podatkowe jest określony w przepisach prawa, tj. ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 201 z późn. zm. - dalej: „Ordynacja Podatkowa.”) i jedynie takim interpretacjom można przydać walor interpretacji urzędowych. Ustawodawca w art. 14a § 1 Ordynacji Podatkowej przewidział ściśle instytucje stanowiące urzędowe wykładnie prawa podatkowego. Są nimi jedynie interpretacje ogólne oraz objaśnienia podatkowe wydawane przez Ministra Finansów, jak również indywidualne wydawanie na podstawie art. 14b § 1

Ordynacji Podatkowej przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej oraz wydawane na podstawie art. 14j § 1 Ordynacji Podatkowej przez wójta, burmistrza (prezydenta miasta), starostę lub marszałka województwa, stosownie do właściwości tych organów podatkowych. Skutkiem prawnym tych interpretacji jest ochrona podatnika w przypadku zastosowania się do interpretacji indywidualnej (art. 14k § 1 Ordynacji Podatkowej), interpretacji ogólnej (art. 14k § 2 Ordynacji Podatkowej) bądź do objaśnień podatkowych (art. 14n § 4 pkt. 1) Ordynacji Podatkowej, który nakazuje odpowiednie stosowanie art. 14k § 1 Ordynacji Podatkowej). Takich skutków prawnych nie przewiduje Ordynacja Podatkowa w stosunku do Broszur informacyjnych wydawanych przez Ministra Finansów. Tym samym Broszura informacyjna Ministra Finansów, która nie posiada takiego znaczenia prawnego, którą przepisy prawa podatkowego łączą z wydaniem interpretacji ogólnych, indywidualnych oraz objaśnień podatkowych, w żaden sposób nie może stanowić wiążącej czy też urzędowej wykładni prawa podatkowego. Należy przy tym podkreślić, że nawet wskazanym powyżej interpretacjom i objaśnieniom podatkowym ustawodawca nie przyznaje waloru źródła prawa a tym samym nie mają one mocy wiążącej w stosunku do organów podatkowych, ani też do innych podmiotów mogących być potencjalnymi adresatami interpretacji (np. podatników, płatników, inkasentów). Ustawodawca przewidział jedynie ochronę podatnika przed skutkami wydania błędnej interpretacji.

W konsekwencji treść Broszury nie może wpłynąć na obowiązek zastosowania przez organy przepisów prawa i określenia zgodnie z nimi pojęcia „zestaw”, tym bardziej, że nawet przykład zaczerpnięty z tej Broszury, na który powołuje się Odwołujący w odwołaniu nie jest przystający do stanu faktycznego zaistniałego w niniejszej sprawie, o czy w dalszej części uzasadnienia niniejszego pisma procesowego.

Przykład wskazywany w Broszurze informacyjnej Ministerstwa Finansów, na który powołuje się Odwołujący (telefon komórkowy i ładowarka samochodowa do niego) nie odpowiada stanowi faktycznemu zaistniałemu w niniejszym postępowaniu. Przedmiotem zamówienia jest Dostawa urządzeń mobilnych typu tablet o podwyższonej klasie odporności (typ rugged)

25

Sygn. akt KIO 685/17

przeznaczonych do użytku zewnętrznego przez pracowników brygad terenowych.

Urządzenia te nie są do użytkowania w typowych tabletami przeznaczonymi pomieszczeniach budynków, lecz tzw. tabletami pancernymi użytkowymi w warunkach terenowych. Ich typowym przeznaczeniem jest użytkowanie bezpośrednio na placu budowy, w warunkach pola walki, w trakcie terenowych geodezyjnych, czy też prac górniczych bądź geologicznych. Są też powszechnie wykorzystywane przez przedsiębiorstwa sieciowe (w tym przez operatorów systemów przesyłowych elektroenergetycznych i operatorów systemów dystrybucyjnych elektroenergetycznych) do pracy brygad terenowych obsługujących awarie sieci elektroenergetycznej. Ładowanie tego rodzaju urządzeń z ładowarek samochodowych jest typowym sposobem ich ładowania, zgodnym z przeznaczeniem samego urządzenia, które ma być wykorzystywane w warunkach terenowych. O takim przeznaczeniu przedmiotu zamówienia zamawiający też informował wykonawców o opisie przedmiotu zamówienia i w samej nazwie, jaką nadał swojemu postępowaniu. W tych okolicznościach faktycznych nie można twierdzić, iż tablet o podwyższonej klasie odporności (typ rugged) wraz z ładowarką samochodową nie stanowi jednego zestawu oraz, że w konsekwencji ładowarka samochodowa nie podlega mechanizmowi odwrotnego opodatkowania VAT.

Zamawiający zwraca uwagę, iż formularz ofertowy stanowiący załącznik do SIWZ, na którym Wykonawcy obowiązkowo musieli złożyć ofertę nie przewidywał wyodrębniania ceny za ładowarkę samochodową do tabletu. Zamawiający w pkt 2 lit h Rozdziału 11 SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) jednoznacznie wskazał, że zarówno ładowarka sieciowa 230 V ładowarka samochodowa 12 V są dostarczane w komplecie wraz z urządzeniem. Z tego też powodu formularz cenowy nie przewidywał wyodrębniania ceny za ładowarkę samochodową, która w ocenie Zamawiającego stanowi jeden zestaw wraz z tabletem o podwyższonej klasie odporności (typ rugged) i jest niezbędna do korzystania z niego w warunkach eksploatacji, do jakich został zaprojektowany i przewidziany. W związku z powyższym nie dokonując wyodrębnienia ceny ładowarki samochodowej TOYA postąpiła dokładnie z wymaganiami SIWZ.

Podkreślenia wymaga również fakt, iż pomimo nałożenia na wykonawców obowiązku wyceny tableta wspólnie z ładowarką samochodową żaden z wykonawców nie wnioskował o

dokonanie zmiany SIWZ i wyodrębnienie jego ceny tak, aby możliwe było zaprezentowanie mechanizmu odwrotnego opodatkowania VAT odrębnie w stosunku do samego tableta i odrębnie w stosunku do ładowarki samochodowej. Co więcej takiego wniosku nie złożył nawet sam Odwołujący. W tym zakresie wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie zadali również żadnych pytań do SIWZ, co jednoznacznie zaświadcza, iż dla wykonawców nie było wątpliwości, że uznanie przez Zamawiającego tableta i ładowarki samochodowej za jeden zestaw jest w pełni prawidłowe.

26

Sygn. akt KIO 685/17

W sposób analogiczny jak TOYA swoją ofertę zaprezentowali też inni wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu tj. ANDRA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i MEGA SONIC S.A. z siedzibą w Warszawie, co wskazuje, iż prawidłowość działania Zamawiającego.

Dla oceny powyższego zarzutu kluczowe znaczenie ma wreszcie fakt, iż uwzględnienie stanowiska Odwołującego w zakresie nie objęcia ładowarki samochodowej zastosowaniem mechanizmu odwróconego opodatkowania nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania. Jeżeli nawet ładowarka podlegałaby mechanizmowi odwróconego opodatkowania, to i tak do oceny ofert przyjęta byłaby analogiczna kwota brutto oferty TOYA. Zgodnie z art. 91 ust. 3a PZP jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. W każdym zatem przypadku dochodziłoby do oceny oferty w kwocie brutto. Różnica pomiędzy stanowiskiem Zamawiającego, a Odwołującego polega na tym, że Zamawiający powiększył całą kwotę za tablety (wraz z ładowarkami) o kwotę należnego VATu, zaś w przypadku stanowiska Odwołującego część tej kwoty (za ładowarki samochodowe) powinien w kwocie brutto podać sam wykonawca, zaś pozostałą kwotę winien samodzielnie ubruttawiać Zamawiający. Nie zmienia to jednak faktu, iż zawsze byłaby to ta sama kwota (!) i zawsze w ramach kryterium oceny ofert oceniana byłaby ta sama kwota.

