Sygn. akt: KIO 507/16
Sygn. akt: KIO 508/16
Sygn. akt: KIO 516/16

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2016 r. przez:
1) **Odwołującego – Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** (sygn. akt KIO 508/16);
2) **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Track Tec Construction Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 2) Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego Inżynieryjnego INFRAKOL s.c., ul. Rapackiego 14, 59-400 Jawor** (sygn. akt KIO 516/16),

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale:
A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1) Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie 2) Skanska SK a.s. z siedzibą w Bratysławie,
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, 2) NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie,
zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w zakresie odwołań oznaczonych sygn. akt KIO 508/16 oraz KIO 516/16, po stronie Zamawiającego,

---

orzeka:

1. **oddala odwołania oznaczone sygn. akt KIO 508/16 oraz KIO 516/16,**
2. kosztami postępowania:
   2.1. w sprawie oznaczonej sygn. **akt KIO 508/16** obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 600 zł 00** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz kwotę **324 zł 00 gr** (słownie: trzysta dwadzieścia cztery złote zero groszy) stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę,
   2.2. w sprawie oznaczonej sygn. **akt KIO 516/16** obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 600 zł 00** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz kwotę **324 zł 00 gr** (słownie: trzysta dwadzieścia cztery złote zero groszy) stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 507/16
Sygn. akt: KIO 508/16
Sygn. akt: KIO 516/16

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Modernizacja stacji Libiąż na linii kolejowej nr 93 Trzebinia-Zebrzydowice”.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 2015/S 248-450725 z dnia 23 grudnia 2015 r.

W dniu 29 marca 2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1) Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie 2) Skanska SK a.s. z siedzibą w Bratysławie (dalej: konsorcjum Skanska).

Zamawiający w dniu 13.04.2016 r. podjął czynność unieważnienia wyboru oferty z dnia 29.03.2016 r. oraz prowadzi dalsze badanie oferty konsorcjum Skanska.

Postanowieniem z dnia 22 kwietnia 2016 r., Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 507/16, wobec cofnięcia odwołania przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, 2) NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie. Stan rzeczy wywołany czynnościami Zamawiającego podjętymi po wniesieniu odwołania wskazuje, że Zamawiający prowadzi ponowne badanie oferty konsorcjum Skanska, a czynności Zamawiającego koncentrują się na kwestiach, które zostały podniesione w ramach odwołania o sygn. akt KIO 507/16. Czynności Zamawiającego podjęte po wniesieniu odwołania uczyniły więc, co najmniej, przedwczesnymi zarzuty podniesione przez ww. konsorcjum. Zakończenie prowadzonego obecnie badania oferty konsorcjum Skanska, w zależności od decyzji Zamawiającego, którą Zamawiający odzwierciedli w kolejnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, otworzy dopiero ww. konsorcjum prawo do merytorycznego kwestionowania rozstrzygnięcia Zamawiającego. Szczegółowo Izba wypowiedziała się w tym

zakresie w uzasadnieniu postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie odwołania ozn. sygn. akt KIO 507/16.

Sygn. akt KIO 508/16

W dniu 8 kwietnia 2016 r. Odwołujący – Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenia oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust.1 ustawy p.z.p. poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażające się w wykluczeniu z udziału w postępowaniu spółki Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o., co w konsekwencji spowodowało uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą i nie podlegającą ocenie, przy przyjęciu, iż Odwołujący nie przedłożył prawidłowego dokumentu w postaci gwarancji wadialnej ważnej przez okres związania ofertą, przy braku wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowego dokumentu w postaci gwarancji wadialnej ważnej przez okres związania ofertą, pomimo, iż oferta Odwołującego przez cały okres związania ofertą była zabezpieczona wadium, prawidłowa gwarancja wadialna w postaci Aneksu nr 1 do wadium (gwarancji ubezpieczeniowej) nr 280000115909 z dnia 5 lutego 2016 r., wystawionego w dniu 15 lutego 2016 r, została ustanowiona przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego przed datą składania ofert oraz Odwołujący przedłożył prawidłową gwarancję wadialną Zamawiającemu pismem z dnia 22 lutego 2016 roku,

a zatem jeszcze na etapie oceny przez Zamawiającego ofert złożonych w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia, co umożliwiło Zamawiającemu wywiązanie się z obowiązków ustawowych wyrażających się w przeprowadzeniu weryfikacji, iż oferta Odwołującego była prawidłowo zabezpieczona, co w ocenie Odwołującego uniemożliwiło dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy p.z.p.,

2) art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. poprzez jego niezastosowanie, co wyrażało się w zaniechaniu wezwania Odwołującego do przedłożenia gwarancji wadialnej ważnej przez okres związania ofertą lub aneksu do złożonego wadium (gwarancji ubezpieczeniowej), pomimo iż z okoliczności niniejszej sprawy wynika, iż Odwołujący ustanowił na rzecz Zamawiającego prawidłową gwarancję wadialną ważną na okres związania ofertą, a jedynie omyłkowo nie dołączył jej do oferty, którą to omyłkę następnie poprawił przesyłając Zamawiającemu 22 lutego 2016 roku Aneks nr 1 do wadium (gwarancji ubezpieczeniowej), co czyniło zadość obowiązkowi zabezpieczenia oferty Odwołującego wadium.

4

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) uwzględnienia faktu uzupełnienia oferty wykonawcy (odwołującego) spółki Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie o dokument w postaci Aneksu nr 1 do wadium (gwarancji ubezpieczeniowej) nr 280000115909 z dnia 5 lutego 2016 r., wystawionego w dniu 15 lutego 2016 r., przedłożonego Zamawiającemu przez Odwołującego pismem z dnia 22 lutego 2016 roku, ewentualnie wezwania Odwołującego w trybie art.26 ust. 3 ustawy p.z.p. do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentu w postaci gwarancji wadialnej ważnej przez okres związania ofertą;

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika wg norm prawem przepisanych oraz opłaty od pełnomocnictwa, jak również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów powołanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności w nim wskazane.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że wymogiem przetargu zgodnie z pkt 11 SIWZ było wniesienie przez wykonawców wadium w wysokości 300.000,00 złotych. Termin składania ofert po kilkukrotnych zmianach ostatecznie określono na dzień 17 lutego 2016 roku, a termin związania ofertą wynosił 60 dni od upływu terminu składania ofert. W związku z powyższym, Wykonawcy zobligowani byli do wniesienia wadium na okres od dnia 17 lutego 2016 roku i 60 kolejnych dni kalendarzowych. Odwołujący, stosownie do pierwotnego terminu składania ofert upływającego w dniu 9 lutego 2016 r., w celu prawidłowego zabezpieczenia oferty początkowo ustanowił na rzecz Zamawiającego wadium (gwarancję ubezpieczeniową) ważną na okres od dnia 9 lutego 2016 roku do dnia 9 kwietnia 2016 roku. Wskazać należy, iż po uzyskaniu informacji o zmianie przez Zamawiającego w dniu 10 lutego 2016 terminów składania i otwarcia ofert na dzień 17 lutego 2016 roku, Odwołujący jeszcze przed zmienionym terminem złożenia oferty, tj. w dniu 15 lutego 2016 roku ustanowił prawidłowe zabezpieczenie oferty w postaci Aneksu nr 1 do wadium (gwarancji ubezpieczeniowej) nr 280000115909 z dnia 5 lutego 2016 r., który zmieniał okres ważności gwarancji na czas od dnia 17 lutego 2016 roku do dnia 17 kwietnia 2016 roku, a zatem na okres związania ofertą. Odwołujący omyłkowo nie dołączył powyższego Aneksu do oferty złożonej Zamawiającemu na formularzu z dnia 16 lutego 2016 roku (oferta wpłynęła do Zamawiającego w dniu 17 lutego 2016 roku o godzinie 11:00), a jedynie pierwotny dokument gwarancji wadialnej.

5

Argumentowano następnie, że Odwołujący zauważył wskazaną powyżej omyłkę w zakresie wadium jeszcze na etapie badania złożonych ofert i w dniu 22 lutego 2016 roku

przedłożył Zamawiającemu ww. Aneks nr 1 do wadium (gwarancji ubezpieczeniowej). Przedmiotowe wadium zostało wystawione w prawidłowej wysokości, tj. 300.000,00 zł, na cały okres związania ofertą. Podniesiono, iż Zamawiający w żaden sposób nie uzupełnił oferty Odwołującego o wskazany powyżej aneks, w szczególności nie poprawił omyłki Odwołującego w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią pkt 11 Tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, każdy Wykonawca zobowiązany był zabezpieczyć swą ofertę wadium w wysokości 300.000,00 złotych. Zgodnie z treścią pkt 11.4 oraz 11. 5 SIWZ, wykonawcy byli uprawnieni do wniesienia wadium w innej formie niż kwota pieniężna, w tym w postaci gwarancji, która zgodnie z pkt 11.5. miała być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną, płatną na pierwsze żądanie Zamawiającego. Z uwagi na zmiany SIWZ ostateczny termin związania ofertą, po korekcie terminu w dniu 10 lutego 2016 roku, Zamawiający określił na 17 lutego 2016 roku.

Podniesiono także, że w zakresie gwarancji wadialnej istotne znaczenie ma treść art. 24 ust. 2 pkt. 2) p.z.p. który stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony czas związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Odwołujący podkreślił następnie, że ostatecznym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na powyższy cel wprost wskazuje przepis art. 91 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym „zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia". Zgodnie z art. 91 ust. 2 p.z.p. kryteriami są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia inne niż cena zostały wymienione w art. 91 ust. 2 przykładowo, co oznacza, że dopuszczalne są także inne kryteria, niewymienione w tym przepisie (por. Nowicki, Józef Edmund. Art. 91. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX, 2015.).

Celem realizacji wskazanego ratio legis ustawy, pomimo znacznego formalizmu przewidzianego w p.z.p., ustawodawca - w sytuacji gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.zp. (tak jak w przedmiotowym stanie faktycznym) - przewidział instytucje obligujące Zamawiającego do żądania od wykonawców dokumentów, wezwania ich do złożenia dokumentów oraz

niezależnie od wartości zamówienia do poprawiania w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, które nie zmieniają istotnie treści oferty. Te zobowiązania Zamawiającego zostały określone w art. 26 p.z.p. W przedmiotowej sprawie Zamawiający, naruszając zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, bezstronności i obiektywizmu naruszył ww. przepis poprzez zaniechanie wskazanych w powołanym wyżej przepisie czynności, jak również nie wezwał wykonawców do przedłożenia wadium ważnego przez okres związania ofertą, po uzupełnieniu wadium przez Odwołującego nie sprostował oczywistej w tym zakresie omyłki oraz wykluczył z postępowania Odwołującego, uznając jego ofertę za odrzuconą, czym naruszył przepis art. 24 ust 2 pkt 2 p.z.p.

W przedmiotowym stanie faktycznym zgodnie z pkt 20.9 S1WZ, w celu oceny ofert Zamawiający przyjmuje następujące kryteria: Całkowita cena brutto - waga: 95% oraz Okres gwarancji - waga 5%. W związku z tym Zamawiający winien dążyć do tego, aby wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie powyższego przelicznika, co pozwoli zrealizować cel przedmiotowej ustawy. Podkreślenia wymaga, iż oferta Odwołującego była oferta najkorzystniejszą ekonomicznie z uwzględnieniem kryteriów przyjętych przez Zamawiającego. Odwołujący udzielał bowiem gwarancji jakości na okres 120 miesięcy (identyczny jak konsorcjum, którego ofertę wybrano), natomiast zaproponował najniższą spośród wszystkich wykonawców cenę. Cena podana przez Odwołującego wynosiła bowiem 31 830 321,30 zł, a wybrana po przeprowadzeniu postępowania oferta Konsorcjum Skanska S.A. oraz Skanska SK a.s., przewidywała cenę w wysokości 33 169 130,31 złotych.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p. *„Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo*

którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert".

Jak wspomniano powyżej, ratio legis wprowadzenia tego przepisu jest umożliwienie uzupełnienia ofert, tak aby odpowiadały SIWZ, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. Dodatkowo, zwrócić uwagę należy na obligatoryjny charakter wezwania do przedłożenia wskazanych dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wprost wskazuje się bowiem, iż złożenie dokumentu, z treści którego

wynika niespełnianie warunków udziału w postępowaniu zobowiązuje Zamawiającego do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1915/09). W literaturze dodatkowo podnosi się, iż „zasadą jest, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu jest czynnością obligatoryjną. W każdym przypadku, gdy czynność ta, obiektywnie rzecz biorąc, może doprowadzić do zmiany sytuacji prawnej wykonawcy, tj. wykazania, że spełnia on warunek, zamawiający ma obowiązek takiego wezwania dokonać. [...] Z drugiej strony, jeżeli oczywiste jest, że czynność ta nie może doprowadzić do zmiany sytuacji wykonawcy [...], wzywanie do uzupełnienia nie jest konieczne." (zob. Elżanowska, Anita. Warunki udziału w postępowaniu. Publ. Zamówienia Publiczne Doradca, 2008, nr 3. s. 26-29, LEX el.).

Odwołujący argumentował, że wyrazem nadmiernego formalizmu i jako takim nieuprawnione w ocenie Odwołującego byłoby uznanie, że wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej nie może zostać uzupełnione na podstawie wskazanego przepisu. Wadium jest nieodłączną częścią oferty i bez tego zabezpieczenia oferta nie będzie skuteczna. Przepis art. 25 ust. 1 p.z.p. do którego wprost odwołuje się przepis art. 26 ust. 3 p.z.p., mówi o uzupełnieniu dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, potwierdzających spełnienie m.in. warunków udziału w postępowaniu. Wadium w postaci gwarancji na okres związania ofertą bez wątpienia jest warunkiem udziału w postępowaniu i można żądać jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 p.z.p. Przyjęcie, że wadium uzupełnić nie można stanowiłoby nieuprawnione różnicowanie składowych warunków udziału w postępowaniu.

Jak z powyższego wynika, w ocenie Odwołującego, już w momencie wstępnego badania oferty Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do przedłożenia gwarancji obejmującej cały okres związania ofertą, co czyniłoby zadość opisanemu powyżej celowi ustawy p.z.p.. Jak podkreśla się w orzecznictwie, zgodnie z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. (..) Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację tych zasad. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy wyznaczony między innymi treścią cytowanego przepisu, (zob. Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r. X Ga 23/07, publ. LEX nr 621254).

Odwołujący wskazał, że KIO wydała w dniu 9 lutego 2012 roku wyrok, w którym stwierdziła, iż trzeba przede wszystkim wskazać na naczelną zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp nakazującą zamawiającemu przygotowywać i przeprowadzić postępowanie z zachowaniem uczciwej konkurencji i równo traktując wykonawców, w konsekwencji czego zamówienie udzielone zostanie wykonawcy który złożył ofertę najkorzystniejszą. Izba

podkreśliła w tym wyroku, iż formalizm ma przede wszystkim gwarantować realizacje wyrażonych w art. 7 ust. 1 zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, nie tracąc jednocześnie z pola widzenia celu postępowania o zamówienie publiczne, którym jest zawarcie ważnej umowy i realizacją przedmiotu

zamówienia. Tym samym granice formalizmu zakreślone są przez ustawę, która pozwala na udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą (art. 7 ust. 3 p.z.p.).

Zważywszy na przedstawioną argumentację Izba podkreśliła, iż w analizowanym przez nią stanie faktycznym *oferta odwołującego przez cały okres związania oferta była zabezpieczona wadium, co prowadzi do stwierdzenia, iż zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzo w zw. z art. 65 kc. Tym samym oferta odwołującego nie jest z mocy prawa uznana za odrzucona (art. 24 ust. 4 Pzp) i powinna podlegać badaniu i ocenie. Bezprawne wykluczenie odwołującego z postępowania naruszyło zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) oraz doprowadziło do wyboru oferty najkorzystniejszej wbrew przepisom ustawy* (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 9 lutego 2012 r. Sygn. akt: KIO 150/12). W powyższym wyroku Izba wprost potwierdziła, iż treść dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, składanego jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, może podlegać wykładni. Zastosowanie znajdzie więc przepis art. 65 k.c., stanowiący o konieczności tłumaczenia oświadczenia woli m.in ze względu na okoliczności w których zostało złożone. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż oferta złożona przez Odwołującego była prawidłowo zabezpieczona wadium, jak również była ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie z ceną 31 830 321,30 zł oraz gwarancją ważną przez 120 miesięcy, co wynikało z treści samego dokumentu.

Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym, Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego, do tego, aby uzupełnił ofertę o brakujący dokument wadium ważny przez okres związania ofertą lub aneks do złożonej przez Odwołującego gwarancji wadialnej, który przedłużał ważność wadium na cały okres związania ofertą.

Odwołujący wskazał dodatkowo, że sama treść wadium, załączonego przez Odwołującego do oferty, nie nastręczała wątpliwości, iż jedynie omyłkowo przedłożone ono zostało na krótszy, wynikający z pierwotnie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu składania ofert, okres związania ofertą. Jak wynika z treści pkt 10 oświadczenia złożonego w imieniu Odwołującego na formularzu oferty, złożona przez Odwołującego oferta z dnia 16 lutego 2016 r. była ważna przez okres 60 dni od upływu terminu składania ofert. Wskazany okres był zgodny z przewidzianym w treści pkt 16 Tomu I SIWZ. Z powyższego wynika, iż odwołujący w momencie złożenia oferty dysponował prawidłową gwarancją wadialną, miał bowiem świadomość, iż Zamawiający przedłużył termin składania ofert. W innym przypadku

złożyłby ofertę przed dniem 9 lutego 2016 roku. Złożenie oferty na formularzu z dnia 16 lutego 2016 roku uznać należy za oczywisty przejaw tego, że Odwołujący wiedział o przedłużonym terminie składania ofert oraz o obowiązku przedłożenia gwarancji na okres wynikający ze zmiany przez Zamawiającego terminu złożenia ofert. Omyłka w tym zakresie musiała więc być dla Zamawiającego oczywista, co powinno skutkować wezwaniem Odwołującego do przedłożenia dokumentu gwarancji wadialnej.

Niezależnie od powyższego ponownie wskazano, iż w dniu 22 lutego 2016 roku Odwołujący przedłożył Zamawiającemu Aneks nr 1 do wadium (gwarancji ubezpieczeniowej) nr 280000115909 z dnia 5 lutego 2016 r., wystawiony w dniu 15 lutego 2016 r., zmieniający okres ważności pierwotnie wniesionego przez Odwołującego wadium na okres od dnia 17 lutego 2016 r. do 17 kwietnia 2016 r. Powyższe potwierdziło, iż oferta Odwołującego była prawidłowo zabezpieczona przez cały okres związania oferta i zgodna z SIWZ. W związku z tym całą czynność Odwołującego w zakresie zabezpieczenia oferty należy traktować łącznie jako kompletną wraz z dołączonym aneksem do wadium (gwarancji ubezpieczeniowej). W momencie przedłożenia przedłużonego wadium dla Zamawiającego musiało być już oczywiste, że nieprzedłożenie aneksu do pierwotnej oferty było omyłką. Zamawiający otrzymał ww. dokument na etapie badania ofert.