Zgodnie zatem z zasadami rządzącymi postępowaniem odwoławczym przed KIO, zarzucane naruszenie nie miałoby istotnego wpływu na wynik postępowania, co w zgodzie z art. 192 ust. 2 PZP stanowi przyczynę oddalenia odwołania. Jak słusznie zauważa KIO w wyroku z dnia 18 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 492/16) jak wynika z art. 192 ust. 2 p.z.p., ustawodawca zdecydował, że aby odwołanie zostało uwzględnione nie wystarczy wykazanie jakiegokolwiek naruszenia p.z.p., ale konieczne jest udowodnienie wystąpienia naruszenia kwalifikowanego, tj. takiego, które wpływa lub może wpłynąć istotnie na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wedle utrwalonego orzecznictwa KIO istotny wpływ na wynik postępowania to wpływ tego rodzaju, że uwzględnienie odwołania prowadzi do wyboru innej oferty niż dotychczas wybrana, jako oferty najkorzystniejszej. Jak orzekła KIO w wyroku z dnia 30 września 2016 r. (połączone sprawy KIO 1594/16; KIO 1603/16; KIO 1616/16; KIO 1617/16) Z istotnym wpływem na wynik postępowania, o którym mowa w przepisie art. 192 ust. 2 p.z.p., mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Jak wskazywano to powyżej w omawianym przypadku nie mielibyśmy bowiem do czynienia z błędem w obliczeniu ceny oferty, a co najwyżej z błędem we wskazaniu przez TOYA zakresu

27

Sygn. akt KIO 685/17

w jakim wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, i we wskazaniu nazwy [rodzaj] towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania wartości bez kwoty podatku. Takiego rodzaju wadliwość oferty wykonawcy nie jest jednakże postrzegana jako podstawa odrzucenia oferty, jak zwróciła na to uwagę KIO w wyroku z dnia 17 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1966/15) Nawet gdyby przyjąć, że wykonawca w sposób niewłaściwy wskazał na rozłożenie obowiązku podatkowego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, to działanie

takie nie może być rozpatrywane w kategorii błędu w obliczeniu ceny i nie może wywoływać skutku w postaci odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6p.z.p. Z kolei w wyroku z dnia 11 grudnia 2015 r. (sygn. akt. KIO 2555/15) Izba orzekła Odnosząc się do przyjętego w ustawie rozumienia pojęcia cena, należy stwierdzić, że błędne poinformowanie lub niepoinformowanie Zamawiającego przez wykonawcę o obowiązku doliczenia do zaoferowanej ceny podatku VAT, nie ma wpływu na cenę wykonania zamówienia, gdyż ta informacja wykonawcy wobec Zamawiającego jest irrelevantna.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny.

Zarzut zaoferowania przez TOYA ceny rażąco niskiej jest niezasadny.

W stosunku do tego zarzutu odwołania w pierwszej kolejności podnieść należy, iż zarzut ten został podniesiony w stosunku do dwóch cen jednostkowych: (1) ceny uchwytu tabletu oraz (2) ceny digitizera. Tymczasem w świetle utrwalonej linii orzeczniczej KIO ocena ceny rażąco niskiej następuje nie w odniesieniu do cen jednostkowych, ale do ceny łącznej, czyli ceny łącznej za cały przedmiot zamówienia. W przypadku niniejszego Odwołania, w stosunku do ceny łącznej, w ogóle nie pojawia się zarzut zaoferowania ceny łącznej co już samo przez się czyni ten zarzut zarzutem niezasadnym.

Jak podkreśliła KIO w wyroku z dnia 25 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 366/16) Ceny jednostkowe w ofercie nie przesądzają o istnieniu rażąco niskiej ceny, lecz decyduje o tym dopiero wartość całkowita przedmiotu zamówienia (niepubl. zamieszczony w Systemie Informacji Prawnej LEX). Podobnie przyjęła KIO w wyroku z dnia 14 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2599/15) uznając Ceny jednostkowe w ofercie, nie przesądzają o istnieniu rażąco niskiej ceny, lecz decyduje o tym dopiero wartość całkowita przedmiotu zamówienia (niepubl. zamieszczony w Systemie Informacji Prawnej LEX). W powyższą linię orzeczniczą KIO wpisuje się też wyrok KIO z dnia 24 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 916/12), w którym Izba orzekła, że Rażąco niską cenę należy odnosić do całkowitej ceny oferty, a nie do jej cen jednostkowych. Teza ta jest tym bardziej zasadna w sytuacji, gdy powszechną praktyką przy kalkulowaniu cen ofert jest tzw. "przenoszenie" kosztów prac, które mają być wykonane w

28

Sygn. akt KIO 685/17

terminie późniejszym do pozycji, które będą wykonane wcześniej. Twierdzenie, że niektóre/pozycje kosztorysowe w ofercie są znacznie zaniżone nie uzasadnia jeszcze tezy, że cena całkowita oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej i nie stwarza podstaw do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 p.z.p.

Zamawiający jest wprawdzie świadomy, iż przepis art. 90 ust. 1 PZP (w brzmieniu nadanym postanowieniami ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw - Dz. U. z 2016 r. poz. 1020 z późn. zm.) stanowi podstawę do badania w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej nie tylko ceny (całkowitej) ale także jej części składowych, tym nie mniej przepis ten dotyczy jedynie części składowych ceny o charakterze istotnym. PZP nie precyzuje wprawdzie jak rozumieć pojęcie istotnych elementów ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 PZP tym nie mniej posłużenie się przez ustawodawcę kwantyfikatorem „istotności” wskazuje, że chodzi w tym przepisie o takie elementy oferty, które w znaczący sposób wpływają na cenę jako taką lub też dotyczą zapłaty za kluczowe świadczenia wchodzące w przedmiot zobowiązania wykonawcy wynikającego z umowy w sprawie zamówienie publicznego.

Ceny jednostkowe zakwestionowane przez Odwołującego, tj. (1) ceny uchwytów tabletów oraz (2) ceny digitizerów w żadnym przypadku nie mają takiego charakteru. Nawet w przypadku oferty odwołującego wartość wszystkich 400 szt. uchwytów tabletów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia to 79.600 PLN netto, co przy wartości ceny całkowitej 5.504.800,00 PLN netto stanowi ok. 1,45% ceny łącznej (i). Z kolei wartość 400 szt. digitizerów to jedynie 73.200 PLN netto, czyli ok 1,35% ceny łącznej (!). Tym samym ceny obu zakwestionowanych elementów to jedynie niecałe 3% ceny łącznej samego odwołującego. Zwrócić przy tym należy uwagę, iż w przypadku innych ofert jest to jeszcze mniejszy odsetek, gdyż to Odwołujący zaoferował najwyższe ceny jednostkowe akcesoriów do tabletów. Trudno zatem uznać, aby ceny składowe w kwocie stanowiącej ok. 1,5% ceny łącznej większości ofert i niecałe 3% ceny łącznej samego odwołującego stanowiły istotny element ceny.

Ceny jednostkowe zakwestionowanych elementów (uchwyt do tabletów, digitizer] nie dotyczą też kluczowych świadczeń wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotem zamówienia jest „Dostawa urządzeń mobilnych typu tablet o podwyższonej klasie odporności (typ rugged) przeznaczonych do użytku zewnętrznego przez pracowników brygad terenowych wraz z akcesoriami”. Kluczowym elementem przedmiotu zamówienia jest zatem tablet, a nie akcesoria do niego. W świetle KC tablet stanowi przecież rzecz główną, a akcesoria są jedynie przynależnościami. Zgodnie z przepisem art. 51 § 1 KC przynależnościami są rzeczy

29

Sygn. akt KIO 685/17

ruchome potrzebne do korzystania z innej rzeczy (rzeczy głównej) zgodnie z jej przeznaczeniem, jeżeli pozostają z nią w faktycznym związku odpowiadającym temu celowi. Mając na uwadze charakter uchwytu do tabletu i digitazera jako przynależności tabletu (jako rzeczy głównej) nie sposób uznać cen tych elementów przedmiotu zamówienia za istotne elementy ceny w rozumieniu art. 90 ust. 1 PZP.