Z treści aneksu do wadium wynikało również, iż został on wystawiony w dniu 15 lutego 2016 roku, a więc przed upływem terminu do składania ofert. Zamawiający najpierw wiec zaniechał wezwania Odwołującego do przedłożenia aneksu do wadium (gwarancji ubezpieczeniowej), postępując tym samym wbrew złożonym przez Odwołującego oświadczeniom. Następnie po samodzielnym dołączeniu przez Odwołującego aneksu do wadium. Zamawiający nie uwzględnił ww. dokumentu jako dokumentu potwierdzającego fakt prawidłowego zabezpieczenia oferty i wykluczył Odwołującego z postępowania jako powód podając niewłaściwy termin ważności gwarancji wadialnej, naruszając tym samym, w ocenie

Odwołującego, przepis art. 26 ust 3 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymując i uznając za prawidłowe czynności podjęte w toku postępowania, w tym czynność wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Zamawiający wskazał, że w dacie 17.02.2016 r. nastąpiło otwarcie ofert w postępowaniu. Termin związania ofertą dla niniejszego postępowania wynosił 60 dni (do dnia 17.04.2016 r.).

Odwołujący jako zabezpieczenie oferty w niniejszym postępowaniu przedłożył dokument wadialny w formie gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 05.02.2016 r., wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A., z którego treści wynika, iż przedłożona gwarancja jest ważna w okresie: „od dnia 09.02.2016 r. do dnia 09.04.2016 r."

Następnie pismem z dnia 22.02.2016 r. Wykonawca przedłożył aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej, na którym jako datę wystawienia wskazano 15.02.2016 r., a który zgodnie z wyjaśnieniem Odwołującego omyłkowo nie został dołączony do oferty wykonawcy z dnia 16.02.2016 r.

Mając na względzie powyżej opisany stan faktyczny, Zamawiający w dacie 29.03.2016 r. dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania, wybierając jako najkorzystniejszą kolejną ofertę Wykonawcy – konsorcjum Skanska. Następnie, Zamawiający w drodze autokorekty unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, jednocześnie podejmując działania związane z uzupełnieniem i wyjaśnieniem treści złożonych ofert. Powyższa czynność jednakże pozostaje bez wpływu na wykluczenie Odwołującego z prowadzonego postępowania.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią art. 45 ust. 3 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Kierując się obowiązującymi przepisami ustawy pzp, Zamawiający w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określił zasady związane z zabezpieczeniem ofert wykonawcy wadium:

(pkt 11 SIWZ)

„11.1. Każdy Wykonawca zobowiązany jest zabezpieczyć swą ofertę wadium w wysokości:
300 000,00 PLN (słownie: trzysta tysięcy)

11.2. Wadium musi być wniesione w formie zgodnej z art 45 ust 6 Ustawy.

11.3. Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert, wskazanym w punkcie 17.1 IDW.

11.4. Dokument potwierdzający wniesienie wadium w postaci:

11.4.1. Oryginału lub potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii polecenia przelewu na rachunek Zamawiającego lub

11.4.2. Oryginału dokumentu będącego każdą inną formą wadium, należy przekazać w następujący sposób: kserokopie należy dołączyć do oferty, dokumenty oryginalne dostarczyć w odrębnym opakowaniu wraz ofertą.

11.5. W przypadku wnoszenia przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną, płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Beneficjentem gwarancji wadialnej jest PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa.

11.6. Gwarancje i poręczenia muszą zawierać (oprócz elementów właściwych dla każdej formy, określonych przepisami prawa, w tym Ustawy):

- nazwę i adres Zamawiającego,
- oznaczenie (numer i nazwa) postępowania,

- termin ważności wadium - nie krótszy niż termin związania ofertą, zgodnie z pkt 16.1 IOW

Zamawiający wskazał następnie, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp, w przypadku braku wniesienia wadium Zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zarówno w doktrynie prawa zamówień publicznych jak i orzecznictwie ugruntowany został pogląd co do znaczenia wadium w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak jednoznacznie przyjęto, istotą wadium jest to, że winno ono zabezpieczać ofertę przez pełen okres związania ofertą, bowiem Zamawiający winien mieć pewność, że w całym okresie związania ofertą, który rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, oferta jest zabezpieczona wadium. Podkreślono jednocześnie, że w sytuacji kiedy Zamawiający nie dysponuje ważnym i oryginalnym oświadczeniem gwaranta co do zapłaty kwoty wadium, wykonanie uprawnień Zamawiającego mogłoby okazać się niemożliwe i niespełniające wymogu bezwarunkowej płatności na pierwsze żądanie.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby oferta Odwołującego przez cały okres związania ofertą była zabezpieczona wadium. Powyższe twierdzenie Odwołujący wywodzi z okoliczności, iż na etapie oceny ofert złożonych w postępowaniu, ale po terminie ich otwarcia, Odwołujący przedłożył Zamawiającemu Aneks nr 1 do gwarancji wadialnej, który dodatkowo datowany był na dzień sprzed terminu składania ofert w postępowaniu.

Z powyższą argumentacją Odwołującego nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim podkreślić należy, że pomimo, iż z treści przedłożonego przez Odwołującego dokumentu - aneksu nr 1 do gwarancji wadialnej z dnia 15.02.2016 r. wynika, jakoby został on zawarty przed datą złożenia przez wykonawcę oferty, niemniej istotną pozostaje okoliczność, iż w dacie otwarcia ofert, tj. dniu 17.02.2016 r., Zamawiający nie był w posiadaniu przedmiotowego aneksu. Wobec powyższego przyjąć należy, iż z przedłożonego dokumentu wadialnego nie wynikała ciągłość zabezpieczenia oferty wykonawcy do końca okresu związania ofertą, tj. do dnia 17.04.2016 r. Podkreślenia wymaga, iż kwestie związane z zabezpieczeniem oferty wadium, Zamawiający oceniać winien wedle stanu faktycznego, istniejącego w dacie otwarcia ofert, nie zaś czasokresu ich oceny.

Dla poparcia swojego stanowiska Zamawiający odwołał się do orzecznictwa Izby – wyrok KIO z dnia 23.08.2012 r., LEX nr 1216229, wyrok KIO 1215/12 z dnia 25.06.2012 r., LEX nr 1211643, wyrok KIO 52/12 z dnia 23.01.2012 r., LEX nr 1109108, wyrok KIO 348/11 z dnia 08.03.2011 r., LEX nr 784783, wyrok KIO/UZP 2077/10 z dnia 05.10.2010 r., LEX nr 619696, wyrok KIO 1961/12 z dnia 05.10.2012 r., LEX nr 1225191, wyrok KIO 1374/12 z dnia 12.07.2012 r., LEX nr 1213639, wyrok KIO 933/12 z dnia 21.05.2012 r., LEX nr 1165339, wyrok KIO 1320/11 z dnia 08.07.2011 r., LEX nr 863167.

Zamawiający podniósł następnie że bezpodstawnym pozostaje zarzut Odwołującego, jakoby Zamawiający naruszył normę wynikającą z art. 26 pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu wadialnego.

Zamawiający nie zgodził się, jakoby dokument wadialny stanowił warunek udziału wykonawcy w postępowaniu. Ponadto argumentowano, że w odniesieniu do wad w dokumentach potwierdzających wniesienie wadium, ustalone orzecznictwo Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej w sposób jednoznaczny wskazuje na to, że nie można poprawiać i konwalidować ich po terminie składania ofert. Wskazano, że Zamawiający nie ma również legitymacji do wyjaśniania lub poprawiania tego dokumentu w trybie art. 87 ustawy Pzp. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający odwołał się do wyroków Izby z 26 marca 2007r., sygn. UZP/ZO/O-301/07, z dnia 4 marca 2013 r., KIO/366/13, wyrok KIO 1683/12 z dnia 23.08.2012 r. LEX nr 1216229, wyrok KIO 842/12 z dnia 07.05.2012 r., LEX nr 1165995, wyrok KIO 773/12 z dnia 30.04.2012 r., LEX nr 1164079, wyrok KIO/UZP 1956/10 z dnia 24.09.2010 r., LEX nr 686920.

Zamawiający wskazał następnie, że w sytuacji, kiedy w postępowaniu wniesione wraz z ofertą Wykonawcy wadium (w formie gwarancji ubezpieczeniowej), nie zabezpiecza oferty przez cały okres związania ofertą określony w SIWZ, oferta taka nie podlega dalszemu badaniu i ocenie, a Wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W odniesieniu do powyższego, należy przyjąć, iż wadium nieodpowiadające treści SIWZ, nie jest wadium określonym w dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Inne rozumienie tego przepisu oznaczałoby nierówne traktowanie uczestników postępowania przetargowego.

Odnosząc się do argumentacji odwołania, Zamawiający nie przeczy, że działanie Odwołującego stanowić może „wynik omyłki", tym niemniej podkreślić należy, iż działania Zamawiającego związane z wszelkimi czynnościami dokonywanymi w ramach postępowania opierać się winny na treści obowiązujących przepisów, nie zaś pozostawać aktem dowolnych

rozstrzygnięć, które w nieuzasadniony sposób faworyzują jednego z Wykonawców. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż w sytuacji, kiedy dokument wadialny dołączony do oferty wskazuje, iż wadium wniesione zostało w sposób nieprawidłowy, zastosowanie winien znaleźć przepis art. 65 k.c, stanowiący o konieczności tłumaczenia oświadczenia woli m.in ze względu na okoliczności w których zostało złożone. Zgodnie z treścią art. 14 pzp; „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U, z 2014 r. poz, 121, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.". Mając powyższe na względzie, przyjąć należy, iż odesłanie interpretacyjne do przepisów kodeksu cywilnego będzie uzasadnione jedynie w przypadku,

kiedy ustawa pzp nie zawiera regulacji w danym zakresie. Sytuacja ta jednak nie ma miejsca w odniesieniu do czynności stron związanych ze składaniem i oceną ofert w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, które pozostają w ustawie pzp wyczerpujące, oraz względem których ustawodawca nie pozostawił Zamawiającemu marginesu dowolności interpretacyjnej.