Fakt, iż tablety stanowiły zasadniczą (kluczową) część przedmiotu zamówienia, zaś akcesoria jedynie stanowią ich przynależności ma też istotne znaczenie dla rozumienia postanowień SIWZ dotyczących ceny oferty. Zamawiający nie nakazał autonomicznej kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych akcesoriów, lecz ceny łącznej. W związku z powyższym, jak zauważa KIO w wyroku z dnia 19 lutego 2014 r. (połączone sprawy KIO 219/14; KIO 221/14) Wykonawca nie ma obowiązku kalkulacji każdego jednego elementu składowego wyceny oferty na poziomie rentowności. Cena całkowita oferty ma bowiem być skalkulowana w ten sposób, aby pokryć koszty wykonanych prac oraz przynieść wykonawcy zysk, dla osiągnięcia którego złożył ofertę i podjął się realizacji zadania. Rażąco niska cena odnoszona jest, jak wynika z treści przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. i art. 90 ust 3 p.z.p. do przedmiotu zamówienia, a nie wybranego elementu zamówienia. Analogicznie, w wyroku z dnia 22 lipca 2013 r. (połączone sprawy KIO 1680/13; KIO 1695/13) KIO przyjęła, że Rażąco niską cenę ustala się i odnosi do ceny całkowitej za przedmiot zamówienia, gdyż stanowi tak wprost art. 90 ust 3 oraz art 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Nawet niedoszacowanie jednego z elementów kalkulacji cenowej, nie może wprost świadczyć o rażąco niskiej cenie całkowitej oferty, przekładającej się na rentowność kontraktu.

Analiza oferty TOYA wskazuje, iż jest to cena realna z punktu widzenia kosztów zamówienia. Co szczególnie istotne cena tej oferty jest kwotą wyższą od kwoty pierwotnie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Podczas otwarcia ofert Zamawiający wskazał, iż na sfinansowanie zamówienia przeznacza kwotę 5.289.000 PLN. Tymczasem oferta TOYA opiewa, po doliczeniu przez Zamawiającego podatku VAT zgodnie z art. 91 ust. 3a PZP, na kwotę 5.707.200 PLN.

Cena oferty TOYA nie była też ceną najtańszą, lecz ofertą z trzecią ceną (ceną łączną) w kolejności. Oferty dwóch wykonawców (Mega Sonic SA z siedzibą w Warszawie oraz Komputronik Biznes Sp. z o.o. w Poznaniu) były ofertami tańszymi od oferty TOYA. Żadna z cen całkowitych tych ofert, w tym w szczególności cena zawarta w ofercie TOYA nie przekracza różnicy 30 % wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 PZP, zatem nie zachodzi przypadek obowiązkowego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej opisany w art. 90 ust. 1a pkt 1 in principe PZP. W niniejszej sprawie nie ma też miejsca sytuacja, w której cena całkowita oferty TOYA jest niższa o co najmniej 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (art. 90 ust. 1a pkt 1 in fine PZP), co w

30

Sygn. akt KIO 685/17

konsekwencji oznacza, iż także z tego powodu Zamawiający nie był obowiązany do wezwania TOYA do złożenia wyjaśnień swojej ceny.

Zarzut sformułowany przez Odwołujące go został wywiedziony wyłącznie z faktu, iż ceny dwóch akcesoriów w ofercie TOYA są niższe niż ceny w ofercie odwołującego. Odwołujący

porównując natomiast całkowicie w swoim odwołaniu kwotę ceny łącznej oferty. Z faktu, iż Odwołujący zaoferował najdroższe ceny akcesoriów nie wynika jeszcze, aby oferty innych wykonawców były ofertami z ceną rażąco niską, jeżeli weźmie się pod uwagę zestaw obejmujący (1) tablet wraz z ładowarką samochodową, (2) uchwyt, (3) digitizer, (4) bateria zapasowa, (5) torba ochronna i (6) folia ochronna to różnice pomiędzy poszczególnymi ofertami są relatywnie niewielkie i stanowią normalne ceny zaoferowane na rynku konkurencyjnym.

W zakresie przeliczenia kosztów gwarancji omawiany zarzut odwołania został skonstruowany przy założeniu, iż żywotność poszczególnych akcesoriów na jakie udzielili gwarancji oznacza Wykonawcy przedłużonej automatycznie konieczność przekazania wielokrotności tych akcesoriów w okresie przedłużonej gwarancji jakości. Założenie to jest skonstruowane tylko na potrzeby z góry przyjętej tezy o cenie rażąco niskiej w ofercie TOYA.

Faktyczna żywotność poszczególnych akcesoriów jest zróżnicowana w zależności od ich jakości. Przyjęte w opisie przedmiotu zamówienia (Rozdział II SIWZ) wyjściowe okresy gwarancji zostały przyjęte z uwagi na praktyki rynkowe sprzedawców i dystrybutorów, jak również celem uniknięcia przez Zamawiającego zarzutu ograniczenia konkurencji w związku ze zbyt wygórowanym oczekiwaniem minimalnego okresu gwarancji. Wieloletnie doświadczenia Zamawiającego wynikające z dotychczasowego użytkowania tabletów typu rugged wskazują, iż założenie przyjęte przez Odwołującego jest czysto hipotetyczne, a trwałość poszczególnych akcesoriów jest zdecydowanie dłuższa niż wskazuje to w odwołaniu Odwołujący. Czymś innym jest bowiem faktyczny okres trwałości danej rzeczy, a zupełnie czymś innym umowny okres odpowiedzialności za rzecz ustalony w zobowiązaniu gwarancyjnym (art. 577 KC). Ponadto nie można zapominać, iż reżim gwarancji jakości to rodzaj odpowiedzialności za wady rzeczy. W żadnym przypadku nie można tego mylić z normalnym zużyciem rzeczy, które przecież następuje w toku normalnej eksploatacji. Z tego też powodu element najszybciej zużywający się (czyli folie ochronne na ekran zostały zamówione w ilości aż 1200 szt.).

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi i wywodzi jak na wstępie pisma.

W piśmie z dnia 10 kwietnia 2017 roku przystępujący w sprawie popierając stanowisko zamawiającego wywodził jak poniżej.

31

Sygn. akt KIO 685/17

W ocenie Przystępującego odwołanie Odwołującego jest całkowicie bezzasadne. Tym samym, Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania. Wszystkie zawarte w odwołaniu tezy Odwołującego są błędne, nie znajdują oparcia w faktach oraz są oparte wyłącznie o domniemanie Odwołującego. Ponadto, przytoczone przez Odwołującego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej na rzekome potwierdzenie argumentacji Odwołującego jest nieadekwatne i nie znajduje analogii w niniejszej sprawie. Szczegółową argumentację Przystępujący przedstawi na posiedzeniu i rozprawie.

Przystępujący zauważa również, że już sam Zamawiający niezwykle wnikliwie i skrupulatnie dokonywał oceny wszystkich ofert. Postępowanie zostało rozstrzygnięte przez Zamawiającego dopiero po upływie blisko 4 miesięcy od terminu składania ofert. Według wiedzy z pozyskanych kopii ofert Przystępującego, wynikającej konkurencyjnych wykonawców wynika, że w toku oceny ofert Zamawiający wielokrotnie dokonywał czynności wzywania wykonawców do uzupełnienia ofert oraz składania wyjaśnień. W każdym, nawet najbardziej szczegółowym aspekcie, mogąym budzić prawnie uzasadnione wątpliwości Zamawiającego (a nawet można zaryzykować tezę -- w ocenie Przystępującego - iż Zamawiający w niektórych przypadkach czynił to wręcz nadgorliwie). Należy podkreślić, że na 5 ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający ostatecznie dokonał odrzucenia 3 z nich. Żaden z odrzuconych wykonawców nie złożył odwołania, co dodatkowo świadczy o profesjonalizmie, słuszności i skrupulatności działań Zamawiającego. Warto również zauważyć, że Zamawiający jakim jest ENEA Operator Sp. z o.o. jest podmiotem, który według wiedzy Przystępującego przeprowadza nawet kilkaset postępowań przetargowych rocznie i w ocenie Przystępującego należy do jednego z najbardziej doświadczonych zamawiających w kraju w zakresie praktyki zamówień publicznych.