Ponadto, Zamawiający wyraził przekonanie, iż ewentualne próby interpretacji „omyłki" Odwołującego związanej ze złożeniem dokumentu wadialnego na korzyść wykonawcy, wbrew brzmieniu art. 26 ust. 3 pzp w zw. z art. 45 ust. 3 pzp, stanowiłyby próbę faworyzowania oferty Odwołującego względem pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, co w istocie stanowiłoby naruszenie zasad konkurencyjności postępowania. Podkreślić należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Co więcej, gdyby przyjąć za słuszną argumentację Odwołującego, jakoby bez znaczenia miał być moment przedłożenia Zamawiającemu prawidłowego wadium, zabezpieczającego pełny okres związania ofertą, a istotna byłaby jedynie sama kwestia posiadania przez Zamawiającego dokumentu, na etapie oceny ofert, należałoby przyjąć, iż każdy z wykonawców składających ofertę w ramach niniejszego postpowania mógłby w sposób dowolny uzupełniać wadium, bądź też zabezpieczać swoją ofertę wadium jedynie do czasu prognozowanej przez siebie oceny ofert w postępowaniu.

Na marginesie Zamawiający nadmienił, iż żaden z przytoczonych przez Odwołującego wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, nie zapadł na gruncie sytuacji analogicznej, jak przypadek Odwołującego, a przedstawione w odwołaniu tezy wyroków KIO, wyrwane z pełnego kontekstu stanowią bezpodstawną próbę uzyskania przez Odwołującego korzystnej dla siebie interpretacji.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili: A. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1) Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie 2) Skanska SK a.s. z siedzibą w Bratysławie; B. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, 2) NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnicy postępowania podtrzymali swoje stanowiska.

Sygn. akt KIO 516/16

W dniu 8 kwietnia 2016 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Track Tec Construction Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 2) Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego Inżynieryjnego INFRAKOL s.c., ul. Rapackiego 14, 59-400 Jawor – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1) Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie 2) Skanska SK a.s. z siedzibą w Bratysławie, w sytuacji, w której przedmiotowa oferta powinna zostać odrzucona, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy w zw. z art. 91 ust. 3 a Ustawy poprzez ich niezastosowanie, tzn. nieodrzucenie ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo faktu, iż powinny one zostać odrzucone jako niezgodne z Ustawą,
2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy w zw. z art. 91 ust. 3 a Ustawy poprzez ich niezastosowanie, tzn. nieodrzucenie ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo faktu, iż powinny one zostać odrzucone jako oferty, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
a) Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
b) Powtórzenia czynności badania ofert oraz odrzucenia ofert podlegających odrzuceniu na podstawie art. art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum: „Skanska S.A., 01 — 518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9 — Skanska SK a.s., 821 - 04 Bratysława, ul. Krajna 29, Republika Słowacji", jak również pozostałe oferty złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które powinny zostać odrzucone ze względu na naruszenie art. 91 ust. 3 a ustawy to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na wstępie, że czynność Zamawiającego polegająca na wyborze powyższej oferty została dokonana z naruszenie przepisów Ustawy oraz treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Podniesiono następnie, że zgodnie z art. 91 ust. 3a. Ustawy: *„Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego,*

wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie *będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku."*

Odwołujący podkreślił, że powyższy przepis ma na celu zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz ochrony zamawiającego przed zaciąganiem zobowiązań pieniężnych ponad planowane potrzeby. W wyroku z dnia 13 marca 2014 r., KIO 400/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że *"wymaganie podania przez wykonawców wyłącznie ceny brutto nie pozwala zamawiającemu w* żadnym *przypadku na badanie poprawności obliczenia ceny oferty. Dostrzec wszak trzeba,* że *obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 91 ust. 3a P.z.p. jest doliczenie do ceny oferty podatku, który zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami. Obowiązek ten istnieje niezależnie od tępo, czy zamawiający* żądał *w SIWZ podania wyłącznie ceny brutto, ceny netto i brutto, ceny netto, kwoty lub stawki podatku VAT oraz ceny brutto".* Nadto w wyroku z dnia 1 lutego 2011 r. KIO 106/11 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *„przy ustalaniu ceny ofertowej nie ma miejsca stosowanie przepisów podatkowych w znaczeniu obliczenia wysokości zobowiązania podatkowego. W ofercie wykonawca jedynie oświadcza, iż cena ofertowa uwzględnia VAT, a wysokość tego podatku ma charakter informacyjny. Zastrzec przy tym należy, iż powyższe stanowisko nie oznacza dopuszczenia jakiejkolwiek dowolności w rozliczeniach prawno-podatkowych wykonawcy. W chwili powstania obowiązku podatkowego wykonawca nie ma* żadnej *swobody w zastosowaniu stawki podatku VAT, zobligowany jest do przyjęcia stawki wynikającej z przepisów obowiązujących w dacie powstania obowiązku podatkowego".*

W świetle powyższego przepisu, wykonawca - oferent biorąc udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma każdorazowy obowiązek składać oświadczenie czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego bądź nie. Przedmiotowe oświadczenie pozytywne powinno:
1) potwierdzać, ze wybór oferty danego wykonawcy prowadzi do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług,
2) wskazywać nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie

prowadzić do jego powstania,
3) wskazywać towaru lub usługi bez kwoty podatku.

W przypadku oświadczenia negatywnego wystarczy wskazanie, że wybór danej oferty nie będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług.

Obowiązek poinformowania Zamawiającego w ofercie w zakresie skutków podatkowych oferty, o których mowa w art. 91 ust. 3 a ustawy został przewidziany również

przez Zamawiającego, w SIWZ, Tom I, Instrukcje dla Wykonawców (IDW), pkt 13.1 .oraz 13.2. niniejszego postępowania. Zgodnie z przywołanymi regulacjami:

13.1. *„Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania mniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce).”*

13.2. *„W przypadku Wykonawcy zagranicznego, który nie jest zarejestrowany w Polsce (i który nie doliczył wartości podatku VAT do oferowanej ceny), Zamawiający w celu dokonania oceny oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny (netto), podatek od towarów i usług, który Zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.”*

Z powyższych przepisów SIWZ w zestawieniu z art. 91 ust.3 a Ustawy wynika, iż na wykonawcach spoczywał obowiązek poinformowania Zamawiającego czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Odwołujący wskazuje, iż oferta złożona przez Konsorcjum Skanska nie zawiera informacji przewidzianej w art. 91 ust. 3a Pzp.

Informacja, o której mowa w art. 91 ust.3 a Ustawy, a którą wykonawca obowiązany jest złożyć Zamawiającemu składając ofertę jest częścią oferty. Informacja ta jest bowiem informacją bezpośrednio dotyczącą ceny (składników ceny). Wobec powyższego informacja ta nie może zostać uzupełniona w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Informacja ta nie może zostać uzupełniona już po złożeniu oferty, ponieważ nie pozwala na to art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy. Nieistotnej zmiany treści oferty mógłby dokonać sam Zamawiający, pod warunkiem, że bez konsultacji z wykonawcą posiadałby wiedzę jakiej zmiany miałby dokonać. W tym konkretnym przypadku Zamawiający takiej wiedzy nie posiadał. Brak powyższej informacji jest brakiem nieusuwalnym skutkującym niezgodnością oferty z art. 91 ust.3 a Ustawy oraz z pkt 13.1 oraz pkt 13.2 Tomu II SIWZ (IDW).

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że niezłożenie przez wykonawcę przedmiotowego oświadczenia skutkować powinno odrzuceniem oferty. Oferta nie zawierająca bowiem wymaganego przez Ustawę oświadczenia, wypełnia przesłankę odrzucenia oferty określoną w art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy-jako niezgodną z ustawą, a konkretnie niezgodną z art. 91 ust. 3a Ustawy.

Jednocześnie, Odwołujący wskazał, że w złożonej ofercie zawarł oświadczenie w zakresie skutków podatkowych wynikających z art. 91 ust. 3 a Ustawy. Oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a Pzp nie zostały złożone również przez pozostałych

oferentów złożonych w postępowaniu, których oferty zostały ocenione wyżej niż oferta Odwołującego.

Końcowo Odwołujący stwierdził, że wnosi odwołanie, gdyż czuje się poszkodowany działaniami Zamawiającego bezpodstawnie pozbawiającymi go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o:

1. Pozostawienie bez rozpoznania zarzutów Odwołującego, z uwagi na podjęcie przez Zamawiającego w dacie 13.04.2016 r. czynności unieważnienia wyboru oferty z dnia 29.03.2016 r., przez co zarzuty odwołania pozostają bezprzedmiotowe;
2. W przypadku nieuwzględnienia przez Izbę wniosku, o którym mowa w pkt 1 niniejszej

odpowiedzi - oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że w dniu 13.04.2016 r., Zamawiający w drodze autokorekty unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, informując o tym Wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz zamieszczając stosowną informację na swej stronie internetowej.

Zamawiający wskazał, że mając na względzie dokonaną czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz brak aktualnego rozstrzygnięcia Zamawiającego dotyczącego najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu - zarzuty Odwołującego pozostają bezprzedmiotowe oraz utraciły sporny charakter. Z tych też względów Zamawiający wnioskował o pozostawienie przedmiotowego odwołania bez rozpoznania, względnie w przypadku nieuznania przez Izbę powyższego wniosku - o jego oddalenie.

Zamawiający wskazał, że zasadność wniosku o pozostawienie powyższego odwołania bez rozpoznania znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 13.08.2013 r., sygn. KIO 1804/13, wyrok z dnia 6 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO 1313/11).