Szczególnego podkreślenia wymaga natomiast fakt, że również oferta Przystępującego była przedmiotem wnikliwej i dogłębnej analizy przez Zamawiającego, o czym świadczy przede wszystkim wezwanie Przystępującego w toku oceny oferty do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazania zdolności zawodowej Przystępującego. Kwestia ta była bardzo gruntownie wyjaśniona przez Przystępującego w oparciu o wnikliwą analizę prawną przeprowadzoną przez renomowaną kancelarię prawną specjalizującą się w zakresie praktyki prawa zamówień publicznych, oraz dodatkowo popartą licznym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Tymczasem Odwołujący zdaje się pomijać ten istotny fakt i w swoim odwołaniu nawet nie odniósł się do tej argumentacji, a jedynie w sposób całkowicie nieuzasadniony i oparty na domniemaniach podnosi tę samą okoliczność, która była już przedmiotem wnikliwej analizy przez Zamawiającego w oparciu o rzetelne wyjaśnienia Przystępującego, poparte gruntowną analizą prawną oraz bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

32

Sygn. akt KIO 685/17

W ocenie Przystępującego świadczy to o skrajnie negatywnym kontekście wniesienia odwołania przez Odwołującego, wyłącznie „dla zasady”, tak aby utrudnić Zamawiającemu dalszy przebieg postępowania. Dodatkowym o ile nie najważniejszym -- dowodem na poparcie tej tezy jest fakt, że Odwołujący de facto nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania, ponieważ oferta złożona przez Odwołującego jest oferta najdroższą spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu oraz rażąco przekracza środki, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tym samym, Przystępujący wnosi jednocześnie o oddalenie odwołania Odwołującego ze względu na fakt, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania, stosownie do przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący wskazuje, że według informacji z otwarcia ofert Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę brutto 5.289.000,00 zł. Tymczasem cena oferty Odwołującego (po doliczeniu podatku VAT rozliczanego na zasadzie tzw. „odwrotnego obciążenia”) wynosi 6.770.904,00 zł. Jest to kwota przekraczająca o 1.481.904,00 zł kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W ocenie Przystępującego, Odwołujący nie posiada zatem żadnej realnej szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, nawet gdyby odwołanie Odwołującego mogło zostać uznane przez Krajową Izbę Odwoławczą za zasadne. Na potwierdzenie Przystępujący przytacza przykładowy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 201 r., sygn. akt. JO 1154/11, cytując:

"Odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na stwierdzony przez Izbę, brak legitymacji Odwołującego. w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Jak podkreśla się w orzecznictwie, legitymacja uprawniająca do korzystania ze środków ochrony prawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi materialno-prawną przesłankę zasadności odwołania i podlega ocenie na dzień jego wniesienia. Stwierdzenie braku tej legitymacji skutkuje koniecznością oddalenia odwołania, bez rozpatrywania zarzutów, niezależnie od ich treści merytorycznej i ich zasadności. Zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem środki ochrony prawnej przysługują m. in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Niezbędne jest zatem stwierdzenie, po pierwsze, że wykonawca posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, po drugie, że poniósł lub może ponieść szkodę i po trzecie. Że potencjalna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący, w pierwszej kolejności, obowiązany był wykazać, iż posiada lub posiadał interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne i jednocześnie, że poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp. Z orzecznictwa bezspornie wynika, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczyć powinien tego

33

Sygn. akt KIO 685/17

zamówienia, którego dotyczy odwołanie, tym samym jak podnosi się także w doktrynie -

konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, prowadzonego w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwie Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem ubiega się o udzielenie tego zamówienia, składając w przedmiotowym postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Jednakże przepis art. 179 ust. 1 ustawy PZP wymaga od wnoszącego odwołanie wykonawcy nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale również wykazania - jak wcześniej wskazano - poniesionej szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP. Tak jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy jakiego doznaje lub dozna poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Tym samym oferta wnoszącego odwołanie - w przypadku uwzględnienia zarzutem, powinna być uznana za najkorzystniejszą i dane postępowanie powinno zakończyć się zawarciem umowy z Odwołującym. Odwołujący - w toku rozprawy - nie wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu związanych z nie wyk/uczeniem z postępowania wykonawcy Netia S.A. i brakiem odrzucenia oferty tego wykonawcy. W toku postępowania odwoławczego ustalono bowiem, że Odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż wybór oferty tego wykonawcy nie prowadziłby do zawarcia z tym wykonawcą umowy, lecz do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy PZP- Oferta ta zawiera bowiem cenę, przewyższającą kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, która to kwota nie mogła być zwiększona do ceny oferty Odwołującego, w przypadku uznania tej oferty za najkorzystniejszą. To oznacza, że nawet w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że zarzuty Odwołującego wskazane w odwołaniu, są zasadne nie mógłby on uzyskać tego zamówienia. Odwołujący się wykonawca nie wykazał zatem szkody jaką poniósł lub może ponieść w związku z brakiem wykluczenia wykonawcy Netia S.A. z postępowania i nie odrzuceniem oferty tego wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że wykazanie szkody, o której stanowi przepis art. 179 ust.1 ustawy PZP, jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w interesie i na korzyść odwołującego, skutkiem czego - jak już wyżej wskazano - możliwe byłoby zawarcie umowy z Odwołującym, jak oświadczył umocowany przedstawiciel Zamawiającego nie jest możliwe podwyższenie środków na realizację zamówienia, a zatem - jak już wskazano - zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia zarzutów i żądań podnoszonych w odwołaniu oraz wyboru oferty jako najkorzystniejszej Telekomunikacja Polska S.A postępowanie to podlegałoby unieważnieniu i tym samym nie byłoby możliwe zawarcie umowy z Odwołującym.

Sygn. akt KIO 685/17

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Na podstawie, przeprowadzonych na rozprawie dowodów na wniosek odwołującego, zamawiającego oraz przystępującego z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego oraz dowodów z dokumentów przedstawionych w toku postępowania odwoławczego oraz złożonych wyjaśnień na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

Odwołujący podniósł w odwołaniu następujące zarzuty:

1/ wadliwe dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty - TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o. w Łodzi pomimo tego, iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle art. 91ust.1 PZP, a wykonawca nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia;

2/ zaniechanie wykluczenia firmy TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o. z postępowania z uwagi na niewykazanie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz warunku posiadania zdolności finansowej - art.22 ust.1 b pkt 2 i 3; art.24 ust.1 pkt 12 w związku z art. 22 a PZP, w z § 2 ust. 4 pkt.2; ust.2 pkt.3; § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. 2016r. poz. 1126).

3/ zaniechanie odrzucenia oferty firmy TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o. z uwagi na

złożenie oferty przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu - art.89 ust.1 pkt.5 PZP
oraz 4) zawierającej rażąco niską cenę - art.89ust.1 pkt. 4 PZP;
oraz
5) zawierającej błędy w obliczeniu ceny - art.89ust.1 pkt.6 PZP;
4) zaniechanie wezwania do wyjaśnienia, uzupełnienia oferty na podstawie art.26 ust.3 i 4
PZP w zakresie spełnienia warunku posiadania zdolności finansowej oraz warunku
posiadania wiedzy i doświadczenia.
5) zaniechanie wszczęcia procedury określonej w art. 90 ust.1 PZP celem wyjaśnienia
wysokości istotnych części składowych zaoferowanych - urządzeń, sposobu kalkulacji ceny,
w szczególności w zakresie rozszerzonej gwarancji na cały przedmiot zamówienia.
6/ naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji określonej w art.7 PZP
poprzez dokonanie oceny ofert w sposób, który dyskryminuje odwołującego.