Zamawiający podkreślił następnie, iż powołane przez Odwołującego zarzuty w żaden sposób nie wskazują na rzeczywiste naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, w tym w szczególności nie naruszają treści art. 89 ust 1 pkt 1 i pkt 2) ustawy pzp oraz art. 91 ust. 3a pzp. Ponadto Zamawiający wskazał, iż po stronie Odwołującego brak interesu prawnego uzasadniającego wniesienie odwołania, co skutkować winno jego oddaleniem.

Zamawiający przytoczył brzmienie art. 91 ust. 3a oraz art. 93 ust. 1c Pzp podkreślając, że kierując się normą wynikającą z wyżej wskazanych przepisów, Zamawiający dokonał uszczegółowienia obowiązku określonego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wskazując jakie konkretnie dokumenty winien złożyć

Wykonawca, aby uczynić zadość obowiązkowi informacyjnemu w przedmiocie podatku VAT. Zgodnie z pkt 13 SIWZ IDW Opis Sposobu Obliczania Ceny:
„13.1. Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce).
13.2. W przypadku Wykonawcy zagranicznego, który nie jest zarejestrowany w Polsce (i który nie doliczył wartości podatku VAT do oferowanej ceny), Zamawiający w celu dokonania oceny oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny (netto), podatek od towarów / usług, który Zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami".

Podniesiono następnie, że odzwierciedleniem powyższych zapisów pozostaje treść formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.

Istotnym pozostaje, iż wszystkie oferty złożone w niniejszym postępowaniu zawierały poprawnie wypełniony formularz oferty, przy czym oferta Odwołującego zawierała dodatkowe, niewymagane przez Zamawiającego oświadczenie w przedmiocie braku powstania po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego.

Tym samym przyjąć należy, iż Zamawiający na mocy żadnego z obowiązujących przepisów ustawy pzp, nie pozostaje uprawniony do odrzucenia ofert wykonawców, które wypełnione zostały zgodnie z treścią SIWZ oraz odpowiadały wymaganiom formularza ofertowego.

Gdyby zastosować rozumowanie odmienne od wyżej prezentowanego, wówczas należałoby przyjąć, iż treść odwołania Wykonawcy - Konsorcjum Firm: Track Tec Construction Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego Inżynieryjnego INFRAKOL s.c. pozostaje w istocie odwołaniem na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, które na tym etapie postępowania pozostaje niedopuszczalne.

Zamawiający zakwestionował następnie zasadność twierdzeń Odwołującego w przedmiocie niezgodności oferty Wykonawcy - Konsorcjum Skanska, jak również pozostałych ofert złożonych w postępowaniu z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Wskazano, że odnosząc się do merytorycznego zakresu zarzutów istotnym pozostaje, iż w konsekwencji zmian wprowadzonych nowelizacją ustawy pzp, dokonaną

ustawą z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych, obowiązek doliczania wartości VAT płaconego przez Zamawiającego do wartości netto wykonawcy znajduje zastosowanie jedynie w przypadku: wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, 2) mechanizmu odwróconego obciążenia, 3)

importu usług lub importu towarów, z którymi wiąże się analogiczny obowiązek doliczenia przez zamawiającego przy porównywaniu cen ofertowych VAT.

W realiach niniejszego postępowania, każdy z Wykonawców, składających ofertę w ramach postępowania w sposób prawidłowy i nie budzący wątpliwości Zamawiającego określił cenę oferty wraz z podatkiem VAT, wskazując jego stawkę. Co więcej, żadna ze złożonych ofert nie pochodziła od wykonawcy zagranicznego, a zatem w niniejszym stanie faktycznym nie zachodził przypadek, o którym mowa w art. art. 91 ust. 3a ustawy pzp, wyrażający się w konieczności złożenia dodatkowej informacji w przedmiocie zobowiązania podatkowego.

Zamawiający podkreślił, że zobowiązanie informacyjne wykonawcy względem Zamawiającego, ponad treść formularza oferty nie zostaje zaktualizowane w sytuacji jednoznacznej, tj. kiedy w stosunku do danego przedmiotu zamówienia nie będzie miał zastosowania mechanizm odwróconego obciążenia podatkiem od towarów i usług, ponieważ przedmiot zamówienia nie jest ujęty w załączniku nr 11 do ustawy VAT, bądź kiedy z okoliczności danej sprawy jasno wynika, iż nie mamy do czynienia z wewnątrzwspólnotowym nabyciem towarów.

Mając na względzie powyższe, przyjąć należy, iż w rozważanej sytuacji po stronie wykonawców nie zachodziła konieczność składania żadnego dodatkowego oświadczenia w przedmiocie zobowiązania podatkowego. Podobnie po stronie Zamawiającego brak było podstaw do żądania takiego dokumentu od wykonawców.

Dla poparcia swojego stanowiska Zamawiający odwołał się do wyroku KIO z dnia 28.10.2015 r., sygn. 2263/15.

Ponadto Zamawiający zakwestionował interes prawny Odwołującego w złożeniu środka odwoławczego, z uwagi na okoliczność, iż brak oświadczenia wykonawcy w zakresie art. 91 ust. 3 a ustawy pzp, nie powoduje automatycznego odrzucenia oferty, a jedynie uprawnienie Zamawiającego do skorzystania z instytucji, o której mowa w art. 87 ust 1 pzp.

Dokonując wykładni literalnej art. 91 ust. 3a zd. 2 pzp nie ulega wątpliwości, że oświadczenie wykonawcy w tym zakresie nie stanowi treści oferty w rozumieniu art. 66 § 1 k.c. Ustawodawca używając zwrotu „informuje Zamawiającego", nie wpisuje przedmiotowego oświadczenia w katalog zobowiązania ofertowego Wykonawcy, a jedynie oświadczenia podlegającego instytucji uzupełnienia, o którym mowa w art. 87 ust. 1 pzp. Nadto, wskazać należy, iż obowiązek podatkowy powstaje bez względu na spełnienie ww. obowiązku wykonawcy i stanu wiedzy Zamawiającego w tym zakresie. Wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązany jest do określenia jej ceny, jak również, co do zasady wskazania stawki oraz kwoty podatku VAT, co stanowi treść oferty. Wobec tego, w przypadku braku przekazania przez wykonawcę informacji z art. 91 ust. 3a zd. 2 pzp, Zamawiający w określonych przypadkach (wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów,

mechanizmu odwróconego obciążenia, importu usług lub importu towarów, z którymi wiąże się analogiczny obowiązek doliczenia przez Zamawiającego przy porównywaniu cen ofertowych VAT) może mieć uzasadnione wątpliwości dotyczące zaoferowanej przez wykonawcę ceny (a więc w zakresie treści oferty). Do odrzucenia oferty Zamawiający byłby uprawniony jedynie w przypadku ustalenia przez Zamawiającego błędnie określonego podatku VAT przez wykonawcę. Wówczas oferta Wykonawcy podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp. Co istotne, oferta taka podlegałaby odrzuceniu, nie z uwagi na brak złożenia informacji o powstaniu obowiązku podatkowego u zamawiającego, ale ze względu na błąd w obliczeniu ceny.

Zgodnie natomiast z powszechnie przyjętym poglądem doktryny, niedopełnienie przez wykonawcę obowiązku informacyjnego, o którym mowa wart. 91 ust. 3a pzp (w razie zaistnienia przesłanek takiego obowiązku), winno uprawniać Zamawiającego do zastosowania art. 87 ust. 1 pzp, tj. zażądania wyjaśnień od wykonawcy, zwłaszcza w

sytuacji, w której Zamawiający będzie ustalał, czy w sprawie nie występuje okoliczność, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, a zatem czy brak informacji nie stanowi innej omyłki, omyłki nieoczywistej, którą zamawiający zobowiązany jest poprawić.

Tym niemniej uprzedzając ewentualne zarzuty Odwołującego, jakoby Zamawiający nie żądając od Wykonawców wyjaśnień, nie dokonał rzetelnego badania złożonych ofert, Zamawiający wskazał, że art. 87 ustawy pzp kreuje po stronie Zamawiającego jedynie uprawnienie do żądania przedmiotowych wyjaśnień w razie powziętych wątpliwości, nie zaś każdorazowy obowiązek Zamawiającego. Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 1 pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Podkreślono, że Zamawiający może, ale nie musi, korzystać z tego uprawnienia. Wskazano następnie, że odwołanie ze strony wykonawcy nie może się również opierać na zarzucie nieskorzystania przez Zamawiającego ze swych uprawnień, ale wyłącznie na wykazaniu, że ocena oferty została dokonana z naruszeniem prawa polegającym na niewłaściwej ocenie zawartej w niej propozycji, którego można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do wykonawcy. Zamawiający argumentował także, że jedyny przypadek, kiedy uzasadnionym pozostaje zastosowanie przez Zamawiającego procedury wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 pzp pozostaje sytuacja, kiedy wykonawca nie wykona obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a pzp, a okoliczności stanu faktycznego nie pozostają jednoznaczne w przedmiocie ewentualnego obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego. Tym niemniej, ponownego podkreślenia wymaga, iż w rozważanym stanie faktycznym przypadek taki nie miał miejsca, gdyż w przypadku żadnej ze złożonych ofert, w tym również oferty Odwołującego, Zamawiający nie powziął wątpliwości co do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, w razie wyboru danej oferty jako najkorzystniejszej. Gdyby takie

wątpliwości po stronie Zamawiającego miały miejsce - wówczas skorzystałby on z instytucji, o której mowa w art. 87 ust. 1 pzp.

Reasumując, Zamawiający podniósł, że jedyny przypadek, kiedy Zamawiający pozostawałby uprawnionym do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zachodzi w sytuacji, kiedy wykonawca nie wykona obowiązku, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zdanie drugie pzp, pomimo skierowanego do wykonawcy wezwania w trybie art. 87 ust. 1 pzp.

Powyższa interpretacja znajduje potwierdzenie w piśmie wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 grudnia 2014 r., UZP/DP/L-AW/KW-26391/14, sporządzonego w toku legislacji (prac nad ustawą zmieniającą), wskazując: *„Konstrukcja informowania przez wykonawcę w zakresie obowiązku podatkowego zamawiającego nie pozbawia zamawiającego możliwości korzystania z przewidzianych w ustawie PZP narzędzi ochrony swoich interesów. Zamawiający wiedząc bowiem o możliwości obciążenia go obowiązkiem podatkowym będzie mógł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidzieć stosowny mechanizm pozyskiwania informacji od wykonawców dotyczący odpowiedzialności podatkowej. W tym miejscu należy zauważyć, że to w interesie zamawiającego jako płatnika podatku a nie wykonawcy jest uzyskanie stosownych informacji. (...)".*

Zamawiający podkreślił następnie, że jeżeli Zamawiający posiada wiedzę, iż wybór oferty wykonawcy nie doprowadzi do powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego, a dodatkowo zostanie to potwierdzone w wyniku zastosowania procedury wskazanej wart. 87 ust. 1 pzp, odrzucenie oferty w oparciu o przepisy art. 89 pzp będzie działaniem bezpodstawnym i niedopuszczalnym na gruncie obowiązującej ustawy pzp. Zamawiający odwołał się także do stanowiska Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 r. (X Ga 23/07), gdzie wskazano"(...) *Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad pzp (...)".*

Przyjąć zatem należy, iż skoro Zamawiający nie pozostaje uprawniony do automatycznego odrzucenia oferty, a co najwyżej w przypadku wątpliwości co do obciążenia podatkowego jedynie do skorzystania z instytucji, o której mowa w art. 87 ust. 1 pzp, interes prawny Odwołującego we wniesieniu środka ochrony prawnej na wybór najkorzystniejszej oferty nie znajduje uzasadnienia.

Zamawiający podkreślił również, że nawet, gdyby KIO przyjęła argumentację Odwołującego, co do konieczności wypełnienia obowiązku informacyjnego przez wszystkich wykonawców, jedynym skutkiem wniesionego odwołania pozostawałoby zobowiązanie

Zamawiającego do unieważnienia czynności wyboru ofert w niniejszym postępowaniu (co miało miejsce w stanie faktycznym sprawy - pismo Zamawiającego z dnia 13.04.2016 r.) i zobowiązanie Zamawiającego do podjęcia czynności wyjaśniających na zasadzie art. 87 ust.

1 pzp. Nie sposób wywodzić, iż w konsekwencji powyższych działań Zamawiającego mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego, która pod względem punktacji zajmuje dopiero 5 pozycję na liście ofert złożonych w ramach postępowania. Zamawiający wskazał w konsekwencji na brak interesu we wniesieniu odwołania.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy: A. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1) Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie 2) Skanska SK a.s. z siedzibą w Bratysławie; B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, 2) NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania. Na rozprawie strony i uczestnicy postępowania podtrzymali swoje stanowiska.

Przystępujący Konsorcjum Skanska w piśmie procesowym podniósł, że Odwołujący nie posiada interesu do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Jego oferta uplasowała się na piątym miejscu w rankingu, w sytuacji więc, gdy zarzuty jego odwołania odnoszą się wyłącznie do oferty złożonej przez Przystępującego, ewentualne uwzględnienie odwołania i tak nie może prowadzić do wybrania oferty Odwołującego.

Z ostrożności procesowej Przystępujący wskazał następnie, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. 91 ust. 3 a pzp jest bezzasadny z tej przyczyny, że bezsporne w niniejszej sprawie jest to, że wybór oferty Konsorcjum Skanska nie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. Sam Odwołujący złożył bowiem w swej ofercie oświadczenie o braku powstania u Zamawiającego tego obowiązku.

Zgodnie zaś z treścią art. 91 ust. 3a pzp wymóg składania takiego oświadczenia dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, z jednoczesnym wskazaniem nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz ich wartości bez kwoty podatku. Natomiast w sytuacji przeciwnej tj. gdy wybór oferty nie będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług złożenie takiego oświadczenia nie jest wymagane. Podobnie w tej materii wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28.10.2015 r. sygn. KIO 2263/15.

Z kolei w wyroku z dnia 13.11.2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nawet w przypadku, gdy wybór oferty miałby prowadzić do powstania u zamawiającego (co w niniejszym przypadku jednakże nie ma miejsca) obowiązku podatkowego zgodnie z

przepisami o podatku od towarów i usług, to i tak tego typu brak nie prowadzi do odrzucenia oferty.

Przystępujący podniósł także, że całkowicie niezrozumiały jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) pzp w zw. 91 ust. 3a pzp w kontekście rzekomej niezgodności treści oferty Przystępującego z punktami 13.1 i 13.2 SIWZ, które wbrew twierdzeniom Odwołującego odnoszą się wyłącznie do wykonawców zagranicznych niezarejestrowanych w Polsce i którzy nie doliczyli wartości podatku VAT do oferowanej ceny. Zatem w sposób oczywisty nie dotyczą Konsorcjum Skanska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Sygn. akt KIO 508/16

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonana

przez Zamawiającego w dniu 13 kwietnia 2016 r., nie skutkowała przywróceniem Odwołującego do postępowania. Zamawiający nie dokonał unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, lecz unieważnił wybór oferty konsorcjum Skanska i w odniesieniu do tej tylko oferty podjął ponowną czynność badania i oceny – co związane było z zarzutami odwołania podniesionymi w sprawie ozn. sygn. akt KIO 507/16. W odniesieniu zaś do sytuacji Odwołujacego, Zamawiający podtrzymywał prawidłowość decyzji o wykluczeniu. Dał temu wyraz także w odpowiedzi na odwołanie wskazując, że uznaje za prawidłową czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania. Z ostrożności, nawet przy przyjęciu, że skutki czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, miałyby oddziaływać na sytuację Odwołującego (na posiedzeniu Zamawiający w sposób niekonsewkenty do stanowiska zawartego w odpowiedzi na odwołanie argumentował, że skoro unieważniono czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, to badanie ofert nadal trwa, a co za tym idzie Odwołujący ma być formalnie wykonawcą uczestniczącym jeszcze w postępowaniu) to kierunek rozstrzygnięcia nie podlegałby zmianie – oddalenie odwołania uzasadnione byłoby bowiem brakiem interesu po stronie Odwołującego oraz brakiem wpływu zarzucanych naruszeń na wynik postępowania. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, mając także na uwadze zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, należało ostatecznie uznać, że czynność wykluczenia Odwołującego pozostawała jednak aktualna na moment rozpoznania odwołania, a tym samym Izba władna była ocenić zarzuty merytorycznie.

Przy rozstrzyganiu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, że **odwołanie podlega oddaleniu.**

Stan faktyczny nie stanowił przedmiotu sporu. Izba przyjęła w ramach dokonywanych ustaleń okoliczności zreferowane szczegółowo przez strony postępowania. W szczególności poza sporem pozostawało to, że Odwołujący do terminu składania ofert nie wniósł wadium na cały okres związania ofertą, wymagany przez Zamawiającego, jak również to, że Odwołujący podjął próbę konwalidowania swojego błędu poprzez dosłanie Zamawiającemu, po terminie składania ofert, tj. w dniu 22 lutego 2016 r., aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej, w której zmieniono okres ważności gwarancji do dnia 17 kwietnia 2016 r., a więc na wynikający ze specyfikacji okres związania ofertą.

Rozpoznając odwołanie Izba związana jest zakresem podniesionych zarzutów. W petitum odwołania Odwołujący zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 7 Pzp.

Żaden z tych zarzutów nie zasługiwał na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp został oparty na wadliwych założeniach, zarówno co do charakteru samego wadium, jak i postrzegania wadium, czy to za część oferty, czy za warunek udziału w postępowaniu.

Argumentacja odwołania pozostawała w tym zakresie w sprzeczności zarówno z brzmieniem samego przepisu, jak również całkowicie pomijała utrwaloną linię orzeczniczą.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp *in principio,* zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Przepis art. 25 ust. 1 Pzp stanowi z kolei o oświadczeniach lub dokumentach potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Gwarancja wadialna nie należy do żadnego z katalogu oświadczeń lub dokumentów, o których stanowi przepis art. 25 ust. 1 Pzp. Znajduje to potwierdzenie także w akcie wykonawczym wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp – określającym rodzaje dokumentów, jakich zamawiający może żądać dla wykazania spełnienia wymogów postawionych na podstawie art. 25 ust. 1 Pzp. W zakresie dokumentów

---

lub oświadczeń odnoszących się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przepis § 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), zawierający zamknięty katalog dokumentów – nie wymienia gwarancji wadialnej.

Wszystkie wywody Odwołującego, u podstaw których legły twierdzenia o możliwości, a nawet konieczności zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, należało uznać za całkowicie chybione i nieuzasadnione.

W sposób tożsamy należało ocenić twierdzenia o tym, że wadium stanowi część oferty. Wadium zabezpiecza ofertę, ale nie jest jej częścią. Wadium nie kształtuje merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy, która wypełnia treść oferty. Celem wniesienia wadium jest zabezpieczenie interesów i sytuacji Zamawiającego i jest to materia całkowicie inna niż to, co składa się na treść oferty. Obowiązkiem wykonawcy jest zaś wniesienie wadium, tak by zabezpieczało ono te interesy i sytuację Zamawiającego przez cały okres związania ofertą – czemu Odwołujący w niniejszej sprawie uchybił.