35

Sygn. akt KIO 685/17

Wobec dokonanych na rozprawie ustaleń Izba następująco rozważyła podniesione zarzuty:

1. Co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art.22 ust.1 b pkt 2 i 3; art.24 ust.1
pkt 12 w związku z art. 22 a PZP w związku z § 2 ust. 4 pkt.2; ust.2 pkt.3; § 9
rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016r. w sprawie dokumentów, jakich
może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia
(Dz.U. 2016r.poz. 1126) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz
sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Izba ustaliła w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego, że zamawiający
żądał na jego potwierdzenie oprócz wymaganego wykazu dostaw również przedłożenia
referencji, które stały się podstawą podniesionego w odwołaniu zarzutu. W toku
postępowania wyjaśniającego Izba ustaliła, że wykonawca wybrany to jest przystępujący
po stronie zamawiającego był wzywany przez zamawiającego do dostarczenia wykazu
dostaw oraz referencji potwierdzających należyte ich wykonanie (pismo z dnia 23
stycznia 2017 r. - pkt 1 tego pisma).

Wykonawca wybrany pismem z dnia 30 stycznia 2017 roku udzielił zamawiającemu
odpowiedzi i załączył wykaz zrealizowanych zamówień w okresie ostatnich 3 lat oraz
dołączając poświadczenia oraz referencje. Według siwz (specyfikacja istotnych
warunków zamówienia) na wykazanie posiadania doświadczenia zawodowego miały być
wykonane co najmniej 2 dostawy na łączną kwotę co najmniej 1 mln zł. Według
argumentacji odwołującego z załączonego wykazu i dokumentów do tego wykazu
wynikało, że tylko dostawa ujęta w pkt 4 na kwotę 28. 290 zł została wykonana należycie
a wynikało to z referencji Teokris z dnia 4 października 2016 roku i użytego w niej zwrotu „godnego zaufania
partnera”. Z kolei według odwołującego takich wniosków nie można

wyprowadzić z pisma z dnia 21 stycznia 2016 r. wystawionego przez Komendę Główną
Straży Granicznej za trzy dostawy w ramach jednej umowy na łączną kwotę
2.714. 000,00 zł zrealizowanych od czerwca do listopada w 2016 roku. Bowiem nie ma w
tym dokumencie o nazwie „Poświadczenie” żadnego stwierdzenia, że dostawy sprzętu
zostały wykonane należycie lub innego tego rodzaju określenia, z którego można byłoby
wywieść należyte wykonanie dostaw.

Tym bardziej, że zamawiający po dostarczeniu pisma z dnia 30 stycznia 2017 roku wraz
z załącznikami wezwał w dniu 16 lutego 2017 roku wykonawcę do wyjaśnienia treści
złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 PZP.

Wykonawca wybrany pismem z dnia 21 lutego 2017 r. udzielił odpowiedzi na wezwanie
zamawiającego. W piśmie tym wyjaśnił, że Komenda Główna Straży Granicznej nie ma w

36

Sygn. akt KIO 685/17

zwyczaju wystawiać innego rodzaju dokumentów a dokumenty złożone są wystarczające.
Niemniej przystępujący stwierdził, że w razie dalszych wątpliwości gotowy jest zwrócić
się do Komendy Głównej Straży Granicznej z prośbą o wystawienie nowego

poświadczenia/referencji o rozszerzonej treści.

Z kolei zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające i wybrał ofertę przystępującego, uznając ją za najkorzystniejszą.

Odwolujący na rozprawie w poczet dowodów złożył wniosek o udostępnienie informacji publicznej - pismo z dnia 7 kwietnia 2017 r. o potwierdzenie czy dostawy zostały należycie, terminowo i zgodnie z umowami wykonane, czy też zostały naliczone kary umowne oraz o udostępnienie protokołów odbioru dostaw. Odwołujący do tego wniosku załączył poświadczenie z dnia 25 listopada 2016 r., to jest załącznik do wykazu przystępującego. Odwołujący otrzymał pismo od Komendy Głównej Straży Granicznej z dnia 20 kwietnia 2017 r. KG/01/III/01/80/48.2017.KP. z którego wynika, że dostawy zostały wykonane po terminie i zostały naliczone kary umowne za nienależyte wykonanie umowy. Załączone zostały do tego pisma protokoły w ilości 4 sztuk z których wynika, że są to te same ilości tabletek jak wynikające z wykazu dostaw, złożonego przez wykonawcę wybranego.

Zamawiający na rozprawie odnosząc się do przedstawionych dowodów podniósł, że z dokumentu przedłożonego na rozprawie przez odwołującego wynika tylko tyle, że kary umowne naliczone były za 2 dni i dotyczyło to 17.06.2016 r. Dokonując oceny załączonych protokołów odbioru to dostawy tabletek opisanych w protokołach, świadczą o terminowych dostawach, odpowiedniej ilości wykonanych dostaw w stosunku do postawionego wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający zwrócił uwagę na dwa reżimy odpowiedzialności wynikające z KC, to jest nienależytego wykonania z art. 471 i niedotrzymania terminu wynikającego z art. 476. Mimo przedłożonych dokumentów, w tym protokołu z dnia 17.06.2016 r. nie wynika z niego, czy

uchybiecie terminu było wynikiem zwłoki, czy też opóźnienia. W kontekście, iż większość dostaw była wykonana w terminie uważa, że zarzut niewykonania należytego nie został wykazany przez odwołującego. Zwraca uwagę, że sam odwołujący zdaje sobie sprawę ze skutków, czy to należytego wykonania, czy to terminowego, bo we wniosku pyta się o potwierdzenie należytego i terminowego wykonania. Zamawiający uważa, że gdyby nie miało miejsca należyte wykonanie, to Straż Graniczna nie wystawiłaby poświadczenia i odnosi to do treści art. 65 par. 1 KC. Reasumując zamawiający na rozprawie stwierdził, że z przedstawionych dokumentów, zarówno do wykazu jak i na rozprawie przez odwołującego, uzyskanych ze Straży Granicznej nie ma podstaw do wywiedzenia nienależytego wykonania dostaw.

Sygn. akt KIO 685/17

Poza tym zamawiający odnosząc się do referencji, to na dzień wydania tego dokumentu, używane było w rozporządzeniu poświadczenie i tym zwrotem potwierdzono wykonanie. Zwrócił również uwagę na wysokość kary umownej podanej na poziomie 7.000,00 zł w stosunku do całej wartości zamówienia. Również zwrócił uwagę na rozróżnienie w KC niewykonania, nienależytego wykonania, czy też nieterminowego wykonania, które to uwzględniają przepisy czy to art. 471, czy art. 476 i w rozporządzeniu przewidziano należyte wykonanie umowy. Trudno w tym wypadku, wobec dziś przedłożonych dowodów przez przystępującego, nie zwrócić uwagi na konkretny przypadek, który powodował nieterminowe wykonanie z powodów, jak wskazał przystępujący siły wyższej. Z kolei przystępujący popierając stanowisko zamawiającego wyjaśniał na rozprawie przedkładając dowody na ich poparcie. Zwrócił uwagę, że jeżeli chodzi o Straż Graniczną to już w wyjaśnieniu do zamawiającego informowano o praktykach Straży Granicznej, która nie potwierdza co do zasady należytego wykonania umowy. Odwołujący również uzyskał odpowiedź bez jakiegokolwiek oceny. Natomiast kary wyniosły łącznie kwotę 7.000,00 zł przy całości kontraktu na kwotę 4.000.000,00 złotych. Poza tym wyjaśniał, że nie on spowodował przedłużenie dostaw, tylko jego kontrahent Panasonic miał problemy z dostawą, z uwagi na zagrożenia terrorystyczne i konieczność dodatkowych międzyładowań. Towar był dostarczany z Japonii, ale Straż Graniczna nie uwzględniła tej okoliczności mimo, że przeszkody miały charakter siły wyższej. Przedłożył w tym miejscu pismo do Straży Granicznej z dnia 17.06.2016 roku o wystąpieniu siły wyższej, wraz z załączonymi dowodami, są to listy przewozowe przewoźnika, które wskazują, w jakich dniach i gdzie na świecie znajdował się towar. Załączono również oświadczenie

producenta Panasonic informujące o drobnym opóźnieniu. W związku z tak małą karą umowną wykonawca wybrany nie występował na drogę sądową.