Orzecznictwo Izby jednoznacznie wyklucza możliwość podjęcia przez zamawiającego działań, których domagał się Odwołujący w żądaniach odwołania. Tytułem przykładu można wskazać na wyrok z dnia 5 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 144/15, gdzie Izba wskazała m.in., że: „Dokument gwarancji bankowej nie podlega ani uzupełnieniu, ani wyjaśnieniu w kontekście art. 26 ust. 3 i 4 czy art. 87 ust. 1 p.z.p.”. Izba podzieliła także trafność argumentacji Zamawiającego, wspartą przy tym licznym orzecznictwem, oraz Przystępujących, przyjmując je za własną.

Krytycznie należało ocenić także wywody dotyczące obowiązku poprawienia przez Zamawiającego „oczywistej omyłki” czy wywody dotyczące wykładni uwzględniającej art. 65 Kc, które w ogóle nie przystawały do okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy. Odwołujący popełnił błąd, nie wnosząc do upływu terminu składania ofert, wadium, które zabezpieczałoby ofertę przez cały okres związania ofertą i jest to fakt, który nie może być zmieniony czy modyfikowany poprzez odwoływanie się do reguł wykładni zawartych w art. 65 Kc. Wadium, jak wskazano wcześniej, nie stanowi treści oferty, a tym samym w ogóle nie istnieje możliwość, by zamawiający „poprawiał” błędy wykonawcy. Nie ma tu zastosowania w szczególności tryb poprawiania oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 2 Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 Pzp to, w ocenie Izby, właśnie podzielenie stanowiska Odwołującego prowadziłoby do naruszenia zasad zawartych w tym przepisie. Odwołujący, który odpowiada za swój błąd, miałby mieć możliwość wniesienia prawidłowego zabezpieczenia oferty, po upływie terminu składania ofert oraz po terminie otwarcia ofert innych wykonawców, którzy prawidłowo wnieśli wadium, a więc i zabezpieczyli swoje oferty, zgodnie z wymogami prawa, tj. do upływu terminu składania ofert.

W niniejszej sprawie Odwołujący, do upływu terminu składania ofert, nie wniósł wadium na cały okres związania ofertą. Jest to okoliczność bezsporna. Wynikała ona z omyłki wykonawcy, co nie jest okolicznością uzasadniającą faworyzowanie Odwołującego kosztem innych wykonawców i nie uzasadnia stwarzania, wbrew regulacjom ustawy, możliwości konwalidowania swojego niedopatrzenia. Nie ma przy tym znaczenia, że Odwołujący miał posiadać aneksowany dokument gwarancji przed terminem składania ofert. Istotne jest bowiem to, czy dokument ten, a w konsekwencji, czy wadium, zostało wniesione prawidłowo do zamawiającego do momentu określonego przepisami prawa, a więc do upływu terminu składnia ofert. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp stanowi o „nie wniesieniu” wadium, a nie o „nie ustanowieniu” wadium. Ustawodawca położył nacisk właśnie na konieczność wniesienia wadium zamawiającemu i musi to zostać uczynione prawidłowo do określonego przepisami prawa momentu, tj. do upływu terminu składania ofert.

Następnie, racjonalnym podejściem do oceny skuteczności i prawidłowości wniesienia wadium w danym postępowaniu jest uczynienie punktem wyjścia dla tej oceny założenia, że formy inne niż wadium pieniężne muszą dawać zamawiającemu taką samą pewność, co do posiadania zabezpieczenia, jaką daje zamawiającemu wadium pieniężne, a więc fakt przelania na wskazany przez zamawiającego rachunek określonej kwoty pieniężnej. Formy wadium wskazane w art. 45 ust. 6 Pzp, należy uznać za równoważne do wadium pieniężnego – tak więc każda z nich musi dawać zamawiającemu taką samą pewność, jaką daje wpłata przez wykonawcę pieniędzy na rachunek zamawiającego. Przyjmując zaś argumentację Odwołującego należałoby przykładowo dopuścić sytuację, w

której w przypadku wadium pieniężnego kwota wadium zostałaby przelana na rachunek zamawiającego nie do upływu terminu składania ofert, lecz później. Dopuszczając tego rodzaju dowolność i możliwość konwalidowania uchybień związanych z wniesieniem wadium w przypadku, gdy przybiera ono postać niepieniężną – sprowadzającą się w istocie do prawidłowego wniesienia wadium dopiero w terminie późniejszym, niż zakreślony przepisem prawa – tożsame podejście należałoby przyjąć w przypadku formy pieniężnej. Nie ulega zaś wątpliwości, że powyższe byłoby działaniem *contra legem* i to niezależnie od wybranej przez wykonawcę formy wadium.

W niniejszej sprawie Odwołujący zamiast uznać swój błąd wdał się natomiast w niezasadny spór, nie mając za sobą żadnych rzeczowych i przekonujących argumentów, zgodnych z obowiązującymi przepisami.

Mając powyższe na uwadze, Izba oddaliła odwołanie, uznając je za całkowicie bezzasadne.

Sygn. akt KIO 516/16

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonana przez Zamawiającego w dniu 13 kwietnia 2016 r., nie pozbawiła Odwołującego legitymacji, o której mowa w art 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący, co prawda, w petitum odwołania skarżył czynność wyboru oferty Konsorcjum Skanska, powoływał dowody tylko, co do oferty tego wykonawcy (co mogło sugerować, że nie skarżył zaniechania odrzucenia innych ofert). Jednocześnie jednak Odwołujący żądał odrzucenia wszystkich ofert (używając liczby mnogiej) w tym w treści stawianych zarzutów wskazywał na nieodrzucenie ofert (a więc nie tylko czynność wyboru została zaskarżona, ale i zaniechania, których miał się dopuścić Zamawiający) argumentując, że także w innych ofertach zaniechano złożenia oświadczenia z art 91 ust. 3a Pzp, co miało skutkować szkodą po stronie Odwołującego. Powyższe okoliczności uzasadniały więc przyjęcie, że zakresem zaskarżenia objęto ocenę Zamawiającego odnoszącą się nie tylko do oferty konsorcjum Skanska, ale także do ofert sklasyfikowanych wyżej niż oferta Odwołującego. Izba uznała, że okoliczności faktyczne (sprowadzające się w istocie do kwestii twierdzenia o niezłożeniu wymaganego oświadczenia z art 91 ust. 3a Pzp) pomimo, że ogólnikowo podane w uzasadnieniu odwołania, mogły zostać odniesione także do innych ofert, niż tylko oferta konsorcjum Skanska. W kwestii dowodów, to okoliczność ta pozostawała bezsporna – co także uzasadniało uznanie, że zakresem zaskarżenia Odwołujący objął nie tylko ofertę konsorcjum Skanska, ale także oferty wyżej sklasyfikowane. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że Odwołujący posiada legitymację wymaganą w art 179 ust. 1 Pzp. Zarzuty odwołania mogłyby zostać ewentualnie uznane za przedwczesne tylko, co do oferty konsorcjum Skanska (skoro oferta ta jest nadal badana, przy czym należy mieć na uwadze, że jest to wynikiem zarzutów podniesionych w sprawie ozn. sygn. akt KIO 507/16, a nie odnosi się do kwestii podnoszonych przez Odwołującego), co i tak nie dezaktualizowałoby zarzutów skierowanych wobec ofert innych wykonawców, sklasyfikwanych wyżej niż Odwołujący. Zarzuty te musiały zostać rozpoznane merytorycznie, gdyż okoliczności, na których je oparto, nie będą w ocenie Izby, przedmiotem dalszego badania Zamawiającego. Ostatecznie Izba uznała, że okoliczności te nie będą badane także w ramach ponownej oceny oferty konsorcjum Skanska, gdyż stanowisko Zamawiającego jest tutaj niezmienne – co końcowo nakazywało rozpoznanie zarzutów odwołania w całości, tj. zarówno, co do oferty konsorcjum Skanska, jak i ofert pozostałych wykonawców wyżej sklasyfikowanych niż Odwołujący.

Przy rozstrzyganiu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z

---

art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, że **odwołanie podlega oddaleniu.**

W ocenie Izby zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Stan faktyczny nie stanowił przedmiotu sporu. Izba przyjęła w ramach dokonywanych ustaleń okoliczności zreferowane szczegółowo przez strony postępowania. W szczególności poza sporem pozostawało to, że tylko Odwołujący załączył do oferty oświadczenie o treści *„Oświadczamy, że wybór niniejszej oferty nie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych".* Było to załącznik nie wymagany przez Zamawiającego w treści specyfikacji. Poza sporem pozostawało również to, że wybór ofert, sklasyfikowanych powyżej oferty Odwołującego, nie powodował powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego, w rozumieniu art. 91 ust. 3a Pzp.

Istota sporu koncentrowała się na wykładni art 91 ust. 3a Pzp oraz na kwestii, czy brak oświadczenia złożonego w trybie tego przepisu może zostać uznany za okoliczność skutkującą niezgodnością oferty z ustawą lub ze SIWZ, dodatkowo w sytuacji, gdy wybór oferty nie wywoływał w ogóle obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego.

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 rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuję zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

W ocenie składu orzekającego Izby przepis art 91 ust. 3a Pzp należy czytać całościowo. W szczególności nie można zawężać pola widzenia tylko do zdania drugiego i przyjmować, że niezależnie od okoliczności faktycznych (w szczególności, gdy w ogóle nie aktualizuje się sytuacja normowana zdaniem pierwszym) wykonawca ma obowiązek składać odrębne oświadczenie czy informacje, sprowadzające się wówczas siłą rzeczy tylko do informacji "negatywnej" (że złożenie oferty nie prowadzi do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego), gdyż w innym przypadku naraża się na sankcję odrzucenia oferty, jako niezgodnej z ustawą, czy specyfikacją.

Z treści przepisu art. 91 ust. 3a Pzp, w tym z celów wprowadzenia przedmiotowej regulacji, należy wywodzić, że o istnieniu obowiązku informacyjnego, którego niespełnienie można by oceniać, jako uchybienie po stronie wykonawcy (nie skutkujące jednak automatycznym odrzuceniem oferty), można mówić dopiero wtedy, gdy rzeczywiście złożona oferta wywołuje po stronie zamawiającego skutki podatkowe (a wykonawca o tym nie informuje, choć powinien). Z treści przepisu wynika ponadto, że takiemu obowiązkowi informacyjnemu zawsze ma wówczas towarzyszyć obowiązek wskazania nazwy, rodzaju towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego. W niniejszej sprawie oferty takich skutków podatkowych nie wywoływały.

Obowiązek informacyjny wykonawców wynikający z przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, konkretyzuje się więc w przypadku powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. W innym przypadku wykonawcy nie mają podstaw do składania informacji „pozytywnej" – zawierającej wszystkie wymagane elementy, a więc nie tylko samo oświadczenie, że taki obowiązek powstaje, ale także nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania. Informacja „negatywna", nie musi być natomiast, w ocenie składu orzekającego Izby, składana w sposób odrębny i wyraźny, a brak takiego wyraźnego i odrębnego poinformowania, że u zamawiającego nie powstanie obowiązek podatkowy, nie powinien skutkować odrzuceniem oferty. Nawet, jeżeli zawęzić by ocenę tylko do zdania drugiego przepisu art. 91 ust. 3a Pzp (tak jak czynił to Odwołujący), to można wskazać, że zdanie to nie określa, w jakiej formie ma zostać dokonane owe „poinformowanie". Nie można *a limine* wykluczyć więc możliwości wypełnienia obowiązku „informacyjnego" nie tylko poprzez składanie odrębnych oświadczeń (tak, jak uczynił to Odwołujący), ale także za

dopuszczalną należałoby uznać możliwość wypełnienia tego obowiązku poprzez całokształt oświadczeń wykonawcy, w tym samą treść oferty i wliczony w cenę podatek VAT – zwłaszcza, gdy informacja ta może być samodzielnie wyczytana przez zamawiającego. Izba uznała trafność argumentów Zamawiającego, że poprzez samą konstrukcję formularza ofertowego dał wykonawcom możliwość wywiązania się z tego obowiązku „informacyjnego" w ujęciu „negatywny" – gdyż w przypadku ofert kwestionowanych przez Odwołującego w ogóle nie zaistniały przesłanki do uznania, że faktycznie Zamawiający miałby zostać obarczony skutkami podatkowymi. Odwołujący nie przedstawił Izbie rzeczowych argumentów, ani nie udowodnił, że z treści kwestionowanych ofert nie można faktycznie wywieść wniosku o przekazaniu Zamawiającemu informacji, iż wybór którejkolwiek z tych ofert nie będzie wywoływał skutków podatkowych po stronie Zamawiającego. Odwołujący w zasadzie ograniczył się do stanowiska, że przepis art. 91 ust. 3a Pzp stanowi o poinformowaniu Zamawiającego, a więc skoro takiej informacji wykonawca nie przedstawił w

---

odrębnym piśmie (załączniku do oferty) to tym samym naruszył ustawę i specyfikację. Jest to jednak uproszczenie, które nie przystaje do istoty i celu wprowadzonej regulacji, a powiązanie tego uproszczenia z najpoważniejszymi dla wykonawcy sankcjami (odrzucenie oferty), należy ocenić, w okolicznościach niniejszej sprawy, jako argumentację nie znajdującą merytorycznego oparcia, mającą u swego źródła jedynie zbyt daleko posunięty formalizm.

W ocenie składu orzekającego Izby ocena zgodności oferty wykonawcy (a w konsekwencji ocena prawidłowości oceny Zamawiającego) nie powinna więc być determinowana i zawężana jedynie do kwestii tego, czy wykonawca złożył odrębne oświadczenie, sprowadzające się w istocie jedynie do wskazania tego, że przepis art. 91 ust. 3a Pzp nie znajduje zastosowania. To zamawiający może wywieść, czy to z całości oferty, czy poprzez przedmiot zamówienia. Przepis art. 91 ust.3a ustawy Pzp nie zwalnia bowiem zamawiającego ze znajomości przepisów prawno - podatkowych i nie stawia go w pozycji podmiotu, który spełnienie własnych obowiązków podatkowych uzależnia od oświadczenia wykonawcy. Przepis art. 91 ust.3a ustawy Pzp ma więc charakter jedynie informacyjno – pomocniczy i nie wpływa na ostateczne ukształtowanie obowiązku podatkowego. Powyższe zostało podkreślone m.in. w toku prac legislacyjnych, co także daje pewien kontekst *ratio legis* wprowadzonej nowelizacji. W piśmie UZP z dnia 2 grudnia 2014 r., nr UZP/DP/L-AW/KW-26391/14, wskazano m.in., że *„projektowane przepisy dotyczące informowania zamawiającego przez wykonawcę o możliwości powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego mają na celu jedynie usprawnienie postępowania. Podstawą naliczenia i wymiaru podatku powinny być bowiem przepisy ustaw o podatku od towarów i usług. Obowiązek podatkowy, a tym samym ustalenie wysokości podatku należnego spoczywa w tym wypadku na zamawiającym, jako płatniku podatku, przez co wprowadzony przepis dotyczący informowania o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego ma wyłącznie walor informacyjny, nie zdejmuje z zamawiającego ciężaru odpowiedzialności za prawidłowe naliczenie i odprowadzenie podatku na podstawie obowiązujących przepisów podatkowych. Ponadto informacje przekazywane przez wykonawców będą miały charakter jedynie dodatkowy, wtórny, dlatego też nie można zgodzić się z twierdzeniem, że zamawiający będzie całkowicie uzależniony od tych informacji. Zakres zobowiązania oraz zakres informacji niezbędnych do prawidłowego odprowadzenie podatku wynika bowiem z przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, a nie z obowiązku informacyjnego nałożonego na wykonawcę projektowaną zmianą ustawy Pzp. (…) za bezcelową i bezzasadną należy uznać propozycję wprowadzenie odpowiedzialności wykonawcy wobec zamawiającego z tytułu realizacji obowiązku przekazywania informacji o możliwości powstania obowiązku podatkowego, jak również nałożenie na niego stosownych sankcji w przypadku niedopełnienia tego obowiązku bądź przekazania informacji nieprawdziwych".*

Zaniechanie wykonania lub niewłaściwe wykonanie obowiązku informacyjnego ciążącego na wykonawcy w stosunku do zamawiającego o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego nie zostało obwarowane sankcją w postaci odrzucenia oferty. Upatrywanie się w tym zakresie podstaw do niezgodności oferty z ustawą czy niezgodności ze specyfikacją, tym bardziej, gdy w tej sprawie takiej niezgodności w ogóle nie ma, jest

chybione, cechuje się przy tym nieuzasadnionym formalizmem. Dodatkowo, nawet gdyby specyfikacja wymagała złożenia oświadczenia w sposób, w jaki uczynił to Odwołujący, to brak takiego oświadczenia – skoro oferty nie wywoływały skutków, o których mowa w art. 91 ust. 3a Pzp zdanie pierwsze – mógłby zostać uznawany jedynie za niezgodność o charakterze czysto formalnym, co także nie uzasadniałoby odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odrzucenie oferty w oparciu o podstawy podnoszone przez Odwołującego byłoby dodatkowo działaniem niewspółmiernym. Za bezcelowe i wypaczające cel wprowadzonej regulacji – służącej przede wszystkim usprawnieniu postępowania - byłoby nakładanie na wykonawcę sankcji w postaci odrzucenia oferty za niedopełnienie obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a Pzp, zwłaszcza gdy zarzucane wykonawcom (a w konsekwencji i Zamawiającemu) zaniechania ma się sprowadzać jedynie do tego, że wykonawcy ci nie złożyli odrębnego załącznika (który nie był przy tym wymagany), który to załącznik miałby się przy tym ograniczać do stwierdzenia, że wybór oferty nie będzie skutkował powstaniem obowiązków podatkowych po stronie Zamawiającego.

Jednocześnie, skład orzekający Izby wskazuje, że pogląd zbieżny z powyższym został wyrażony m.in. w wyrokach wydanych: w dniu 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1966/15, w dniu 13 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2362/15, w dniu 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2432/15.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania, uznając zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 3a Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 91 ust. 3a Pzp, za całkowicie niezasadne.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Wobec oddalenia odwołań Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołujących w sprawach KIO 508/16 oraz KIO 516/16, jak również zasądziła od Odwołującego w sprawie KIO 508/16 na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie ze złożoną fakturą), oraz zasądziła od

Odwołującego w sprawie KIO 516/16 na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie ze złożoną fakturą). Izba zasądziła także od Odwołujących na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę – w kwocie 324 zł (na podstawie złożonych biletów). Koszty te zostały zgłoszone odrębnie do każdej z tych spraw, czemu Izba dała wyraz w rozstrzygnięciu wyroku. Jednocześnie jednak Izba podkreśla, że koszty te mogły zostać poniesione przez Zamawiającego jednorazowo (fakt przejazdu w obie strony i ceny wykupionych biletów determinują rzeczywistą wysokość tych kosztów, a nie ilość spraw połączonych do wspólnego rozpoznania). Zamawiający uprawniony jest więc do zwrotu kwoty 324 zł i winien kwotę tę uzyskać w zasadzie łącznie od obu Odwołujących (a nie każdego z osobna, gdyż to mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego przysporzenia). Dochodzenie przez Zamawiającego zwrotu tej kwoty w częściach równych, a więc po 162 zł od każdego z Odwołujących, będzie w ocenie Izby, działaniem najbardziej uzasadnionym, dającym wyraz sprawiedliwego rozdzielenia kosztów. Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach stanowią przepisy
§ 3 pkt 1, pkt 2 lit a i b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……