Izba zważyła

Zarzut co do braku posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego przez wykonawcę wybranego Izba uwzględniła, ponieważ w toku postępowania odwoławczego został on przez odwołującego udowodniony. Zgodnie z przywołanym par.2 ust.4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. 2016 rok poz. 1126) obowiązkiem wykonawcy jest przedstawić na dowód posiadanego doświadczenia zawodowego nie tylko wykaz w tym przypadku wykonanych dostaw ale również dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie. Przy czym dowodem na należyte wykonanie dostaw są referencje lub inaczej nazwane dokumenty z których niezależnie od nazwy dokumentu wynika potwierdzenie

38

Sygn. akt KIO 685/17

należytego ich wykonania. Tak więc dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie dostaw jest w szczególności dokument w praktyce zamówień publicznych funkcjonujący o nazwie „referencja” czy jak w poprzednio obowiązującym stanie prawnym „poświadczenie”. Niemniej różne nazwy dokumentów czy to poświadczenie, czy to referencja nie oznaczają, że ich treść w zależności od ich nazwy może być różna, ponieważ w każdym przypadku jej celem jest potwierdzenie należytego wykonania umowy, co wynika z treści przywołanego powyżej rozporządzenia. Tak więc zarówno z treści poświadczenia jak i referencji powinno wynikać należyte wykonanie umowy. Skutki braku stwierdzenia należytego wykonania umowy w referencji czy to w poświadczeniu obciążają wykonawcę, który w niniejszej sprawie nie wykazał obiektywnych przeszkód w uzyskaniu dokumentu referencji. W niniejszym przypadku podmiot wystawiający referencję nie użył w wystawionym poświadczeniu określenia wskazującego na prawidłowe/należyte wykonanie umowy a jedynie użył określenia „umowa została wykonana”. Tym samym brak oceny jak wykonano dostawę dyskredytuje znaczenie referencji/poświadczenia jako wymaganego dokumentu w myśl powołanego powyżej paragrafu 2 ust.4 pkt 2) w/w rozporządzenia Ministra Rozwoju. W związku z powyższym należało uznać za słuszny zarzut odwołującego, że wykonawca wybrany nie przedstawił wymaganego doświadczenia zawodowego z potwierdzeniem należytego wykonania umowy. Powyższe wynika z okoliczności, że poświadczenie nie zawiera oceny co do wykonania zamówienia a odwołujący na rozprawie przedstawił dowód wskazujący na to, że umowa nie została wykonana terminowo a wykonawca wybrany został obciążony karą umowną. O powyższej okoliczności wykonawca wybrany nie poinformował zamawiającego, składając na jego wezwanie wyjaśnienie w związku z brakiem potwierdzenia w wystawionym poświadczeniu należytego wykonania poza tylko stwierdzeniem, że umowa została wykonana. Ponadto należy podkreślić, że wykonawca wybrany składając wyjaśnienie na wezwanie zamawiającego deklarował w razie konieczności wystąpienie do Straży Granicznej o potwierdzenie należytego wykonania umowy uzasadniając jednocześnie, że ten zamawiający nie ma w zwyczaju wystawiać innych dokumentów poza wystawionym to jest dokumentów, w których stwierdza się prawidłowość wykonania umowy. W związku z uzyskaną informacją w trybie informacji publicznej odwołujący na rozprawie podniósł zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd co do należytego wykonania umowy. Izba tego zarzutu jako nie podniesionego w odwołaniu nie przyjęła do rozpoznania, ponieważ w myśl art.192 ust.6 PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast Izba wobec stwierdzenia, że wykonawca wybrany został obciążony karą umowną z tytułu przekroczenia terminu wykonania umowy, bez względu na jej wysokość, przyznała rację odwołującemu twierzącemu o braku należytego wykonania umowy. Jednocześnie

39

Sygn. akt KIO 685/17

odnosząc się do okoliczności w jakich nałożono karę to jest przymus dodatkowych międzyładowań z powodu zagrożenia terrorystycznego Izba nie uznała, że powoduje to wprost o bezprawności nałożonych kar. Skoro były to okoliczności na które nie miał wpływu wykonawca i które nie powodują nienależytego wykonania umowy to prawem wykonawcy jest domagać się stwierdzenia należytego wykonania umowy czy to występując do zamawiającego, czy to występując na drogę sądową. Reasumując Izba w świetle zgromadzonego materiału w sprawie nie ma podstaw do stwierdzenia należytego wykonania umowy to jest wbrew przedstawionym w sprawie dowodom. W związku z powyższym orzeczono w zakresie doświadczenia zawodowego o obowiązku wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia dokumentów.

Co do zdolności finansowej

Izba ustaliła i zważyła

Zamawiający dokonując badania sytuacji finansowej wykonawcy wybranego, nie stwierdził braku należytego zabezpieczenia ze strony podmiotu trzeciego, udostępniającego te zasoby. Zamawiający oceniając sytuację finansową przez udzielone zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania zasobów, nie miał wątpliwości co do ich udostępnienia jak i sposobu wykorzystania.

Według zamawiającego zobowiązanie, które jest załączone do oferty, wypełnia warunki siwz a nawet dokument ten przybrał formę umowy, bo zawiera podpisy obydwu stron. Na dodatek w ostatnim akapicie tego zobowiązania strony je podpisujące stwierdzają, że uznają to zobowiązanie jako wiążące porozumienie i wiążącą umowę. Z treści tegoż zobowiązania wynika również, że zasoby zostaną udostępnione w formie przelewu środków, co określa sposób wykorzystania zasobów. Ponadto również stwierdzają, że dysponowanie zasobami będzie w pełnym zakresie i w pełnej wysokości przez cały okres wykonywania umowy. Poza

tym zamawiający podkreśla, że PZP nie wymaga dysponowania przez wykonawcę kredytem, tylko zdolnością kredytową a to pierwsze nie jest równoznaczne z drugim. Zamawiający zauważa, że zarówno zobowiązanie podmiotu trzeciego jak i zaświadczenie banku zabezpiecza zdolność kredytową do kwoty 4 mln złotych a co finalizuje się zobowiązaniem z dnia 23.11.2016r. podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów sytuacji finansowej.

Z kolei przeciwnie, do stanowiska zamawiającego i przystępującego, twierdzi odwołujący w związku z udostępnieniem wykonawcy wybranemu zasobów sytuacji finansowej, przez podmiot trzeci to jest przez D.a P.ego PHU EDDOM D. P. 99-200 Poddębice, Narutowicza 6A.

Na potwierdzenie zdolności finansowej w ofercie wykonawcy wybranego zostało załączone na str. 27 oferty – zobowiązanie z dnia 23.11.2016 r. do oddania zasobów sytuacji

40

Sygn. akt KIO 685/17

finansowej na potrzeby wykonania zamówienia. Według postanowień siwz (str.6) jednym z elementów zobowiązania podmiotu trzeciego udostępnienia zasobów sytuacji finansowej był obowiązek przedstawienia sposobu wykorzystania tego zasobu.

W ocenie odwołującego, którą to ocenę podziela Izba, na dokumencie zobowiązania nie opisano sposobu wykorzystania udzielonego zasobu sytuacji finansowej na rzecz wykonawcy wybranego. Bowiem w dokumencie zobowiązania ograniczono się tylko do określenia formy przekazania pieniędzy to jest do wykonania przelewów („Zasoby zostaną udostępnione w postaci przelewu środków”). W trzecim akapicie od dołu zobowiązania stwierdza się, że TOYA Systemu Komputerowe Sp. z o.o. będzie dysponować zasobami w pełnym zakresie i w pełnej wysokości, przez cały okres wykonywania umowy”. Owszem w zobowiązaniu stwierdza się, że zasoby zostaną udostępnione w postaci przelewu środków. Nie ma jednak wskazanej podstawy dokonania przelewu środków. W tym stanie rzeczy odwołujący oparł zarzut na podstawie pkt 2 str. 6 siwz zgodnie z którym postanowiono, że „Wykonawca polegając na sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art.22a ustawy PZP będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający żąda dokumentów, które określają m.i. „sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego”.

W dniu 30 stycznia 2017r. przy piśmie uzupełnienie dokumentów przesłano opinię bankową, z dnia 16 listopada 2016 r. wystawioną przez Bank Spółdzielczy w Poddębicach potwierdzającą zdolność finansową Pana D.a P.ego, który nie złożył oferty. Co do zobowiązań banku czyli linii kredytowej dla podmiotu udostępniającego zasoby finansowe, to należy zgodzić się z stanowiskiem odwołującego, że linii kredytowej nie można przekazać na rzecz podmiotu, który korzysta z udostępnienia zasobów sytuacji finansowej podmiotu trzeciego. Na tę okoliczność odwołujący przywołał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i tak: z dnia 26.03.15r. o Sygn. akt KIO 454/15, z dnia 10.04.14r. o Sygn. akt KIO 591/14, z dnia 25.02.16r. o Sygn. akt KIO 1996/16. Izba podziela stanowisko odwołującego, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów nie precyzuje na jakiej podstawie ma być przelana kwota i co będzie, jak nie będzie przelana i jak w ogóle można to zobowiązanie wyegzekwować. W tym stanie rzeczy zamawiający powinien nie tylko prosić o dalsze wyjaśnienie jak podnosi odwołujący ale w ocenie Izby ma obowiązek wezwać do uzupełnienia dokumentów. Powyższe wynika z faktu, że w przedłożonym przez wykonawcę wybranego zobowiązaniu z dnia 23.11.2016 r. brak jest sposobu przekazania środków finansowych, a wynika z niego tylko forma przekazania środków finansowych (przelew środków).

41

Sygn. akt KIO 685/17

W ocenie Izby zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentów oferty na podstawie art. 26 ust.3 PZP w zakresie spełnienia warunku posiadania zdolności finansowej. Zgodnie z tym przepisem jeżeli wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art.25 ust.1 lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym.

Powyższa ocena Izby wynika z treści zobowiązania podmiotu trzeciego P.D.a P.ego z dnia 23.11.2016r. do udostępnienia zasobu sytuacji finansowej na potrzeby wykonania zamówienia. Podstawą tego zobowiązania jest treść art.22 a ust.1 PZP i dotyczy sytuacji finansowej podmiotu udostępniającego opisanej w pkt 5.1. lit.c i pkt 5.2 ppkt 2 siwz oraz pkt 6.1. lit.c siwz.

Reasumując zobowiązanie z dnia 23.11.2016 roku nie określa sposobu przekazania środków finansowych. Bowiem wskazanie jako sposób wykorzystania środków tylko formy to jest przelewu środków jest nie wystarczające. Zobowiązanie przedstawione w tej treści nie określa jaka czynność formalna i jakiej treści ma wykonać wykonawca i wobec kogo dla otrzymania wymaganych środków finansowych. Czyli brak określenia czynności co do formy (np.: faks, mail, forma pisemna, elektroniczna z bezpiecznym podpisem lub inne) oraz co do treści: jak ma brzmieć i co zawierać, do czego się odnosić (np.: wezwanie zamawiającego do wykonania dostaw o określonej partii, w określonym terminie, do określonego miejsca), kto może takie wezwanie w imieniu wykonawcy wystosować do udostępniającego zasoby. Dalej brak informacji jak to będzie realizowane (np.; z jakich kont bankowych), w jakim terminie od wezwania, ewentualne skutki nie przekazania środków.

Co do zarzutu, że oferta zawiera rażąco niską cenę - art. 89ust.1 pkt. 4 ustawy PZP oraz zamawiający zaniechał procedury określonej w art. 90 ust.1 ustawy PZP celem wyjaśnienia wysokości istotnych części składowych zaoferowanych - urządzeń, sposobu kalkulacji ceny, w szczególności w zakresie rozszerzonej gwarancji na cały przedmiot zamówienia

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Zamawiający nie uznając kolejnego zarzutu podniósł, że oferta wykonawcy wybranego to kwota 4 690 000zł., którą po ubruttowaniu, zamawiający musi zapłacić do kwoty 5 707 000zł, przy czym na otwarciu ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć brutto 5 289 000zł. Natomiast zarzut został sprowadzony do akcesoriów, czyli elementów składowych wynagrodzenia. Biorąc pod uwagę, że wartość akcesoriów, na podstawie

42

wyceny których odwołujący buduje efekt rażąco niskiej ceny, w ofercie wykonawcy wybranego w sumie wynosi ta wartość około 3% oferty, złożonej przez wykonawcę wybranego, więc podnoszone kwestie, czy to uchwytu, czy to folii, czy to digitizera nie stanowią istotnego elementu wynagrodzenia. Zamawiający natomiast wywodzi, że odwołujący ma najdroższe akcesoria, z czego nie można wywieść rażąco niskiej ceny w ofercie wybranej. Zamawiający przyjął i zaakceptował, że kwestia wyceny akcesoriów w ofercie wykonawcy wybranego mieści się w wycenie tabletów co wywiódł z porównania wycen, które przedłożył odwołujący. Z porównania tych wycen wynika dla zamawiającego, że wykonawca wybrany zaoferował najdroższą cenę tabletu. I tak na przykład odnosząc się do digitizera, to odwołujący wycenił go na 183 zł, a inni oferenci wyceniają na przykład 42 zł, a sam KOMPUTRONIK wlicza koszt digitizera w koszt tabletu i tutaj zamawiający wyjaśnia, że oferta jego została odrzucona, ale z powodu pominięcia w formularzu ofertowym oświadczenia co do gwarancji, które to oświadczenie złożył po upływie terminu składania oferty, a nie z powodu, że nie podał ceny digitizera. Zamawiający oczekując indywidualnych wycen akcesoriów uważa jednak, że można przyjąć, co prawda formalną, ale wycenę rysika na poziomie 1 zł, jak uczynił wykonawca wybrany. Odnosząc się do wyceny uchwytu, to KOMPUTRONIK wliczył jego koszt w cenę tabletu, a wykonawca wybrany określił jako poziom 1 zł, stąd cena 199 zł, jaką podaje LOGON nie jest odpowiednia. Kwestionując złożone na rozprawie wyliczenia przez odwołującego, nie do przyjęcia dla zamawiającego są propozycje w zakresie na przykład wymiany digitizera 9-krotnie w okresie 5 letnim użytkowania. Większość oferentów na to akcesorium przyjęło termin 36 miesięcy, a na dowód tego, że okres ten jest dłuższy przedłożono dowód umowy na akcesoria z 13.04.2016 r. z KOMPUTRONIK z gwarancją na rysiki 24 miesiące i podobnie na folie - 24 miesiące. Z kolei wyjaśnienie złożone na potrzeby tego postępowania z PANASONIC oddział Polski z 09.04.2017 r., gdzie wskazuje dla digitizera, że nie ma w ogóle awaryjności, bo jest ona na poziomie 0,5%, ale odnosi się to do gwarancji tabletu, który przewidziany jest na 4-5 lat. Pokazują też ofertę firmy 3M producenta folii – podaje okres gwarancji 1 rok, a odwołujący wskazuje, że folie należy wymienić co 3 miesiące. Podaje też od 3M gwarancje dla folii i szkła ochronnych na 24 miesiące. Składając te dowody zamawiający zaprzecza wywiodom odwołującego, że jest praktyka na akcesoria, w tym folie, wymiany co 3 miesiące w sytuacji, gdy producenci mówią o 12 czy 24 miesiącach gwarancji. Jednocześnie powszechnie jest wiadomym, że użytkowanie rzeczy jest z reguły dłuższe niż wynika to z okresu gwarancji.

Z kolei odwołujący w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny uważa, że cena została skalkulowana niezgodnie z zapisami SIWZ str. 12 pkt 10, chodzi o wytworzenie digitizera (prezencyjnego rysika) oraz uchwytu na rękę umożliwiającego utrzymanie tabletu na jednej ręce. Według naszej wiedzy i doświadczenia digitizer i uchwyt na rękę powinien być od tego

samego producenta, tj. od Panasonic, aby był kompatybilny z tabletem. To było wymagane w OPZ, str. 24 pkt 3 a i b o kompatybilności akcesoriów. Przedłożył oferty jedyne autoryzowanego przedstawiciela Panasonic z dnia 2 grudnia 2016 r. w której koszt uchwytu na dłoni przy zakupie 400 sztuk wynosi 40 euro za sztukę, natomiast digitizera przy tej samej ilości 39,60 euro za sztukę. Ofertę podpisał przedstawiciel handlowy P. Michał Michałowicz. O nierealności ceny świadczy formularz oferty wykonawcy wybranego (str. 2) gdzie uchwyt na dłoni wyceniono na kwotę 1 zł., digitizer wyceniono na kwotę 11 zł (str. 3); folię ochronną wyceniono na 16 zł. Również ceny innych producentów odbiegają od ceny ofertowej wykonawcy wybranego. Z kolei udzielono gwarancji na tablet na 60 miesięcy (str. 4 oferty). Przy czym nikt nie udzielił gwarancji na 60 miesięcy a jedynie całościowo i maksymalnie na 36 miesięcy. W związku z powyższym odwołujący uważa, że nie zostały prawidłowo wycenione koszty gwarancji w ofercie wykonawcy wybranego, ponieważ w cenie, którą podał wykonawca wybrany, nie są w stanie wykonać gwarancji. Wskazał na pismo Panasonic, który udzielił odpowiedzi, że koszt rozszerzenia gwarancji z 3 do 5 lat to koszt 124,80 euro. Folia jest elementem zużywalnym, również digitizer, uchwyt i na takie elementy udzielają gwarancji 3 miesiące, na uchwyt 12 miesięcy. Na pytanie o rozszerzoną gwarancję na baterię do 5 lat odwołujący uzyskał odpowiedź: 277 euro na sztukę. Na te okoliczności

odwołujący sporządził nową kalkulację kosztów obsługi rozszerzonej gwarancji do 60 miesięcy w miejsce zał. nr 4 do odwołania, zawierający nowe wyliczenie. Z wyliczeń odwołującego niedoszacowanie kosztów uchwytu i digitizera wynosi 2 155 104 zł. Odwołujący odnosząc się do argumentacji zamawiającego, iż oferta wybrana jest powyżej kwoty przeznaczonej na zamówienie stwierdza, że nie ma to znaczenia, bo wszystkie oferty są powyżej budżetu a to świadczy jedynie o tym, jak zamawiający wycenił zamówienie, którą to wycenę stawia pod znakiem zapytania co do jej prawidłowości. Również zwrócił uwagę na aktualną treść art. 90 ust. 1 PZP, który podnosi zagadnienie istotnych części składowych. Uważa, że postępowanie przystępującego zaprzecza przedmiotowi postępowania, który przewiduje dostawę tabletów wraz z akcesoriami a zamawiający odstępuje od przewidzianych w umowie elementów przedmiotu dostawy, zgodnych z tytułem ogłoszenia, a zawsze akcesoria będą miały niski udział w stosunku do wartości tabletów, natomiast nie oznacza to, że można je przedstawiać wbrew postanowieniom SIWZ i uznawać akcesoria jako nieistotne, albo mało istotne. Uważa, że nawet gdyby pominąć rysik i uchwyt, to same baterie, przy gwarancji danej na 5 lat, powodują dodatkowy koszt nie uwzględniony w ofercie wykonawcy wybranego na około jeden mln zł. I zwraca uwagę, że baterii nie naprawia się. Odnosząc się do przedstawionych umów, to zwraca uwagę, że gwarancja musi być wyceniona, im dłuższa tym jest droższa i wówczas wzrasta także cena akcesoriów.

44

Sygn. akt KIO 685/17

W świetle zgromadzonego materiału w sprawie potwierdził się zarzut podejrzenia, iż istotne części składowe zamówienia, wydają się rażąco nisko wycenione w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, co wyczerpuje dyspozycję art.90 ust.1 PZP.

Przedmiotem zamówienia jest „dostawa urządzeń mobilnych typu tablet o podwyższonej klasie odporności (typu rugged) przeznaczonych do użytku zewnętrznego przez pracowników brygad terenowych wraz z akcesoriami”. Natomiast z formularza ofertowego wykonawcy wybranego wynika, że akcesoria nie są wycenione, ponieważ w szczególności uchwyt na dłoń (hand-strap) oraz digitizer wycenione zostały po jednym złoty co oczywistym jest, że nie pokrywa taka wycena nawet kosztu ich produkcji. Przyjęcie przez zamawiającego uzasadnienia, że ich wycena ujęta jest w tablecie jest nieuprawniona z uwagi na przedmiot zamówienia obejmujący jako odrębny element zamówienia akcesoria (folia ochronna na ekran, digitizer oraz uchwyt na dłoń). W związku z tym wykonawca powinien wycenić odrębnie każdy element dostawy ujęty w formularzu ofertowym. W związku z powyższym zamawiający powinien wezwać wykonawcę wybranego do złożenia wyjaśnień na podstawie art.90 ust.1 PZP. Tym samym przedwcześnie jest zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 4 PZP co do rażąco niskiej ceny.

Natomiast Izba nie przyjęła wyjaśnień przystępującego zakresie co do posiadania oferty łącznej na tablet wraz z uchwytem na dłoń i digitizerem, ze względu na przedmiot zamówienia oraz treść formularza ofertowego, który przewiduje osobną wycenę akcesoriów.

Odnosząc się do ładowarki to przywołuje OPZ specyfikacji na str. 23, które mówi w punkcie zasilanie, że ładowarka sieciowa i ładowarka samochodowa są dostarczane w komplecie wraz z urządzeniem czyli tabletem. Nie zgadzam się co do oceny instrukcji Ministerstwa Finansów, bo nie jest to interpretacja, o której mowa w ordynacji podatkowej. Uważam, że formularz oferty pokazuje jedną cenę na tablet i ładowarkę, nie wyróżnia odrębnie ładowarki. W związku z tym brak wyodrębnienia ładowarki, na który brak powołuje się Odwołujący, nie jest błędem. Uważam, że kwestia podnoszona przez Odwołującego, nie może być zakwalifikowana do błędu w obliczeniu ceny, bo niezależnie czy Vat dolicza już w ofercie, czy Vat dolicza Zamawiający po złożeniu oferty, to uzyskuje się tę samą wartość.

Co do zarzutu, że oferta wykonawcy wybranego zawiera błąd w obliczeniu ceny - art.89ust. 1 pkt.6 ustawy PZP. Zarzut nie został wykazany przez odwołującego, ponieważ formularz oferty nie zawiera jako odrębnej pozycji ładowarki a wskazane instrukcje Ministra Finansów nie stanowią przepisu prawa.

45

Sygn. akt KIO 685/17

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r. poz.47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00zł według załączonej faktury VAT.

Przewodniczący: