

WYROK
z dnia 13 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Lubomira Matczuk-Mazuś
Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12. XI. 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30. X. 2015 r. przez wykonawcę **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, z siedzibą w Warszawie**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **SmallGIS Sp. z o.o., oraz NaviGate Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych w związku z zaniechaniem wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - SmallGIS Sp. z o.o. oraz NaviGate Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie do przedłożenia zaświadczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz nakazuje unieważnienie wyboru oferty, jako najkorzystniejszej tych wykonawców, oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę tej oferty;
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, z siedzibą w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Zakup odbiorników GNSS z kontrolerami w postaci komputerów polowych”, które to postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie. Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy - Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [Odwołujący] w toku przedmiotowego

- postępowania naruszono – w zakresie podtrzymanym na rozprawie - następujące przepisy:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Small GIS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (Lider Konsorcjum) oraz NaviGate sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (Członek Konsorcjum) dalej zwanych łącznie: „Konsorcjum”, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, gdyż zaofertowany przez Konsorcjum odbiornik GNSS nie spełnia minimalnego parametru określonego w rozdziale I pkt 4 ppkt 15 SIWZ;
 2. art. 26 ust. 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w rozdziale I pkt 5 SIWZ;
 3. art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, dalej jako: „rozporządzenie o dokumentach” z uwagi na zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia pomimo, że wykonawca ten nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w zakresie niezalegania z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów w/w zakresie;
 4. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, pomimo iż wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert;
 5. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 91 ust. 3a z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo jej niezgodności z ustawą polegającej na nie poinformowaniu Zamawiającego, że wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego oraz nie wskazaniu w Formularzu oferty towarów, których dostawa

3

będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego, pomimo iż ustawa nakłada na Wykonawcę taki obowiązek;

6. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na nieprawidłowym określeniu kwot brutto i netto za realizację przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 i 3a Pzp poprzez zaniechanie doliczenia do przedstawionej przez Konsorcjum ceny za kontrolery (poz. 2 tabeli formularza ofertowego) w celu oceny tej oferty, podatku od towarów i usług, który Zamawiający ma obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami, a w konsekwencji wybór oferty, która w świetle postawionych kryteriów oceny ofert nie jest najkorzystniejsza;
7. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp z uwagi na niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny; (3) wykluczenie Konsorcjum z udziału w postępowaniu i odrzucenie oferty tego wykonawcy; ewentualnie wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów, a w przypadku ich nieuzupełnienia lub uzupełnienia dokumentów, które nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia lub nie potwierdzają, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, wykluczenie Konsorcjum z udziału w postępowaniu i odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę; (4) dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. Wykonawca podał, że ma interes w wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, a złożona przez niego oferta została zakwalifikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta złożona przez Odwołującego. Nie może, zatem budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia. W uzasadnieniu podnoszonych w odwołaniu zarzutów podał, co następuje:

I. Niezgodność oferty Konsorcjum z treścią SIWZ - źródło zasilania.

1. W rozdziale I pkt 4 ppkt 15 SIWZ, Zamawiający wskazał, że odbiornik GNSS powinien posiadać wbudowane źródło zasilania na minimum 8 godzin pracy z aktywnym Bluetooth

4

(maksymalnie dwa wymienne akumulatory). Jednocześnie, w SIWZ określono, że odbiornik powinien pracować w zakresie przedziału temperatur od -20 do +50° C (rozdział I pkt 4 ppkt 19 SIWZ). Urządzenie będzie wykorzystywane zarówno w niskich jak i wysokich temperaturach, a jego praca powinna przebiegać tak samo niezależnie od warunków atmosferycznych, w których będzie ono użytkowane. Tym samym, źródło zasilania odbiornika powinno zapewniać zasilanie na minimum 8 godzin pracy w zakresie przedziału temperatur od -20° do +50° C. C

2. W pkt 15 tabeli parametrów zawartej w złożonym przez Konsorcjum formularzu ofertowym, dla omawianego wymogu podano „wbudowane w odbiornik źródło zasilania na minimum 8 godzin pracy z aktywnym Bluetooth Konsorcjum zadeklarowało zatem, że wymóg postawiony w rozdziale I pkt 4 ppkt 15 SIWZ będzie realizowany przez odbiornik samodzielnie tj. bez konieczności stosowania dodatkowych zewnętrznych źródeł zasilania (wymennych akumulatorów). Konsorcjum nie zaoferowało dodatkowych wymiennych akumulatorów, nie zostały one wskazane w żadnym miejscu oferty.
3. Zgodnie z informacją zamieszczoną w dostępnej na stronie internetowej producenta Instrukcji Użytkownika zaoferowany przez Konsorcjum odbiornik GNSS nie spełnia wymogu minimalnego określonego w rozdziale I pkt 4 ppkt 15 SIWZ, gdyż długość pracy odbiornika na wbudowanej baterii przy temperaturze -20° wynosi jedynie 6 godzin, a nie minimum 8 C godzin pracy jak wymagał tego Zamawiający. Powołał na potwierdzenie Wyciąg z Instrukcji Użytkownika (str. 15).
4. Zdaniem wykonawcy nieprzewidzenie w ofercie dwóch sztuk dodatkowych zewnętrznych źródeł zasilania (wymennych akumulatorów) umożliwiło wykonawcy obniżenie ceny oferty, a w efekcie uzyskanie zamówienia. Nie można wykluczyć, że gdyby zostały one uwzględnione, to oferta Odwołującego, w której wymienne akumulatory zostały uwzględnione, a nie oferta Konsorcjum zostałaby uznana za najkorzystniejszą.
5. Reasumując, oferta złożona przez Konsorcjum powinna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, gdyż źródło zasilania w zaoferowanym odbiorniku nie zapewnia minimum 8 godziny pracy w pełnym określonym przez Zamawiającego zakresie temperatury tj. -20° do +50° C. C

II. Zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów - standard IP 65.

1. W rozdziale I pkt 5 SIWZ, Zamawiający wskazał, iż wymaga, aby odbiornik GNSS spełniał standard IP 65, Zgodnie z rozdziałem V pkt 2 ppkt 13 lit a) SIWZ do oferty wykonawca zobowiązany był załączyć dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, w tym dokument potwierdzający spełnianie standardu min. IP 65 - odnośnie odbiornika GNSS.

5

-
2. Konsorcjum wraz z ofertą złożyło oświadczenie producenta oferowanych odbiorników - TRIMBLE EUROPE BV (str. 36-37 oferty), z którego wynika, że "TRIMBLE EUROPE BV zaprojektował UobileMapper 300 tak, żeby był odporny na zanurzanie w wodzie i warunki pyłowe, definiowane jako IP 67."
 3. Przytoczone oświadczenie potwierdza, zatem jedynie, że zaoferowany przez Konsorcjum odbiornik został zaprojektowany tak, żeby spełniał standard IP 67. nie potwierdza ono natomiast, że odbiornik rzeczywiście ten standard spełnia. Zapewnienie, iż odbiornik został zaprojektowany z uwzględnieniem konkretnego założenie jest niewystarczające gdyż nie można wykluczyć, że na etapie projektowym, konstrukcyjnym lub produkcyjnym mogło dojść do błędów skutkujących brakiem możliwości osiągnięcia standardu IP 67.
 4. W tych okolicznościach, nie może budzić wątpliwości, że Zamawiający zobowiązany był wezwać Konsorcjum do uzupełnienia odpowiedniego dokumentu, a w przypadku jego nieuzupełnienia lub uzupełnienia dokumentu, który nie potwierdza, że oferowany odbiornik spełnia wymagany standard, do odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

III. Zaniechanie wykluczenia - zaświadczenia z ZUS.

- 1 Do oferty Konsorcjum załączono zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek stanowiące wydruk z Platformy Usług Elektronicznych ZUS (wydruk dokumentu elektronicznego). Na wydruku znajduje się adnotacja, że dokument został podpisany podpisem elektronicznym i aby go zweryfikować należy użyć oprogramowania do weryfikacji podpisu. Biorąc pod uwagę, że przepisy nie przewidują możliwości składania przez wykonawców dokumentów, w tym zaświadczenia z ZUS, w formie wydruku dokumentu elektronicznego, należy stwierdzić, iż Konsorcjum nie wykazało braku podstaw do wykluczenia w zakresie określonym w art. 24 ust. pkt 3 Pzp.
2. Zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia o dokumentach, dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Tym samym, w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca może posłużyć się wyłącznie jedną z trzech następujących form dokumentów: a) oryginałem; b) kopią poświadczoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę; c) dokumentem elektronicznym opatrzonym przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.
3. Zaświadczenia przedstawione przez Konsorcjum nie stanowią dokumentu elektronicznego (zapisu elektronicznego), a jedynie wydruk dokumentu elektronicznego stanowiący jego wizualizację (wydruk zapisu elektronicznego). W powyższym zakresie, w odpowiedzi na

6

interpelację poselską nr 33686 w sprawie możliwości posługiwania się w przetargach elektronicznym zaświadczeniem o niezaleganiu ze składkami ZUS, udzielająca odpowiedzi podsekretarz stanu w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej E. S. wskazała: „W obecnym stanie prawnym Zakład Ubezpieczeń Społecznych wydaje zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Emerytur Pomostowych, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń zarówno w formie jak i elektronicznej. Wydawanie Pracowniczych papierowej, o przy Usług elektronicznych zaświadczeń niezaleganiu, wykorzystaniu Platformy Elektronicznych ZUS, odbywa się na podstawie art. 391 § 1 ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego, jeżeli strona lub inny uczestnik postępowania złoży podanie w formie dokumentu elektronicznego przez elektroniczną skrzynkę podawczą ZUS, lub wystąpi o takie doręczenie i wskaże adres elektroniczny bądź wyrazi zgodę na doręczanie pism w postępowaniu za pomocą tych środków i wskaże adres elektroniczny. Odnosząc się do problemu podniesionego przez Pana Posła, dotyczącego statusu wydruku zaświadczenia uzyskanego w powyższym trybie podziela obawy, iż dla potrzeb postępowań przetargowych, taki wydruk może być niewystarczający. Zgodnie z § 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane dokumenty elektroniczne powinny być opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Podkreślić należy, że wydruk dokumentu elektronicznego stanowi jedynie wizualizację zapisaną na informatycznym nośniku danych, nie stanowi on zatem dokumentu urzędowego w rozumieniu art. 76 KPA. Treść takiego dokumentu może zostać zmaterializowana w postaci wydruku. Problemem w przypadku wydruku dokumentu elektronicznego jest zmaterializowanie podpisu elektronicznego. Obecnie wydruki dokumentów Zakładu zawierają imię i nazwisko pracownika upoważnionego do jego wydania oraz adnotację o podpisie elektronicznym: „dokument został podpisany, aby go zweryfikować należy użyć oprogramowania do weryfikacji podpisu”. Zgodnie natomiast z obowiązującymi przepisami ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego, w związku z ustawą z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114), za dokument elektroniczny uznaje się tylko odpowiedni zapis elektroniczny i jako taki posiada on odpowiednią moc dowodową.” W dalszej części odpowiedzi stwierdzono, że dopuszczenie na gruncie Pzp zaświadczenia z ZUS w formie wydruku dokumentu elektronicznego wymagałoby modyfikacji § 7 rozporządzenia o dokumentach.

4. Przedstawione przez Konsorcjum dokumenty, nie mogą być na zasadzie analogii traktowane tak jak wydruki komputerowe odpisów z KRS. Odnosnie tych ostatnich, w art. 4 ust. 4 aa ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym wskazano, bowiem że pobrane samodzielnie

wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Rejestru mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Centralną Informację, o których mowa w ust. 3, jeżeli posiadają cechy umożliwiające ich weryfikację z danymi zawartymi w Rejestrze. Samodzielnie pobrane wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do KRS posiadają, zatem status dokumentu oryginalnego w rozumieniu § 7 ust. 1

- rozporządzenia o dokumentach. Podkreślenia jednak wymaga, że w przypadku wydruków komputerowych odpisów z KRS, status oryginału został nadany wydrukowi przez ustawę.
5. Przedstawione przez Konsorcjum wydruki nie stanowią dokumentów elektronicznych, a zatem Zamawiający zobowiązany był wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia przez obu Członków Konsorcjum dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a w przypadku niedopełnienia tego obowiązku do wykluczenia Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp.

IV. Zaniechanie wykluczenia - niewniesienie wadium.

1. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 Pzp, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.
2. Gwarancja nr 2544/2015, której kopia została załączoną do oferty Konsorcjum nie spełnia wymagań dotyczących wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej, gdyż nie określa w sposób odpowiedni Wykonawcy, którego działania mogą powodować powstanie roszczenia wypłaty kwoty gwarancji po stronie Zamawiającego. Z załączonego do oferty dokumentu gwarancji wynika, iż dotyczy ona jedynie jednego z dwóch wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie, tj. SmallGIS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, nie obejmuje natomiast drugiego z podmiotów - NaviGate sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.
3. Z treści gwarancji ubezpieczeniowej załączonej do oferty Konsorcjum nie wynika, iż zabezpiecza ona ofertę złożoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - w żadnym miejscu gwarancji nie znajduje się jakakolwiek wzmianka o tym, iż Zleceniodawca Gwarancji bierze lub może brać udział w przetargu wspólnie z innymi wykonawcami. Nie można, zatem zobowiązania zaciągniętego przez gwaranta interpretować rozszerzająco zwłaszcza w kontekście charakteru tego zobowiązania.
4. Z treści gwarancji jednoznacznie wynika natomiast, że uprawnienie do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp aktualizuje się na skutek niezłożenia dokumentów tylko przez wskazanego w niej Zleceniodawcę Gwarancji (SmallGIS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie). Tak samo w przypadku przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 5 pkt 1 - 3 ustawy Pzp, w odniesieniu do których w treści gwarancji wskazano tylko jednego z Członków Konsorcjum - Zleceniodawcę Gwarancji. W przypadku, gdy NaviGate sp. z o.o. z siedzibą w

Krakowie (Członek Konsorcjum), nie złoży dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, wówczas w stosunku do tej spółki Zamawiający nie będzie miał możliwości zatrzymania wadium.

5. Jest to tym bardziej istotne, że podstawowe znaczenie dla określenia zobowiązania gwaranta ma treść gwarancji, a nie treść stosunku podstawowego łączącego beneficjenta z osobą, za którą gwarant gwarantuje. Zobowiązanie wynikające z gwarancji bankowej ma, bowiem charakter abstrakcyjny tzn. gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem (w tym przypadku Wykonawcy z Zamawiającym), a treść gwarancji nie powinna być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej. Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy Prawo bankowe - gwarancja bankowa jest jednostronnym zobowiązaniem banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Nie akcesoryjny charakter gwarancji bankowej znajduje również wyraz w art. 87 ust. 2 ustawy - Prawo bankowe, który stanowi, że roszczenie z tytułu gwarancji jest wymagalne, choćby zobowiązanie, z którym gwarancja była związana, już wygasło.

6. Fakt, że gwarancja jest zobowiązaniem o charakterze abstrakcyjnym, występującym niezależnie od stosunku podstawowego nie budzi wątpliwości w orzecznictwie i doktrynie. Za reprezentatywną w powyższym zakresie należy uznać uchwałę Sądu Najwyższego 7 sędziów (zasada prawna) z dnia 16 kwietnia 1993 r. III CZP 16/93, OSNC 1993/10/166 w której wskazano "Bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami "nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz "na pierwsze żądanie" nie może skutecznie powołać się - w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty - na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku, z którym gwarancja została wystawiona". Tak również w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2010 r. KIO/KU 63/10 oraz w doktrynie: Izabela Heropolitańska Prawne zabezpieczenie wierzytelności, Warszawa 2005, str. 207-208; Paweł Banasik Definicja i formy wadium w zamówieniach publicznych, ABC nr 104780, LEX; Stefan Babiarz Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Lex Polonica.

7. Z abstrakcyjnego charakteru gwarancji wynikają następujące zasady:

a. Treść gwarancji ubezpieczeniowej powinna być precyzyjna (formalizm i rygoryzm gwarancji) - formalizm gwarancji powoduje brak możliwości szerszej interpretacji gwarancji niż to wynika z jej literalnego brzmienia. Stanowisko to znajduje potwierdzenie zarówno w orzecznictwie {Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 07.01.1997 r. I CKN 37/96, OSP 1997, Nr 5, poz. 97: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 13.11.2009 r. XII Ga 350/09, LEX nr 564638;

9

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.07.2011 r. KIO 1525/11; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2010 r. KIO 2273/10) jak też w doktrynie (np. Katarzyna Młodecka, Gwarancja ubezpieczeniowa jako forma wadium w zamówieniach publicznych, ABC nr 130766, LEX; Paweł Banasik, Definicja i formy wadium w zamówieniach publicznych, ABC nr 104780, LEX).

b. Oświadczenia woli stron gwarancji należy interpretować zawężająco (ścieśniająco);

c. Zakazuje się wykładni liberalnej i elastycznej (tak np. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 stycznia 2006r., sygn. akt I ACa 761/05 - Opubl: Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych rok 2007, Nr 5, poz. 16, str. 71)

8. Uwzględniając powyższe zasady nie może budzić wątpliwości, aby gwarancja wadialna w pełni zabezpieczała interesy Zamawiającego powinna określać wszystkie sytuacje, w których gwarant zobowiązany jest do zapłaty wadium. Warunek powyższy nie jest spełniony, gdy w gwarancji wadialnej przedłożonej przez Konsorcjum został wymieniony tylko jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

9. Aby wadium wniesione w postaci gwarancji bankowej zabezpieczało należycie interesy Zamawiającego, z treści gwarancji musi wynikać, w jakich okolicznościach Zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium. Możliwość zatrzymania przez Zamawiającego wadium na podstawie przedłożonej gwarancji, wystąpiłaby wyłącznie w sytuacji gdyby pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia istniała solidarna odpowiedzialność za podpisanie umowy. Tymczasem solidarność taka nie wynika, ani z ustawy, ani z czynności prawnej (art. 369 kc). Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wyłącznie w zakresie wykonania umowy i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 141 ustawy). W zakresie podpisania umowy, taka solidarność nie występuje, co wynika wprost z art. 23 ustawy, w którym ustawodawca żąda, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanowili pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Gdyby solidarna odpowiedzialność za podpisanie umowy wynikała z przepisów ustawy, niepotrzebnym byłoby żądanie ustanawiania pełnomocnika do podpisania umowy, gdyż umowę taką mógłby podpisać dowolny członek konsorcjum ze skutkiem dla pozostałych.

10. Na gruncie niniejszej sprawy treść gwarancji bankowej i wskazane w niej okoliczności zatrzymania wadium nie są zupełne i nie obejmują wszystkich możliwych zdarzeń, które mogą spowodować prawo żądania przez Zamawiającego zapłaty kwoty gwarancyjnej, gdyż nie dotyczą wszystkich podmiotów, które złożyły ofertę. Wniesione wadium nie zabezpiecza,

zatem wniesionej oferty, ponieważ oferta nie była składana przez jednego z wykonawców, a przez dwóch wykonawców występujących łącznie.

11. Ponadto pełnomocnictwo udzielone przez Członka Konsorcjum (NaviGate sp. z o.o.) na rzecz Lidera Konsorcjum (SmallGIS sp. z o.o.) nie obejmuje uprawnienia do wniesienia wadium w imieniu Konsorcjum. Tym samym, wadium wniesione w niniejszym postępowaniu również z tego powodu nie może zostać uznane za wniesione przez podmiot, który złożył ofertę tj. przez Konsorcjum.
12. Za reprezentatywne w powyższym zakresie należy uznać wyroki Sądu Okręgowego i Krajowej Izby Odwoławczej m.in.:
 - a. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 10 września 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1041/15: „Reasumując przeprowadzone rozważania, skonstatować należy, że objęcie gwarancją bankową tylko jednego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia spowoduje, iż gwarant będzie miał możliwość uchylecia się od zapłaty sumy gwarancyjnej w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców. W okolicznościach niniejszej sprawy, mimo braku wymogu w SIWZ, ale z uwagi na abstrakcyjny charakter gwarancji bankowej, a także z uwagi na argumentację podniesioną wyżej, w ocenie Sądu Okręgowego, wadium wnoszone w postaci gwarancji bankowej winno w swej treści zawierać informację, że podmiotem zabezpieczającym zapłatę wadium jest konsorcjum, a nie wyłącznie lider konsorcjum. Oferta wspólna nie została zatem prawidłowo zabezpieczona wadium.”
 - b. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2694/14: „ W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, z uwagi na nieprawidłowe zabezpieczenie oferty wadium. Wadliwość złożonej gwarancji ubezpieczeniowej polegała na objęciu jej zakresem wyłącznie działań lub zaniechań spółki Zakłady Budownictwa Mostowego - Inwestor Zastępczy S.A., z pominięciem podmiotu, z którym ww. spółka złożyła ofertę wspólną”.
 - c. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1785/14: „ W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że w przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, wadium może \ zostać wniesione przez dowolnego z tych wykonawców, co wynika z treści f art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednakże jeżeli wadium wnoszone jest w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, w t treści takiej gwarancji powinna znaleźć się informacja, które podmioty zabezpieczają zapłatę wadium. (...)
 - d. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2013 r., sygn. KIO 149/13: „Izba ustaliła, że podmioty na rzecz, których zostały wystawione gwarancje przetargowe - w gwarancji

przetargowej z dnia 5 grudnia 2012r. wystawionej przez TUIR Allianz Poiska S.A. (strona 39 oferty konsorcjum DDSC Holding) na rzecz wykonawcy Dumat SA. i w gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 1502/Wr/4951/2012 z dnia 7 grudnia 2012r. wystawionej przez TUZ TUW (strona 41 oferty konsorcjum Siwek) na rzecz wykonawcy Zakłady Metalowe SIWEK H. S. nie są wykonawcami w rozumieniu art.2 pkt. 11 ustawy Pzp, która definiuje wykonawcę, jako osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”. (...) podmioty wymienione w złożonych dokumentach wadialnych nie ubiegają się samodzielnie o udzielenie zamówienia i nie złożyły samodzielnie ofert, lecz działają, jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Izba reprezentuje zapatrywanie, że treść ww. gwarancji, które mogłyby zostać uznane za wadium zabezpieczające oferty konsorcjum Przystępujących powinny identyfikować podmioty składające ofertę wspólną. Przedłożone przez Przystępujących gwarancje obejmują jedynie niektórych uczestników konsorcjum, nie dając Zamawiającemu pewności, co do prawnej skuteczności dochodzonego roszczenia, w warunkach wystąpienia okoliczności określonych w ustawie Pzp. (...) załączone do ofert Przystępujących gwarancje wadialne dotyczą podmiotu zobowiązanego (Dumat sp. z o. o.) bądź wykonawcy (Zakłady Metalowe SIWEK H. S.), którzy w przedmiotowym postępowaniu przetargowym ofert nie złożyli, a zatem w takim wypadku - zdaniem Izby - wystawca gwarancji może odmówić wypłaty sumy gwarancyjnej, bowiem okoliczności wymienione w tych gwarancjach dotyczą jedynie powyższych podmiotów, a nie wykonawców składających

ofertę wspólnie”.

13. Na gruncie przedmiotowego stanu faktycznego Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, gdyż nie wniosło ono wadium do upływu terminu składania ofert.

V. Zaniechanie odrzucenia – podatek VAT

1. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 91 ust. 3a Pzp wprowadzonym ustawą z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku VAT, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek VAT, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wykonawca, składając natomiast 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. Zgodnie zatem z Pzp:

12

-
- a) Obowiązek doliczania wartości podatku VAT płaconego przez zamawiającego do wartości netto wykonawcy będzie miał, zatem zastosowanie w przypadku: - wewnątrz wspólnotowego nabycia towarów, - mechanizmu odwróconego obciążenia, w odniesieniu do wprowadzonych już, jak i wprowadzonych nowelizacją zmian w ustawie o VAT, - importu usług lub importu towarów, z którymi wiąże się analogiczny obowiązek doliczenia przez zamawiającego przy porównywaniu cen ofertowych podatku VAT.
- b) Należy zwrócić uwagę na mechanizm odwróconego obciążenia, w szczególności na załącznik nr 11 do ustawy o podatku od towarów i usług poz. 28 a i 28 b: [28a ex 26.20.11.0: Przenośne maszyny do automatycznego przetwarzania danych, o masie <= 10 kg, takie jak: laptopy i notebooki; komputery kieszonkowe (np. notesy komputerowe) i podobne - wyłącznie komputery przenośne, takie jak: tablety, notebooki, laptopy oraz 28b - ex 26.30.22.0: Telefony dla sieci komórkowych lub dla innych sieci bezprzewodowych - wyłącznie telefony komórkowe, w tym smart fony;
- c) Stosownie do art. 17 ust. 1 pkt. 7 ustawy o podatku od towarów i usług podatnikami są również osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne nabywające towary wymienione w załączniku nr 11 do ustawy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: a) dokonującym ich dostawy jest podatnik, o którym mowa w art. 15, u którego sprzedaż nie jest zwolniona od podatku na podstawie art. 113 ust. 1 i 9, b) nabywcą jest podatnik, o którym mowa w art. 15, zarejestrowany jako podatnik VAT czynny, c) dostawa nie jest objęta zwolnieniem, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 2 lub art. 122;
- d) W przypadku dostaw towarów wymienionych w poz. 28a-28c załącznika nr 11 do ustawy przepis ust. 1 pkt 7 stosuje się, jeżeli łączna wartość tych towarów w ramach jednolitej gospodarczo transakcji obejmującej te towary, bez kwoty podatku, przekracza kwotę 20.000 zł. Za jednolitą gospodarczo transakcję, o której mowa w ust. 1c, uznaje się transakcję obejmującą umowę, w ramach której występuje jedna lub więcej dostaw towarów wymienionych w poz. 28a-28c załącznika nr 11 do ustawy, nawet jeżeli są one dokonane na podstawie odrębnych zamówień lub wystawianych jest więcej faktur dokumentujących poszczególne dostawy.
- e) Odnosząc powyższe do niniejszego postępowania należy zauważyć, że dostawa kontrolera w postaci komputera polowego będzie objęta tzw. mechanizmem odwróconego obciążenia. Tym samym, zobowiązanie do uiszczenia podatku od tej transakcji powstanie nie po stronie wykonawcy, a po stronie Zamawiającego.
2. W celu określenia oferowanej ceny, wykonawcy zobowiązani byli do wypełnienia j tabelki zamieszczonej w formularzu ofertowym w opisie której podano, że: cena uwzględnia cały koszt realizacji zamówienia tj. dostarczenie sprzętu wraz z zainstalowanym w nim oprogramowaniem i akcesoriami wraz z gwarancją i przeprowadzeniem instruktażu z

13

zakresu obsługi dostarczonego sprzętu oraz, że: „W przypadku powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego (zgodnie z Rozdziałem XIISWZ) należy: 1) w tabeli „za cenę”, w

- kolumnie „f” (Podatek VAT %) wpisać zwrot „o/o” lub inny wskazujący na powstanie u Zamawiającego obowiązku podatkowego; 2) w tabeli „za cenę”, kolumnę „g” (Podatek VAT zł) pozostawić niewypełnioną; 3) w tabeli „za cenę”, w kolumnie „h” (Cena ofertowa brutto [zł]) wpisać wartość wskazaną w kolumnie „e” (Cena ofertowa netto (zł)).
3. W rozdziale XII pkt 5 SIWZ, Zamawiający poinformował, że jest czynnym płatnikiem podatku od towarów i usług VAT. Wykonawca, składając ofertę, informuje Zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru, którego dostawa będzie prowadzić do jego powstania oraz wskazując jego wartość bez kwoty podatku VAT. W pkt 6 Zamawiający określił, zasady wypełnienia formularza ofertowego w przypadku powstania po jego stronie obowiązku podatkowego, które są analogiczne do zastrzeżenia zamieszczonego pod tabelką znajdującą się w formularzu ofertowym.
 4. Przy uwzględnieniu określonych przez Zamawiającego zasad, tabela zamieszczona w formularzu ofertowym powinna zostać uzupełniona w odniesieniu do odbiornika GNSS i kontrolera.
 5. Na gruncie niniejszej sprawy do dostawy kontrolera będzie miał zastosowanie tzw. mechanizm odwróconego obciążenia, Konsorcjum, w formularzu ofertowym nie tylko nie poinformowało Zamawiającego o powstaniu po jego stronie obowiązku podatkowego, to dodatkowo wbrew udzielonym przez Zamawiającego jednoznacznym instrukcjom w poz. 2 tabeli dotyczącej dostawy kontrolera wskazało zarówno stawkę podatku VAT, wartość podatku VAT oraz wartość brutto za dostawę kontrolerów, a w efekcie również cenę ofertową brutto uwzględniającą te wartości.
 6. Zgodnie z art. 91 ust. 3a Pzp in fine Wykonawca, składając ofertę, zobowiązany jest do poinformowania zamawiającego, o tym czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego oraz do wskazania nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania. Konsorcjum nie wypełniło ciążącego na nim ustawowego obowiązku. Tym samym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 91 ust. 3a Pzp, jako niezgodna z ustawą.
 7. Jednocześnie, skoro Zamawiający w sposób jednoznaczny, przejrzysty i precyzyjny określił jak należy uzupełnić formularz ofertowy w przypadku, gdy do dostaw objętych postępowaniem będzie miał zastosowanie mechanizm odwróconego obciążenia to nie może budzić wątpliwości, że nawet najmniejsze odstępstwo od określonych przez Zamawiającego zasad stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ, co skutkuje koniecznością jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W tym przypadku odmienny sposób

14

sporządzenia oferty nie będzie» bowiem miał charakter formalnego* nie będzie polegał na odmiennym sposobie prezentacji danych, a będzie miał charakter merytoryczny, gdyż w wyniku niedostosowania się do określonych przez Zamawiającego zasad dojdzie do ukształtowania treści oświadczenia wykonawcy w sposób sprzeczny w wymaganiach określonych w SIWZ

8. Opisany powyżej błąd w ofercie Konsorcjum nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Jego poprawienie spowodowałoby się bowiem do poprawienia ceny oferty, czyli jej essentialia negotii, a każda zmiana essentialia negotii jest zmianą istotną, a zatem niedopuszczalną na gruncie art. 87 ust. 2 Pzp.
9. Ponadto oferta Konsorcjum zawiera błąd w obliczeniu ceny, ponieważ Konsorcjum nie uwzględniło wymagań Zamawiającego, co do prawidłowego określenia kwot brutto i netto za realizację przedmiotu zamówienia w Formularzu oferty, a zatem powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.
10. Zgodnie z art. 2 pkt 1 Pzp, ilekroć w ustawie jest mowa o cenie należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915). Przywołany przepis art. 3 ust 1 ppkt 1 w/w ustawy stanowi, że ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Stosownie z kolei do ust. 2 tego przepisu, w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową.
11. Uwzględnienie przez wykonawcę w cenie oferty podatku VAT, a zatem elementu

cenotwórczego, który na podstawie odrębnych przepisów (ustawy o podatku od towarów i usług) dla danego elementu dostawy nie powinien być w niej uwzględniony powoduje, że mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny. Bez znaczenia jest przy tym skala czy wymiar matematyczny tego błędu liczy się bowiem sam fakt jego wystąpienia. Dla oceny czy doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie ma również bezpośredniego znaczenia okoliczność czy jego wystąpienie było zachowaniem świadomie zamierzonym przez wykonawcę czy też nie miało takiego charakteru (tak w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III GZP 52/11).

12. Tym samym, oferta złożona przez Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż zawiera błąd w obliczeniu ceny.
13. Z uwagi na art. 91 ust. 3a zd. pierwsze Zamawiający w celu porównania ofert powinien do ceny za kontrolery podanej przez Konsorcjum doliczyć podatek VAT, który będzie zmuszony uiścić, nawet wówczas gdy podatek ten został już naliczony i uiszczony przez sprzedającego (w tym przypadku Konsorcjum). Oświadczenie złożone przez Konsorcjum w formularzu

15

ofertowym, że to ono ureguje należy od tej transakcji VAT, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku podatkowego określonego w przepisach ustawy o podatku od towarów i usług. W przypadku gdyby Zamawiający postąpił w sposób zgodny z art. 91 ust. 3a i doliczył do ceny za kontrolery (określonej przez Konsorcjum jako cena brutto) wartość podatku VAT, którą sam będzie zobowiązany uiścić od tej transakcji, wówczas za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać oferta Odwołującego, ponieważ zawiera niższą ceną.

- VI. Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w zakresie podtrzymanych na rozprawie zarzutów stwierdził, co następuje:

1. w rozdziale I pkt 4 ppkt 15 siwz jako element specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia podano, że Odbiornik GNSS ma posiadać „wbudowane w odbiornik źródło zasilania na minimum 8 godzin pracy z aktywnym Bluetooth (maksymalnie 2 wymienne akumulatory)”. W pkt 15 tabeli parametrów zawartej w złożonym przez SmallGIS formularzu ofertowym, Przystępujący wskazał, że urządzenie posiada „wbudowane w odbiornik źródło zasilania na minimum 8 godzin pracy z aktywnym Bluetooth”, co odpowiada wymogowi sformułowanemu przez Zamawiającego w siwz. Przystępujący zaoferował Odbiornik GNSS Mobile Mapper 300, którego producentem jest Spectra Precision. W broszurze zamieszczonej na stronie producenta (<http://spectraprecision.com/>) wskazano na jej str. 4 dotyczącej specyfikacji technicznej urządzenia („Mobile Mapper 300 Technical Specifications”), że czas pracy baterii wynosi 10 godzin („Power characteristics: battery life time: 10 hours”). Ponadto, co do zakresu temperatur w jakim urządzenie to może pracować, w tej samej broszurze producent wskazał, iż jest to zakres od -30 do +65 stopni Celsjusza („Environmental Characteristics: Operating temperaturę: -30° to +65° C”). Parametr ten odpowiada zatem wymogowi sformułowanemu przez Zamawiającego w Rozdziale I pkt 4 ppkt 19 oraz potwierdza parametry techniczne urządzenia wskazane przez Przystępującego w formularzu ofertowym. W tym miejscu zasadne w świetle zarzutu Odwołującego jest odniesienie się do tożsamych parametrów dla Odbiornika GNSS zaoferowanego przez Odwołującego, tj. odbiornika model GG 03 producenta Leica, co do którego w formularzu ofertowym Odwołujący zadeklarował iż posiada ono „wbudowane w odbiornik źródło zasilania na minimum 8 godzin pracy z aktywnym Bluetooth (maksymalnie 2 wymienne akumulatory)” (na marginesie więc, nota bene, jeśli posłużyć się retoryką Odwołania, „bezrefleksyjnie przepisał treść wymogu nie dokonując w nim żadnej modyfikacji”, o czym dalej) oraz, że możliwa jest „praca w zakresie przedziału temperatur od -40 do +65° W broszurze zamieszczonej na stronie producenta C”.

16

tego odbiornika (<http://www.leica-geosystems.com/>) podano, że został on „zaprojektowany do pracy w temperaturze od -40 ° do +65 DC” (na marginesie więc, nota bene, jeśli C posłużyć się retoryką Odwołania, można by rzec, iż „przytoczone oświadczenie potwierdza zatem jedynie, że zaoferowany odbiornik został zaprojektowany tak, żeby pracował we

wskazany zakres temperatur, nie potwierdza ono natomiast, że odbiornik rzeczywiście w takim zakresie temperatur pracuje", o czym dalej). Ponadto w tej samej broszurze podano, iż czas pracy to 10 godzin (co odpowiada wymogowi Zamawiającego, wynoszącemu 8 godzin), jednakże czas ten producent opatrzył zastrzeżeniem, iż parametr ten jest nie stały, lecz „Może zmieniać się ze względu na wpływ temperatury, wiek baterii, jej zużycie itp”. Podkreślił, że Zamawiający w siwz sformułował szereg wymagań technicznych co do zamawianego sprzętu. Zauważenia wymaga, iż część z tych wymagań ma charakter złożony, kompleksowy, inne zaś wymagania są sformułowane samodzielnie. Przykładem wymagań złożonych, kompleksowych, są m.in. wskazane w Rozdziale I pkt 4 ppkt 8 (gdzie mowa o dokładności przy szeregu założeń), ppkt 17 (gdzie zarówno wodoszczelność jak i pyłoszczelność ma być poddana ocenie względem tej samej normy, a nie różnych dla każdego z tych czynników), ppkt 21 (gdzie mowa o funkcjonalności urządzenia z uwzględnieniem kilku różnych parametrów). Przykładem wymagań samodzielnych są natomiast m.in. wymagania co do czasu pracy urządzenia oraz zakresu temperatur w jakich urządzenie może pracować (ppkt 15 oraz 19). W przypadku wymogów Zamawiającego co do parametrów czasu pracy oraz zakresu temperatur, w których urządzenie może pracować, za nieznajdujące podstawy w siwz należy zatem uznać wyprowadzanie z tych dwóch niezależnych wymagań, wymagania dodatkowego, polegającego na ich połączeniu. Nie było to zamiarem Zamawiającego i nie dokonał tego w siwz. Wywodzenie zaś takiego wymagania przez wykonawców nie znajduje jakiegokolwiek podstawy, wobec niekwestionowanego zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie poglądu, iż do wyłącznej kompetencji zamawiającego, a nie wykonawców należy dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem jego uzasadnionych potrzeb. Zamawiający dokonując takiego właśnie wyodrębnienia dwóch przedmiotowych wymagań w siwz, wziął także pod uwagę powszechną rynkową praktykę, zgodnie z którą w specyfikacjach technicznych przedmiotowych urządzeń producenci wskazują na oba te parametry osobno (co wykazano powyżej także co do urządzenia zaoferowanego przez Odwołującego). Formułując siwz Zamawiający zatem posłużył się parametrami, jakimi posługuje się rynek danych urządzeń, co miało na celu umożliwienie weryfikacji czy urządzenia te spełniają stawiane przez Zamawiającego wymagania. Odbiegające od rynkowej praktyki ukształtowanie wymagań w tym zakresie po pierwsze nastęrczałoby trudności w wykazaniu, że oferowane urządzenia wymogi owe spełniają, po drugie zaś wymagałoby wyraźnego odzwierciedlenia w siwz, czego Zamawiający świadomie nie uczynił. Co istotne - gdyby uznać za prawidłową

17

interpretację Odwołującego w tym zakresie, nieodzowną konsekwencją tego musiałyby być uznanie, iż wykonawca ten nie wykazał, iż oferowane przez niego urządzenie spełnia przedmiotowe wymagania (z uwagi na, wskazane wyżej, dokonane przez producenta urządzenia zastrzeżenie, iż podawany przez niego czas pracy jest zmienny i zależny w szczególności od temperatury w jakiej urządzenie pracuje oraz szeregu innych, co ważne - jedynie przykładowo przez niego wymienionych czynników). Taki otwarty katalog czynników w ocenie Zamawiającego sam już czyni nieprawdopodobnym uzyskanie przez Odwołującego jednoznacznego potwierdzenia przez producenta, iż niezależnie od jakichkolwiek czynników w pełnym zakresie temperatur wskazanym przez Zamawiającego urządzenie zachowa zdolność do pracy we wskazanym w siwz minimalnym czasie - a taka właśnie jest istota tezy Odwołującego. Teza Odwołującego, że nieprzewidzenie w ofercie dwóch sztuk wymiennych akumulatorów (oparta na stwierdzeniu, że Przystępujący w żadnym miejscu oferty nie wskazał wymiennych akumulatorów), umożliwiło temu wykonawcy obniżenie ceny w stosunku do oferty Odwołującego „w której wymienne akumulatory zostały uwzględnione”, stoi w oczywistej sprzeczności z zawartymi w Odwołaniu twierdzeniami wykonawcy, co do tego jak należy, wg niego wyklądać treść oświadczeń wykonawców w ich ofertach. Skoro bowiem w uzasadnieniu innego zarzutu, tj. niezgodności oferty SmallGIS z siwz (brak możliwości zidentyfikowania oferowanego produktu), Odwołujący twierdzi, że z „bezrefleksyjnego przepisania treści wymogu nie dokonując w nim żadnej modyfikacji” wywodzić należy, że dany wykonawca „tym samym nie dokonał wyboru żadnego z rozwiązań, co w konsekwencji powoduje, że nie jest możliwym jednoznaczne ustalenie przedmiotu oferty, oferta ta podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP”, to takie stwierdzenie Odwołującego należy potraktować, jako po pierwsze w żaden sposób niewiążące dla wykładni oświadczeń Przystępującego, po drugie zaś jako wskazówkę Odwołującego co do tego jak wyklądać jego własne oświadczenia (a zatem jego

wykładnię autentyczną). Zestawiając zaś tą wskazówkę co do wykładni oświadczeń podaną z treścią jego oferty, a w szczególności w zakresie zaoferowanych przez Odwołującego parametrów technicznych Odbiornika GNSS o których mowa w pkt 15 tabeli parametrów (str. 2 formularza ofertowego Odwołującego), gdzie oferuje on „maksymalnie 2 wymienne akumulatory”, należałoby być może stwierdzić, że „brak możliwości zidentyfikowania” czy Odwołujący zaoferował 0, 1, czy 2 wymienne akumulatory, zatem jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Zamawiający nie podziela w tym zakresie poglądów Odwołującego, a wskazuje na powyższe w celu wykazania niespójności argumentacji Odwołującego, jej wewnętrznej sprzeczności wynikającej ze zmienności stanowiska w przypadku uzasadniania poszczególnych zarzutów, wręcz bez jakiegokolwiek refleksji co do konsekwencji dla oceny oferty samego Odwołującego w tym zakresie przy uwzględnieniu jego własnej argumentacji. Reasumując stwierdził, że zarzut I z odwołania

18

uznać należy za bezzasadny z przyczyn wskazanych powyżej, w szczególności z powodu bezzasadnego przyjęcia przez Odwołującego, iż dwa wskazane wyżej wymagania należy wyklądać łącznie, tworząc w istocie wymaganie dodatkowe, kompleksowe, którego Zamawiający nie wyraził w siwz.

2. w ramach specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym Odbiornika GNSS, w Rozdziale i pkt 4 ppkt 17 oraz pkt 5 siwz, Zamawiający sformułował wymóg, aby Odbiornik GNSS miał „wodoszczelności pyłoszczelność wg standardu minimum IP65” (aby „spełniał standard min. IP65”). Zgodnie z wymogiem wskazanym w Rozdziale V pkt 2 ppkt 13 lit a) siwz, Przystępujący załączył do oferty dokument potwierdzający, że oferowana dostawa spełnia wymagania Zamawiającego w tym zakresie, w postaci oświadczenia producenta oferowanych odbiorników (str. 36-37 oferty), z którego wynika, że „TRIMBLE EUROPE” BV zaprojektował Mobile Mapper 300 tak, żeby był odporny na zanurzenie w wodzie i warunki pyłowe, definiowane jako IP 67”. Odwołujący nie kwestionuje co do zasady tego, że oświadczenie producenta jest dokumentem wystarczającym dla potwierdzenia spełnienia przedmiotowego wymogu, ani też tego, że sprzęt spełniający standard IP67 spełnia także standard IP65 wskazany przez Zamawiającego. Odwołujący kwestionuje jedynie znaczenie sformułowania zawartego w przedmiotowym dokumencie, wywodząc, iż stwierdzenie, że „odbiornik został zaprojektowany tak, aby spełniać standard IP 67” nie oznacza, że rzeczywiście został on wykonany tak, że ów standard spełnia. W broszurze zamieszczonej na stronie producenta odbiornika zaoferowanego przez Odwołującego (<http://www.leica-geosystems.com/>) podano, że został on „zaprojektowany do pracy w temperaturze od -40 ° do +65 ° C”. Jeśli posłużyć się retoryką Odwołania, można by zatem rzec, iż „przytoczone oświadczenie potwierdza zatem jedynie, że zaoferowany odbiornik został zaprojektowany tak, żeby pracował we wskazanym zakresie temperatur, nie potwierdza ono natomiast, że odbiornik rzeczywiście w takim zakresie temperatur pracuje”. Co więcej jednak okoliczność ta potwierdza, iż sformułowanie „zaprojektowany tak aby spełniać” używane jest powszechnie przez producentów sprzętu, w tym także przez producenta odbiornika zaoferowanego przez Odwołującego, dla potwierdzenia, że sprzęt ten daną normę spełnia i w profesjonalnym obrocie w segmencie tego rodzaju urządzeń sformułowania te są tożsame znaczeniowo.
3. w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) z uwagi na zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w zakresie niezalegania z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w ww. zakresie podał, że zgodnie z powołanym § 7 ust. 1 rozporządzenia, dokumenty są składane

19

w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny one być opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Wraz z ofertą SmallGIS złożył Zamawiającemu poświadczoną przez siebie za zgodność z oryginałem kopię zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne oraz ubezpieczenie zdrowotne. Już z powyższego

wynika zatem, iż zarzut Odwołującego referujący do tego dokumentu jest bezzasadny. Odwołujący bowiem, niezgodnie ze stanem faktycznym w Postępowaniu zarzut swój opiera na kwestionowaniu dopuszczalności składania dokumentu elektronicznego w formie innej niż elektroniczna opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jest to o tyle niezrozumiałe, że Odwołujący dostrzega, iż wykonawcy mogą się posłużyć oprócz takiej formy dokumentu także jego kopią poświadczoną za zgodność z oryginałem. Powoływana w treści odwołania odpowiedź na interpelację poselską nr 33686 w ogóle nie odnosi się do możliwości posłużenia się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kopią dokumentu elektronicznego poświadczoną za zgodność z oryginałem, a jedynie do możliwości posłużenia się samym wydrukiem bez nadania mu waloru kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Nieadekwatne do stanu faktycznego w postępowaniu z tego samego powodu są także wywody Odwołującego o niemożności zastosowania analogii poprzez potraktowanie przedmiotowego dokumentu tak jak wydruku komputerowego odpisu z KRS. Odnosząc się do wyroku z dnia 18 lutego 2015 r. (KIO 225/15) stwierdził, że jak Izba słusznie wskazała „zaświadczenie wydane w formie dokumentu elektronicznego może być używane jako dokument urzędowy jedynie w obrocie elektronicznym. Wydruk takiego elektronicznego zaświadczenia będzie tylko kopią takiego dokumentu”. Należy przy tym zwrócić uwagę na to, jakie przyczyny Izba wskazała uwzględniając w tamtej sprawie zarzut referujący do przedmiotowego dokumentu za zasadny. Mianowicie decydujące znaczenie miała w ocenie Izby okoliczność, iż w jej ocenie nie doszło do skutecznego poświadczenia za zgodność z oryginałem kopii dokumentu, co Izba wywiodła z faktu jedynie parafowania tejże kopii przez osobę co do której nie dowiedziono, że była to osoba uprawniona do działania w imieniu wykonawcy a w szczególności do poświadczania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów. Co istotne - w Postępowaniu stan faktyczny jest w tym zakresie odmienny - poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentu dokonał bowiem Pan T. C., którego umocowanie do reprezentowania Przystępującego w Postępowaniu, a w szczególności potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów składanych w Postępowaniu wynika z pełnomocnictwa z dnia 5 października 2015 r. (str. 2 oferty Przystępującego).

4. w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia SmallGIS, z uwagi na nie wniesienie przez niego wadium do upływu terminu składania ofert,

20

podkreślił, że niezrozumiała jest teza Odwołującego, że pełnomocnictwo udzielone przez Navigate sp. z o.o. SmallGIS sp. o.o. jako Liderowi Konsorcjum „nie obejmuje uprawnienia do wniesienia wadium w imieniu Konsorcjum”, skoro z treści owego pełnomocnictwa (str. 1 oferty Przystępującego) wynika jednoznacznie, że „obejmuje umocowanie do podejmowania wszelkich działań” w Postępowaniu. Odwołujący konstruuje ten zarzut w istocie na takiej podstawie faktycznej, iż z załączonego do oferty SmallGIS dokumentu gwarancji wynika, że dotyczy ona jedynie jednego z dwóch konsorcjantów, tj. SmallGIS sp. z o. o., nie obejmuje natomiast drugiego nich, tj. NaviGate sp. z o. o. Podstawowe znaczenie dla określenia zobowiązania gwaranta ma treść gwarancji, a nie treść stosunku podstawowego łączącego beneficjenta z osobą, za którą gwarant gwarantuje. Zobowiązanie wynikające z gwarancji bankowej ma bowiem charakter abstrakcyjny, tzn. gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem (w tym przypadku SmallGIS sp. z o.o. z Zamawiającym). Za reprezentatywną w tym zakresie uznaje się uchwałę Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów (zasada prawna) z dnia 16 kwietnia 1993 r. (III CZP 16/93), w której wskazano, że „Bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” nie może skutecznie powołać się - w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty - na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona”. Podkreślić w tym miejscu należy, iż owa niezależność umowy gwarancji wyraża się w oderwaniu nie tylko od stosunku podstawowego, ale i szerzej - w ogóle przyczyn dla których gwarant zdecydował się udzielić gwarancji (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23 marca 2005, VI ACa 312/04). Wskazana wyżej teza wyroku Sądu Najwyższego (III CZP 16/93), przywoływana również przez Odwołującego ma walor na tyle uniwersalny, że wykorzystywana bywa do uzasadnienia całkowicie odmiennych stanowisk - w szczególności zarówno tych opowiadających się za dopuszczalnością wniesienia gwarancji przez jednego z konsorcjantów, jak i za niedopuszczalnością takiego rozwiązania (jak to czyni Odwołujący). W tym miejscu należy więc podnieść, iż owo „uniwersalne zastosowanie” wskazanej tezy

wynika zazwyczaj z pominięcia istotnych dla takiego właśnie rozstrzygnięcia dokonanego przez Sąd Najwyższy motywów wskazanych w treści uzasadnienia wyroku. Za szczególnie istotny należy zaś tu uznać jego następujący fragment: „Przy ocenie charakteru prawnego umowy gwarancji nawiązuje się niekiedy w literaturze do umowy poręczenia. Gwarancja jednak ma samodzielny i nie akcesoryjny charakter, i to ją różni od umowy poręczenia, chociaż zarówno umowa gwarancyjna, jak i poręczenie należą do „gwarancji” pojmowanych w ich sensie najobszerniejszym, potocznym, jako zabezpieczenie. Należy dodać, że zabezpieczająca „wartość” zobowiązania gwarancyjnego jest dużo większa, ponieważ - w przeciwieństwie do poręczenia - brak winy gwaranta w nieosiągnięciu zabezpieczonego rezultatu nie zwalnia go wcale od odpowiedzialności. Poręczyciel staje się pomocniczym

21

dłużnikiem obok dłużnika głównego w zobowiązaniu i jako taki jest zobowiązany do spełnienia świadczenia głównego. Gwarant zaś przyjmuje ryzyko transakcji, a jego zobowiązanie ma zapewnić beneficjentowi pewien pozytywny wynik finansowy. Cechą charakterystyczną gwarancji nie jest przejęcie zobowiązań dłużnika, lecz przejęcie ryzyka transakcji, które ponosi wierzyciel. Gwarancja nie wzmacnia stosunku podstawowego, jak poręczenie, ale służy do wyrównania beneficjentowi szkody. Skoro poręczyciel odpowiada tak jak dłużnik główny, jego odpowiedzialność jest ukształtowana przez „odesłanie” do zasad odpowiedzialności dłużnika głównego; od tych zasad zależy także, jak będzie ukształtowana odpowiedzialność poręczyciela. Można zatem dojść do wniosku, że poręczyciel odpowiada „za” dłużnika głównego, gwarant zaś „za” uzyskanie zagwarantowanego rezultatu. Świadczenie dłużnika zobowiązania gwarancyjnego polega na naprawieniu szkody przez zapłatę odszkodowania”. Istotność powyższych wywodów polega w szczególności na tym, że wskazuje jednoznacznie na oderwanie zobowiązania gwaranta nie tylko od stosunku podstawowego, ale i wszelkich innych okoliczności stanowiących przyczyny, z których nie doszło do „uzyskania zagwarantowanego rezultatu.” W tym kontekście kwestią drugorzędną dla oceny stanu faktycznego w Postępowaniu w tym zakresie jest istnienie bądź nieistnienie solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum. Istotą jest zaś stwierdzenie, że w każdym przypadku o którym mowa w art. 46 ust. 4a lub 5 Pzp, Zamawiający będzie mógł zatrzymać wadium wniesione przez Przystępującego. Skoro bowiem przesłanki uzasadniające zatrzymanie wadium dotyczą wykonawcy, to zgodnie z art. 23 ust. 3 PZP, odnoszą się one również do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, których należy traktować jak jednego wykonawcę. Skutki postępowania któregośkolwiek z konsorcjantów będą więc przyczynami „leżącymi po stronie wykonawcy” (tu: zarówno Przystępującego, jak i SmallGIS sp. z o.o. jako członka konsorcjum) w rozumieniu art. 46 ust. 4a PZP (dodatkowo podkreślić należy, że Pzp stanowi tu o przyczynach „leżących po stronie wykonawcy” nie zaś przez niego zawinionych. Podobnie w przypadku przesłanek zatrzymania wadium wskazanych w art. 46 ust. 5 Pzp, należy zauważyć, że gdy mowa o odmowie podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, to niezgodne z tymi warunkami byłoby zawarcie jej jedynie z jednym z konsorcjantów, skoro w ofercie wskazuje się na dwóch. Co do niewniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy - irrelevantne jest więc czy zabezpieczenie to wniesie jeden z konsorcjantów czy też obaj łącznie, za wniesienie go odpowiadają oni zresztą na podstawie art. 141 PZP solidarnie. Podobnie w przypadku przesłanki w postaci niemożności zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy ma zastosowanie art. 23 ust. 3 Pzp. Stanowisko powyższe wzmacnia okoliczność, iż przedmiotowa gwarancja płatna jest „nieodwołalnie i bezwarunkowo”, na pierwsze pisemne żądanie „zawierające oświadczenie Beneficjenta Gwarancji, stwierdzające zaistnienie” jednej z wymienionych w dokumencie

22

gwarancji okoliczności, odpowiadających przesłankom wskazanym w art. 46 ust. 4a oraz 5 Pzp. Z oderwania gwarancji od stosunku podstawowego, którego Odwołujący nie kwestionuje, wynika zaś to, że warunki zapłaty ograniczają się wyłącznie do zgłoszenia przez Zamawiającego (beneficjenta gwarancji) żądania zapłaty z powołaniem się na zajście wskazanych wyżej okoliczności, bez obowiązku dowodzenia przez Zamawiającego iż okoliczność taka faktycznie miała miejsce. Gwarantowi nie przysługuje przy tym uprawnienie do weryfikowania zmaterializowania się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Na uwzględnienie zasługują w tym zakresie także poglądy wyrażone przez Izbę m.in. w wyroku

z dnia 25 maja 2015 r. (KIO 969/15), w którym wskazano w szczególności, że „odpowiedzialność solidarna - w rozpoznawanej sprawie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - powstaje z mocy ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 141) w stosunku do podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wskazał także, że odpowiedzialność solidarna wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie może powstać na podstawie czynności prawnej (art. 369 Kodeksu cywilnego; dalej "Kc") tj. umowy konsorcjum (...) Bank zobowiązuje się do wykonania świadczenia po spełnieniu przez beneficjenta gwarancji - Zamawiającego określonych warunków zapłaty. W przypadku gwarancji wadialnej zabezpieczającej złożoną w postępowaniu ofertę dzieje się to na pierwsze pisemne żądanie stwierdzające zaistnienie przesłanek przewidzianych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych po wskazaniu przez beneficjenta gwarancji tej przesłanki oraz podaniem podstawy prawnej zatrzymania wadium. Izba w tym miejscu wskazuje dodatkowo na uchwałę Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów mającą moc zasady prawnej z 16 kwietnia 1993 roku (sygn. akt. III CZP 16/93), zgodnie z sentencją której Bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami "nieodwołalnie " "Bezwarunkowo" oraz "na pierwsze żądanie" nie może skutecznie powołać się - w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty - na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona. W uzasadnieniu uchwały czytamy: Umowa gwarancji bankowej opatrzonej klauzulami "nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz "na pierwsze żądanie" ma taki sam charakter, jak omawiana wyżej gwarancja bez tych klauzul, z zastrzeżeniem co do znaczenia wymienionych w niej klauzul. Jest więc ona umową samodzielną, nie akcesoryjną i ponadto abstrakcyjną. Umowa gwarancji bankowej opatrzonej powyższymi klauzulami kreuje - odmiennie od innych rodzajów gwarancji - abstrakcyjne zobowiązanie banku wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Bank nie może przeciwstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku wewnętrznym bank nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym - nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez

23

beneficjenta gwarancji (...) fakt, że gwarancja bankowa została udzielona zamawiającemu na zlecenie jednego z członków Konsorcjum nie skutkuje ograniczeniem zabezpieczenia zamawiającego jedynie do możliwości domagania się wykonania tej gwarancji w przypadku, gdy do zawarcia umowy nie dojdzie z przyczyn obciążających wyłącznie podmiot, na którego zlecenie bank udzielił gwarancji. Zamawiający korzystając z solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ma możliwość wyboru, od którego z członków Konsorcjum zażąda spełnienia zabezpieczenia wadialnego bez względu na to, który z członków ponosi odpowiedzialność za nie zawarcie umowy po wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 1 października 2007 roku sygn. akt XIX Ga 408/07) (...). Prawdliwość stanowiska Zamawiającego znajduje potwierdzenie także w m.in. w wyrokach Izby z dnia 30 września 2014 r. (KIO 1897/14, KIO 1899/14), z dnia 5 marca 2015 r. (KIO 336/15), z dnia 3 września 2013 r. (KIO 2033/13), czy też z dnia 27 sierpnia 2014 r. (KIO 1633/14).

5. w zakresie zarzutów odwołania referujących do zagadnień związanych z opodatkowaniem podatkiem od towarów i usług: ustawą z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r. (Dz. U z 2015 r., poz. 605, dalej: „ustaw nowelizująca”) wprowadzono regulacje, których celem (wskazanym w uzasadnieniu do projektu tej ustawy) jest zapewnienie większej skuteczności poboru podatku od towarów i usług (VAT) oraz zapobieganie wyłudzeniom zwrotu tego podatku. Wprowadzenie zmian w zakresie odwróconego obciążenia skutkowało odpowiednim dostosowaniem przepisów PZP. Przepis art. 2 ust. 1 ustawy nowelizującej wprowadził zmiany w art. 91 ust. 3a PZP polegające na wykreśleniu z jego treści wskazania o stosowaniu tej regulacji w zakresie dotyczącym wewnątrz wspólnotowego nabycia towarów, dzięki czemu norma ta ma obecnie charakter generalny. Ponadto dodano w art. 91 ust. 3a zdanie drugie, z którego wynika obowiązek informacyjny ciążyący na wykonawcy w stosunku do zamawiającego co do tego, czy po stronie zamawiającego powstanie obowiązek podatkowy w podatku VAT. Informację tą wykonawca ma przekazywać wraz z ofertą. Zmiana ta miała na celu zapewnienie, że przedmiotowa regulacja stosowana będzie w sytuacji, kiedy w odniesieniu do dostaw

określonych towarów znajduje zastosowanie mechanizm odwróconego obciążenia. Odnosząc się do uzasadnienia przedmiotowych zarzutów Odwołującego stwierdzić należy, że oparte są one na tezie, iż „dostawa kontrolera w postaci komputera polowego będzie objęta mechanizmem odwróconego obciążenia podatkiem VAT, tym samym zobowiązanie do uiszczenia podatku od tej transakcji powstanie nie po stronie wykonawcy, a po stronie Zamawiającego”. Tym samym w razie niezasadności tak postawionej przez Odwołującego tezy, bezzasadne okazują się w konsekwencji wszelkie zarzuty Odwołującego do niej referujące. Teza ta w istocie jest niezasadna. W przypadku, gdy zastosowanie znajduje

24

mechanizm odwrotnego obciążenia, to na zamawiających jako nabywcach ciążyć będzie obowiązek rozliczenia podatku. W tym miejscu za godne przytoczenia należy uznać rozważania Izby zawarte w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 grudnia 2011 r. (KIO 2472/11, KIO 2483/11), zachowujące aktualność także na tle znowelizowanego stanu prawnego w przedmiotowym zakresie: „Biorąc pod uwagę wskazaną zasadę udzielania zamówień publicznych [za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada zamawiający], jak również zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (...) oraz szczególne przepisy ustawy odnoszące się do czynności badania i oceny ofert (m.in. art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 91 ust. 3a, a także przepisy dotyczące formułowania wymogów siwz (art. 36 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 2 pkt 1, stwierdzić należy, że właściwe ustalenie w ofercie przez wykonawcę stawki VAT odnoszącej się do konkretnego świadczenia podlega weryfikacji w toku postępowania u udzielenie zamówienia publicznego. To podmiot zamawiający, odpowiedzialny za prawidłowe udzielenie zamówienia publicznego, mając także na względzie porównywalność ofert złożonych w postępowaniu, w świetle regulacji ustawy, posiada uprawnienie i obowiązek jednocześnie do weryfikacji prawidłowości ustalenia ceny ofertowej przez wykonawcę pod kątem opisu sposobu obliczenia ceny sporządzonego przez zamawiającego w siwz i pod kątem definicji ustawowej pojęcia „cena” z art. 2 pkt 1 i oceny popełnienia ewentualnego błędu w obliczeniu ceny przez wykonawcę”. Stanowisko to znajduje potwierdzenie także w Uchwale Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. (III CZP 52/11). Jak przy tym zauważył Sąd Najwyższy, VAT jest elementem cenotwórczym niezależnie od tego, czy podatnikiem jest wykonawca czy zamawiający. W odniesieniu do prawidłowości przyjętych kryteriów tej oceny, sposobu jej przeprowadzenia za zasadne należy uznać odwołanie się do opublikowanej na stronie internetowej Ministerstwa Finansów broszury informacyjnej, w której zawarto szczegółowe wyjaśnienia umożliwiające podatnikom przygotowanie się do wprowadzanych z dniem 1 lipca 2015 r. zmian. W broszurze tej wskazuje się w szczególności, że: „W praktyce handlowej dość często występują przypadki sprzedaży towarów w formie zestawów (tzw. bundle). W odniesieniu do zakresu towarów, o które rozszerzony zostaje od 1 lipca 2015 r. załącznik nr 11 do ustawy o VAT, dotyczyć to będzie głównie towarów z kategorii elektroniki. Ponieważ zakres stosowania mechanizmu odwróconego obciążenia wyznaczony jest, co do zasady, Polską Klasyfikacją Wyrobów i Usług (według której klasyfikowane są towary wymienione w załączniku nr 11), reguły związane z klasyfikacjami statystycznymi należy odpowiednio przyjąć w przypadku towarów sprzedawanych w formie zestawów. Zgodnie z zasadami metodycznymi PKWiU, która jest ściśle powiązana z Nomenklaturą Scaloną (CN), przy zaliczaniu wyrobu do poszczególnych grupowań PKWiU 2008 należy stosować „Ogólne reguły interpretacji Nomenklatury Scalonej (CN)”. Ww. reguły, uzupełnione o szczegółowe zasady klasyfikowania towarów pakowanych w zestawy do sprzedaży detalicznej,

25

wyznaczone rozporządzeniem Komisji Europejskiej z 2013 r. (Dz. U. UE 2013/C 105/01) wprowadzającym „Wytyczne dotyczące klasyfikacji w Nomenklaturze scalonej towarów pakowanych w zestawy do sprzedaży detalicznej”, nakreślają sposób klasyfikowania takich zestawów. Biorąc pod uwagę różny charakter zestawów, jakie mogą pojawić się na rynku (w zależności od rodzajów, właściwości czy ilości elementów tych zestawów), klasyfikowanie tego rodzaju produktów powinno być dokonywane indywidualnie.” Stosując się do powyższych wskazówek, Zamawiający stwierdził, że zestaw urządzeń obejmujący Odbiornik GNSS Mobile Mapper 300 oraz kontroler Getac V 110, będący przedmiotem dostawy należy zaliczyć do grupowania PKWiU 26.20.1, które nie jest objęte mechanizmem odwróconego opodatkowania. Po wniesieniu odwołania przez Enigma, Zamawiający, w celu dokładnego

wyjaśnienia zagadnienia, pismem z dnia 6 listopada 2015 r. zwrócił się do SmallGIS o wyjaśnienie na jakiej podstawie Przystępujący nie zastosował w swojej ofercie mechanizmu odwróconego opodatkowania. Pismem z dnia 9 listopada 2015 r. Przystępujący wskazał, że przedmiot dostawy pomimo że zawiera w sobie przedmiot wskazany w załączniku 11 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, nie powoduje powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, ponieważ jako zestaw jest klasyfikowany poza grupowaniem ujętym w tymże załączniku. Stanowisko Zamawiającego i Przystępującego w tym zakresie znalazło przy tym potwierdzenie w indywidualnej interpretacji wydanej przez Główny Urząd Statystyczny dotyczącej zaliczenia przedmiotowego zestawu do grupowania 26.20.1. Co godne odnotowania, w przywołanej wyżej broszurze Ministerstwa Finansów sformułowano następujące zalecenie „W przypadku wątpliwości co do sposobu zaklasyfikowania do właściwego grupowania PKWiU konkretnego produktu, o stosowną opinią w tej sprawie można wystąpić do Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego w Łodzi”. W kontekście zarzutów Odwołującego, podzielił pogląd Izby wyrażony w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 lutego 2011 r. (KIO 125/11), zgodnie z którym „Należy zauważyć, że (...) Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem właściwym do rozpatrywania sporów na płaszczyźnie interpretacji przepisów prawa podatkowego - to zadanie wykonuje bowiem Minister Finansów (...) wydając interpretacje ogólne w celu zapewnienia jednolitego stosowania prawa podatkowego przez organy podatkowe oraz organy kontroli skarbowej, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego lub Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z art. 14a § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej) (...) W związku z powyższym należało stwierdzić, że zamawiający (...) nie miał prawa - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp - odrzucić oferty, w której została cena obliczona w inny sposób, aniżeli Zamawiający zakładał lub uznaje za zgodny z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego." Nadto, w kontekście zarzutów Odwołującego wskazujących na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 lub 6 samodzielnie lub w zw. z art. 91 ust. 3a PZP, za istotny co do oceny przez Izbę istnienia

26

podstaw prawnych dla tychże zarzutów należy uznać w szczególności przebieg prac legislacyjnych nad projektem ustawy nowelizującej. Szczególną uwagę należy tu zwrócić na fakt, iż, jak wynika z raportu z przeprowadzonych konsultacji publicznych i opiniowania tejże ustawy, Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych zgłosił do jej art. 3 ust. 1 uwagę następującą: „UZP proponuje w art. 3 ust. 1 projektu ustawy zrezygnować z sankcji przewidzianej w tym przepisie dotyczącej odrzucenia oferty w przypadku nieprzedstawienia informacji odnośnie powstania obowiązku podatkowego zamawiającego w wyznaczonym terminie. Ponadto, ponowna analiza tego przepisu prowadzi do wniosku, iż zagrożenie sankcją odrzucenia oferty jest nieadekwatne do rozwiązania przyjętego w projektowanym art. 91 ust. 3a ustawy - Prawo zamówień publicznych, bowiem w przepisie tym brak jest analogicznej sankcji w postaci odrzucenia oferty w przypadku nie przedstawienia przez wykonawcę informacji o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego. Dodatkowo należy wskazać, iż 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 ustawy o podatku od towarów i usług. Obowiązek podatkowy, a tym samym ustalenie wysokości podatku należnego spoczywa w tym wypadku na zamawiającym jako na płatniku podatku, przez co wprowadzany przepis dotyczący informowania o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego ma wyłącznie walor informacyjny, nie zdejmując z zamawiającego ciężaru odpowiedzialności za prawidłowe naliczenie i odprowadzenie podatku na podstawie obowiązujących przepisów podatkowych". Zgodnie z powyższą uwagą Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych zrezygnowano z przewidzianej w projekcie sankcji w postaci odrzucenia oferty w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę informacji, o której mowa w art. 3 ust. 1 zd. 1 projektowanej ustawy. Jak wynika z powyższego nie było zamiarem ustawodawcy, z przyczyn wskazanych w powyższej uwadze Wiceprezesa UZP, obwarowanie przedmiotowego obowiązku sankcją w postaci odrzucenia oferty. Wywodzenie zatem tak drastycznej sankcji z innych przepisów Pzp, wobec wyraźnego wyartykułowanego w toku prac legislacyjnych braku zamiaru jej nakładania wydaje się być niezasadne, szczególnie wobec przyjętej powszechnie zasady, zgodnie z którą przepisy ustawy muszą być tłumaczone tak, aby były najbardziej zdatnym środkiem do osiągnięcia celu ustawy, interpretując zaś przepis

prawny należy uwzględnić jego funkcję, ponadto, przy interpretacji należy brać pod uwagę m.in. zasady sprawiedliwości, słuszności, konsekwencje społeczne i ekonomiczne i wybrać taką interpretację, która będzie najkorzystniejsza, biorąc pod uwagę cel regulacji prawnej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum - SmallGIS sp. z o.o. i Navigate sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) z siedzibą w Krakowie [Konsorcjum lub Przystępujący], wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

27

o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Navigate sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) z siedzibą w Krakowie [Konsorcjum lub Przystępujący], wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum - SmallGIS sp. z o.o. oraz Navigate sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów wymaganych w sekcji III.4.5 Ogłoszenia o zamówieniu i w rozdziale V ust.2 punkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz]. Zgodnie z tymi postanowieniami Zamawiający wymagał przedłożenia w ofercie zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych [lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego] potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Konsorcjum załączyło do oferty w miejsce zaświadczeń dla wykonawcy SmallGIS sp. z o.o. oraz Navigate sp. z o.o. o niezaleganiu w opłacaniu składek wydruk dokumentu elektronicznego z Platformy Usług Elektronicznych ZUS oznaczony, jako „Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek”. Na wydruku tym znajduje się jednocześnie adnotacja, że dokument został podpisany i, aby zweryfikować ten podpis należy użyć oprogramowania do weryfikacji podpisu z zaznaczeniem, że dotyczy ta uwaga podpisu elektronicznego. Tak jak słusznie podniósł Odwołujący, przepisy nie przewidują możliwości składania przez wykonawców zaświadczeń z ZUS, w formie wydruku dokumentu elektronicznego. Zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [rozporządzenie Pzp], dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Tym samym, w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca może posłużyć się wyłącznie jedną z trzech form dokumentów: a) oryginałem; b) kopią poświadczoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę; c) dokumentem elektronicznym opatrzonym przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Tak jak wskazano, przedstawione przez

28

Konsorcjum wydruki oznaczone jako „zaświadczenia” nie stanowią dokumentu elektronicznego (zapisu elektronicznego), a jedynie wydruk dokumentu elektronicznego, stanowiący jego wizualizację (wydruk zapisu elektronicznego). Taki wydruk nie stanowi zatem dokumentu urzędowego w rozumieniu art. 76 ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego [KPA]. Stosownie do przepisów ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114), za dokument elektroniczny uznaje się tylko odpowiedni zapis elektroniczny i, jako taki posiada on odpowiednią moc dowodową. Zdaniem Izby, dopuszczenie na gruncie Pzp zaświadczenia z ZUS w formie wydruku dokumentu elektronicznego wymagałoby modyfikacji § 7 rozporządzenia o dokumentach. Wydruki – jak przedstawione przez Konsorcjum - nie mogą być na zasadzie analogii traktowane jak wydruki komputerowe odpisów z KRS. Odnosnie tych ostatnich, w art. 4 ust. 4 aa ustawy z dnia 20.08.2015 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym [Dz. U z 2015 r., poz. 1141] wskazano jednoznacznie, że pobrane samodzielnie

wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Rejestru mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Centralną Informację, o których mowa w ust. 3, jeżeli posiadają cechy umożliwiające ich weryfikację z danymi zawartymi w Rejestrze. Samodzielnie pobrane wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do KRS posiadają, zatem status dokumentu oryginalnego w rozumieniu § 7 ust. 1 rozporządzenia o dokumentach. Podkreślenia jednak wymaga, że w przypadku wydruków komputerowych odpisów z KRS, status oryginału został nadany wydrukowi przez ustawę. Podobny status, mają wygenerowane elektronicznie dokumenty bankowe, które nie muszą być poświadczane za zgodność z oryginałem. Ustawa - Prawo bankowe w art. 7 ust.3 wprost stwierdza, że "Jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, uznaje się, że czynność dokonana w formie (w postaci elektronicznej) spełnia wymagania formy pisemnej także wtedy, gdy forma została zastrzeżona pod rygorem nieważności". Izba zwraca również uwagę na ustawę o swobodzie działalności gospodarczej i jej art. 38 ust.4 zgodnie z którym „Zaświadczenia o wpisie w CEIDG dotyczące przedsiębiorców będących osobami fizycznymi w zakresie jawnych danych, o których mowa w art. 25 ust. 1, mają formę dokumentu elektronicznego albo wydruku ze strony internetowej CEIDG.” Powyższe potwierdza zatem, że dokument wygenerowany z danego systemu tylko wtedy będzie posiadał moc urzędową, będzie funkcjonował w obrocie, jako oryginał tylko wtedy, jeśli odpowiednia ustawa tak przewiduje. W przypadku zaświadczeń wygenerowanych z systemu ZUS ustawa nie przewiduje takiej możliwości. Izba zauważa dodatkowo, że analogiczne stanowisko – wbrew argumentacji zamawiającego i Przystępującego – prezentowane było w uzasadnieniu do wyroku KIO 225/15, [str 15/16], w którym m.in. podniesiono, że (...) dokument wygenerowany z danego systemu - (...) będzie posiadał moc urzędową [będzie funkcjonował w obrocie, jako oryginał] tylko wtedy, jeśli odpowiednia ustawa tak przewiduje.

29

W przypadku zaświadczeń wygenerowanych z ZUS ustawa nie przewiduje takiej możliwości”. Izba w tym wyroku - zwróciła również uwagę (...) na informację zamieszczoną na stronie internetowej ZUS www.e-inspektorat.zus.pl z bieżącego roku, w której m.in. wymieniono cechy wydawanego urzędowego zaświadczenia, nie wskazując na wydruki ze strony internetowej. Taki wydruk zastępujący oryginał zaświadczenia nie został również przewidziany w specyfikacji”. Ponadto, Izba zwróciła uwagę na informację zawartą w treści wydruku, że „Zaświadczenie zostało wydane na wniosek płatnika na podstawie art. 50 ust.4 i art. 123 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych”, jednakże pierwszy z przepisów dotyczy właśnie wymaganego wniosku płatnika, a drugi – odnosi się do wydawania zaświadczeń w formie elektronicznego dokumentu opatrzonego bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu”. Powoływana przez Odwołującego argumentacja odnośnie zasad potwierdzania kopii została w cyt. uzasadnieniu wyroku dodatkowo przywołana i nie miała znaczenia dla oceny skuteczności przedłożonego wydruku w miejsce wymaganego dokumentu ZUS. W konkluzji Izba stwierdza, że przedstawione przez Konsorcjum wydruki nie stanowią dokumentów wymaganych w tym postępowaniu, a przyjęcie wydruków prowadziłoby do naruszenia zasady legalizmu oraz zasad wyrażonych w art. 7 ust.1 ustawy Pzp – równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem Zamawiający zobowiązany jest wezwać tego wykonawcę - w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - do uzupełnienia przez obu wykonawców - członków Konsorcjum – spornych dokumentów, a w przypadku niedopełnienia tego obowiązku do wykluczenia Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp. Tym samym, w okolicznościach wskazanych także za zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 7 ust.1 i 3 Pzp z uwagi na niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w konsekwencji wybór – na tym etapie postępowania – oferty najkorzystniejszej z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp.

Podnoszone w odwołaniu zarzuty w pozostałym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

Pierwszy z zarzutów dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wykonawca, powołując się na broszurę techniczną dla urządzenia GNSS – Mobile Mapper 300, oparł na twierdzeniu braku spełniania wymagań z rozdziału I pkt 4 ppkt 15 specyfikacji, co do czasu pracy - 8 godzin- oferowanego odbiornika wskazując, że ten parametr odnoszący się do

pracy urządzenia w zakresie przedziału wskazanych temperatur nie odpowiada wymaganiu z rozdziału I pkt 4 ppkt 19 siwz. Zdaniem Izby, wykonawca niezasadnie przyjął, że wskazywane parametry należy wyklądać łącznie, albowiem w istocie powodowałyby to

30

wytworzenie nowego dodatkowego wymagania, którego Zamawiający nie wyraził w specyfikacji. Pierwszy z parametrów [pkt 15] dotyczy wbudowanego w odbiornik źródła zasilania pozwalającego na pracę urządzenia z aktywnym Bluetooth, co najmniej przez 8 godzin bez względu na temperaturę. Drugi z kolei parametr [pkt 19] odnosi się do warunków pracy urządzenia – w przedziale temperatur od -20 do +50° C, a zatem oczekiwaniem według tego wymagania jest, aby urządzenie pozwalało na wykonywanie pracy we wskazanym przedziale temperatur, jednakże nie jest to równoznaczne, aby określona temperatura, odpowiednio np. – 20 lub +50° C występowała nieprzerwanie przez 8 godzin. Wskazane 8 godzin dotyczy – jak już podano - pracy akumulatora zasilającego odbiornik.

Nie zasługuje także na uwzględnienie drugi z zarzutów dotyczący wymagania z rozdziału I pkt 4 ppkt 17 oraz pkt 5 siwz. Zgodnie z tym wymaganiem dla odbiornika GNSS zastrzeżono „wodoszczelność i pyłoszczelność wg standardu minimum IP65" (aby „spełniał standard min. IP65"). Na potwierdzenie tego parametru Przystępujący – stosownie do rozdziału V pkt 2 ppkt 13 lit a) siwz – załączył do oferty dokument potwierdzający, że oferowana dostawa spełnia wymagania Zamawiającego a mianowicie oświadczenie producenta TRIMBLE EUROPE BV oferowanych odbiorników (str. 36-37 oferty). W tym oświadczeniu producent podał, że (...) zaprojektował Mobile Mapper 300 tak, żeby był odporny na zanurzanie w wodzie i warunki pyłowe, definiowane, jako IP 67". W ocenie Izby, sformułowanie „zaprojektowany tak, aby spełniać" zawarte w oświadczeniu potwierdza wymaganie z pkt 17. Ponadto należy zgodzić się z Zamawiającym, że takie sformułowanie jest używane przez producentów sprzętu, w tym także przez producenta odbiornika zaoferowanego przez Odwołującego, celem zapewnienia [potwierdzenia], że sprzęt ten daną normę spełnia i w profesjonalnym obrocie w segmencie tego rodzaju urządzeń sformułowania te są tożsame znaczeniowo. Powyższe potwierdził dodatkowo producent Trimble Europe BV w zaświadczeniu z dnia 6.11.2015 r. przedłożonym na rozprawie przez Przystępującego.

Uznając niezasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp opartego na twierdzeniu braku wniesienia przez Konsorcjum wadium do upływu terminu składania ofert, Izba miała na uwadze przedłożone do oferty Pełnomocnictwo z dnia 5.10.2015 r. oraz treść przedłożonej w ofercie Gwarancji bankowej, a także zaświadczenie z 5.11. 2015 r. Getin Noble Bank S.A. – wystawcy gwarancji. W treści Pełnomocnictwa wskazano, że działając na podstawie art. 23 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, w związku ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie na „Zakup odbiorników GNSS z kontrolerami w postaci komputerów polowych" podmioty tworzące

31

Konsorcjum: SmallGIS sp. z o.o. oraz NaviGate sp. z o. o. niniejszym pełnomocnictwem NaviGate sp. z o. o. udziela pełnomocnictwa SmallGIS sp. z o.o. do reprezentowania i zawarcia umowy w sprawie tego zamówienia w imieniu i na rzecz tego Członka Konsorcjum. Wskazano także, że pełnomocnictwo obejmuje „umocowanie do podejmowania wszelkich działań" w tym postępowaniu. Izba uznała także, jak podnosił zamawiający w odpowiedzi, że podstawowe znaczenie dla określenia zobowiązania gwaranta ma treść gwarancji, a nie treść stosunku podstawowego łączącego beneficjenta z osobą, za którą gwarant gwarantuje z uwagi na to, że zobowiązanie wynikające z gwarancji bankowej ma charakter abstrakcyjny, tzn. gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem (w tym przypadku SmallGIS sp. z o.o. z Zamawiającym). Za reprezentatywną w tym zakresie uznano uchwałę Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów (zasada prawna) z dnia 16 kwietnia 1993 r. (III CZP 16/93), w której wskazano, że „Bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz „na pierwsze żądanie" nie może skutecznie powołać się - w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty - na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego,

w związku z którym gwarancja została wystawiona". Izba uwzględniała także – za wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23 marca 2005, VI ACa 312/04 – że niezależność umowy gwarancji wyraża się w oderwaniu nie tylko od stosunku podstawowego, ale i szerzej - w ogóle przyczyn dla których gwarant zdecydował się udzielić gwarancji (. Zdaniem Izby w każdym przypadku o którym mowa w art. 46 ust. 4a lub 5 Pzp, Zamawiający będzie mógł zatrzymać wadium wniesione przez Przystępującego, co zostało przyznane w zaświadczeniu Banku z 5.11.2015 r. Izba podkreśliła, że przedmiotowa gwarancja płatna jest „nieodwołalnie i bezwarunkowo”, na pierwsze pisemne żądanie „zawierające oświadczenie Beneficjenta Gwarancji, stwierdzające zaistnienie” jednej z wymienionych w dokumencie gwarancji okoliczności, odpowiadających przesłankom wskazanym w art. 46 ust. 4a oraz 5 Pzp. Z oderwania gwarancji od stosunku podstawowego, którego Odwołujący nie kwestionuje, wynika, że warunki zapłaty ograniczają się wyłącznie do zgłoszenia przez Zamawiającego (beneficjenta gwarancji) żądania zapłaty z powołaniem się na zajście wskazanych wyżej okoliczności, bez obowiązku dowodzenia przez Zamawiającego iż okoliczność taka faktycznie miała miejsce. Gwarantowi nie przysługuje przy tym uprawnienie do weryfikowania zmaterializowania się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Powyższe stanowisko potwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 14.10.2015 r. sygn. akt: XXIII Ga 1313/15 podając w jego ustnych motywach [wg UZP na stronie internetowej WWW.uzp.gov.pl], że w sytuacji, gdy bankowa gwarancja wadialna została wystawiona po zawarciu umowy konsorcjum, a podmiot zlecający jej wystawienie działał, jako lider konsorcjum w ramach szerokiego umocowania do działania w imieniu i na rzecz drugiego z wykonawców, nie zostały spełnione przesłanki wykluczenia takiego konsorcjum z

32

udziału w postępowaniu z powodu niewniesienia wadium. Sąd zwrócił uwagę na niepodzielny charakter świadczenia konsorcjum i wskazał, że współkonsorcjanci za zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego odpowiadają jak dłużnicy solidarni. Sąd podkreślił również abstrakcyjny i samodzielny, niezależny od świadczenia głównego, charakter bankowej gwarancji wadialnej. Odnotowania wymaga, że powyższe rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w Warszawie zapadło wskutek rozpoznania skargi Prezesa UZP, w której to skardze – w analogicznym stanie faktycznym (m.in. brak wskazania w treści gwarancji bankowej wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, złożenie w toku postępowania odwoławczego oświadczenia banku) Prezes UZP, kierując się obowiązkiem zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, podniósł szereg argumentów przemawiających za zasadnością opowiedzenia się za stanowiskiem, że brak wskazania w treści gwarancji wadialnej wszystkich członków konsorcjum nie stanowi podstawy do uznania, że wadium nie zostało wniesione, a w konsekwencji do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. W ślad za, podzielaną przez skład orzekający Izby, argumentacją podniesioną w przedmiotowej skardze, należy wskazać, że gwarancja bankowa, w której treści wymieniono wyłącznie jednego z członków konsorcjum może w pełni zabezpieczać interesy zamawiającego, zaś sama okoliczność, że treść tej gwarancji nie wymienia wszystkich członków konsorcjum, czy też nie zawiera odnośników sygnalizujących fakt działania w ramach konsorcjum, nie oznacza jeszcze, że wadium nie zostało skutecznie wniesione w prawidłowej formie. Należy dodać, że w niniejszej sprawie Odwołujący nie przedstawił dowodów, które pozwalałyby na przyjęcie stanowiska przeciwnego. W szczególności podnoszone twierdzenia o braku możliwości zaspokojenia się z treści gwarancji należało ocenić wyłącznie jako hipotezy odwołującego, niepotwierdzone ani przykładami z praktyki, ani przykładami orzecznictwa sądowego – niezależnie od tego, że złożony w tej sprawie dowód z oświadczenia banku nie pozostawiał wątpliwości, co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji. Zamawiający, który dysponuje dokumentem gwarancji opatrzonej stosownymi klauzulami może realizować swoje prawa, wynikające z gwarancji, niezależnie i w sposób całkowicie oderwany, od stosunku podstawowego łączącego zlecającego i gwaranta. Jeżeli nawet gwarant podjąłby próby uchylecia się od obowiązku zapłaty, odwołując się do uchybień leżących po stronie zlecającego (np. brak wskazania działania w formie konsorcjum) to zamawiającemu przysługuje droga postępowania sądowego i wyegzekwowania w ten sposób praw, które przynależą mu z racji abstrakcyjnego charakteru stosunku gwarancji. Gwarant może swoje zastrzeżenia kierować wobec zlecającego i w ramach stosunku podstawowego dochodzić swoich racji, co jednak w żadnym razie nie zwalnia go z odpowiedzialności wobec zamawiającego, ani nie wpływa na stosunek łączący

stosunku o charakterze abstrakcyjnym. Na gruncie przepisów ustawy Pzp, dotyczących wadium, tj. art. 45 ust. 1 Pzp, art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, jak również art. 23 ust. 3 Pzp, nie sposób uznać, aby funkcje gwarancyjna i zabezpieczająca wadium doznawały jakiegokolwiek ograniczenia w sytuacji, gdy w treści gwarancji bankowej zostaje wskazany wyłącznie jeden członek konsorcjum. Podstawy do takiego twierdzenia nie daje również art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2015 r., poz. 128). Możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przewiduje przepis art. 23 ust. 1 Pzp. Przepis ten, co prawda, nie posługuje się określeniem „konsorcjum”, jak również umowa konsorcjum nie została uregulowana w prawie polskim, to jednak dopuszczalność jej zawarcia nie budzi wątpliwości. Istota konsorcjum sprowadza się przy tym do zobowiązania jego członków do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań – na gruncie ustawy Pzp będzie to wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia (art. 23 ust. 1 Pzp), polegające na podejmowaniu wspólnych działań w celu uzyskania danego zamówienia, podpisania umowy w wyniku rozstrzygnięcia tego postępowania, a następnie realizacji zawartej umowy. Wobec braku szczegółowej regulacji dotyczącej umowy konsorcjum, organizacja wewnętrzna konsorcjum pozostawiona jest jego uczestnikom z wykorzystaniem wszelkich możliwości dyspozytywnej regulacji cywilnoprawnej. Z art. 23 ust. 2 Pzp wynika, że jeden z uczestników konsorcjum reprezentuje w sposób wiążący pozostałych wykonawców wobec zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w tym postępowaniu i na etapie zawarcia umowy. Z kolei przepis art. 23 ust. 3 Pzp statuuje zasadę, w świetle której przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Regulacja ta ma decydujące znaczenie w kontekście wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro bowiem obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp dotyczą wykonawcy, odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach, jak jeden wykonawca. Członkowie konsorcjum wspólnie ubiegający się o zamówienie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum. Z przytoczonego art. 81 ust. 1 ustawy Prawo bankowe wynika, że istotą gwarancji bankowej jest przyjęcie przez gwaranta – bank obowiązku zapłaty sumy podanej w dokumencie, w sytuacji zaistnienia okoliczności podanych w treści gwarancji, stosownie do których zamawiający będzie mógł żądać zaspokojenia. Do minimalnej treści jaką winna zawierać gwarancja należy określenie, że ma ona charakter „bezwarunkowy”, „nieodwołalny”, a suma gwarancyjna płatna jest na „pierwsze żądanie”. Zobowiązanie

gwaranta ma charakter zobowiązania abstrakcyjnego, nie akcesoryjnego, co związane jest z tym, że gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego. Dla skuteczności tego sposobu zabezpieczenia, istotne jest, aby gwarancja była bezwarunkowa, przez co należy rozumieć możliwość wypłaty sumy gwarancyjnej na pierwsze żądanie beneficjenta, bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenia nastąpiły i bez weryfikowania przez bank zasadności tych żądań. Elementy te zapewniają zamawiającemu uzyskanie od banku – gwaranta, kwoty wadium, na podstawie samego pisemnego żądania zapłaty. Z żadnego przepisu ustawy Pzp, jak również z żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego nie sposób wywieść obowiązku wskazywania w treści gwarancji wadialnej wszystkich członków konsorcjum. Jednocześnie, należy podkreślić, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu należy interpretować ściśle i tylko w oparciu o ustawowe przesłanki wykonawca może zostać pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne (vide: ww. skarga wraz z powołanym tam orzecznictwem). Z uwagi na fakt, podkreślony przez Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wskazanego powyżej wyroku z dnia 14 października 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1313/15, że w dotychczasowym w orzecznictwie i doktrynie funkcjonują dwa odmienne poglądy w zakresie dopuszczalności wniesienia, jako wadium gwarancji bankowej, w której z

firmy wymieniony jest jeden tylko członek konsorcjum, koniecznym jest szersze przytoczenie argumentacji przywołanej w uzasadnieniu ww. rozstrzygnięcia, przemawiającej za stanowiskiem przyjętym także przez Izbę przy orzekaniu w niniejszej sprawie. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że „ustawa Pzp nie zawiera definicji wadium. Pojęcie to jest zdefiniowane w art. 70 (4) § 1 Kc, zgodnie z którym w warunkach aukcji lub przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). Jedną z form wniesienia wadium, jaką przewiduje ustawa Pzp, jest forma gwarancji bankowej (art. 45 ust. 6 pkt 3). Ustawa Pzp nie stawia szczególnych warunków dla wadium w formie gwarancji bankowej. Wymaganie odnośnie wnoszonego wadium muszą być określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 pkt 8 ustawy Pzp). Informacja na temat wadium musi znaleźć się także w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 41 pkt 8 ustawy Pzp). Przepisy ustawy Pzp nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym aby wadium było wnoszone wspólnie przez wykonawców tworzących konsorcjum, jednakże pod warunkiem, że nie sprzeciwiają się temu zapisy SIWZ. W niniejszej sprawie SIWZ dopuszczała wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia i nie wprowadzała obowiązku wniesienia wadium w postaci gwarancji bankowej, w której wszyscy konsorcjanci byłiby wymienieni, jako wykonawcy. Należy także wskazać, że pogląd o dopuszczalności wniesienia wadium w postaci gwarancji bankowej, w której treści

35

wymieniony jest jedynie jeden z uczestników konsorcjum jest dość powszechnie akceptowany w najnowszej literaturze prawniczej dotyczącej przedmiotowej problematyki (tak: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2015, s. 133; M. Sieradzka, Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2015, s. 25, K. Muchowska - Zwara, Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2015, Legalis). Jak podkreślił także Sąd, zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z powyższego sformułowania wyprowadza się trafny wniosek, zgodnie z którym art. 23 ust. 3 Pzp statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym korzystania ze środków ochrony prawnej, a także w postępowaniu sądowym o zwrot wadium. To nie współnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący konsorcjum, stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (tak: wyrok SN z dnia 13 października 2011 r., sygn. akt V CSK 475/10, niepubl.). Powyższe zaś oznacza, że w razie wezwania pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do przedłożenia określonych oświadczeń, dokumentów, informacji, czy wreszcie zawarcia umowy obowiązek ten obciąża wszystkich uczestników konsorcjum, a wobec tego niewykonanie tych obowiązków przez któregokolwiek uczestnika, zwłaszcza lidera konsorcjum, oznacza niewykonanie tych obowiązków przez wszystkich uczestników konsorcjum, co otwiera drogę do zatrzymania wadium, niezależnie od tego, kto w gwarancji wadialnej został wymieniony, jako wykonawca. W doktrynie wskazuje się, że odmienna wykładnia jest sprzeczna z istotą umowy konsorcjum. Złożona w niniejszym postępowaniu gwarancja wadialna w sposób skuteczny zabezpieczała interesy zamawiającego także z tego względu, że – na co wskazał również sąd w powołanym powyżej wyroku – odpowiedzialność konsorcjantów odbywa się na zasadach solidarności dłużników. Zgodnie z art. 369 Kc zobowiązanie jest solidarne, jeżeli wynika to z ustawy lub z czynności prawnej. W zakresie zabezpieczonego przez wadium obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy odpowiedzialność solidarną ustanawia art. 141 ustawy Pzp. Niemniej powyższe nie oznacza, że w pozostałym zakresie zabezpieczonym wadium odpowiedzialność współkonsorcjantów nie jest solidarna, albo przynajmniej ukształtowana na wzór odpowiedzialności solidarnej. Bezpodstawny jest przy tym pogląd opierający się na rozumowaniu a contrario, iż w zakresie wykraczającym poza art. 141 ustawy Pzp, brak jest podstaw do przyjmowania solidarnej odpowiedzialności współkonsorcjantów. W doktrynie odpowiedzialność tę wywodzi się z różnych źródeł. Część przedstawicieli doktryny wskazuje, że solidarna odpowiedzialność współkonsorcjantów za konsekwencje uchylenia się od zawarcia umowy jest objęta treścią zobowiązania związanego ze złożoną ofertą (tak: S.

36

Włodyka, M. Spyra, w: System prawa handlowego, Tom 5, Prawo umów handlowych, pod red. S. Włodyki, Warszawa 2011, s. 621; D. Szczepański, Jeszcze o konsorcjum, Zamówienia Publiczne, Doradca 2008, nr 5, s. 41) lub ową solidarność wywodzą z mocy czynności prawnej pomiędzy wykonawcami występującymi wspólnie, którzy przy wniesieniu wadium mają wiedzę, jaki jest jego cel i godzą się (w drodze porozumienia) na ryzyko jego utraty w przypadku, gdy do zawarcia umowy nie dojdzie z przyczyn po stronie któregokolwiek z nich (K. Muchowska-Zwara, Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2011, Legalis). Inni przedstawiciele doktryny wskazują, że w wyniku złożenia wspólnej oferty i ubiegania się o zamówienie publiczne dochodzi do zaciągnięcia zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 Kc (tak: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2015, s. 134; M. Sieradzka, Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2015, s. 26, a także SO w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt II Ca 489/06). Jak podkreślił to SO w Warszawie w uzasadnieniu ww. wyroku, solidarność tą należy przede wszystkim wyprowadzić z art. 370 Kc. Ponadto, świadczenia obciążające konsorcjum w związku z udziałem w postępowaniu o zamówienie publiczne, a zwłaszcza świadczenie polegające na złożeniu oświadczenia o zawarciu umowy, mają charakter świadczenia niepodzielnego. W tym natomiast zakresie znajdzie zastosowanie art. 380 § 1 Kc, zgodnie z którym dłużnicy zobowiązani do świadczenia niepodzielnego są odpowiedzialni za spełnienie świadczenia jak dłużnicy solidarni. Przyjmując powyższy tok rozumowania należy stwierdzić, że odpowiedzialność konsorcjum za wykonanie świadczeń, których uchybienie może spowodować zatrzymanie wadium odbywa się na zasadach właściwych dla solidarności dłużników. Powyższe zaś będzie również oznaczać, że każdy z dłużników uznawanych za odpowiadających jak dłużnik solidarny może wykonać zobowiązanie ze skutkiem dla współdłużników. Jeżeli więc jeden z uczestników konsorcjum nie wykonuje świadczenia, może być ono spełnione przez innego uczestnika, w tym zwłaszcza lidera konsorcjum. Niespełnienie zaś świadczeń przez któregokolwiek z uczestników konsorcjum, bez względu na przyczynę zaniechania, będzie oznaczać niewykonanie go przez każdego z uczestników z osobna, a więc będzie umożliwiać zamawiającemu zaspokojenie się z gwarancji wadialnej, w której treści, jako wykonawca został wymieniony jedynie jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Należy mieć przy tym na uwadze, że stosownie do art. 84 Prawa bankowego do gwarancji bankowych i poręczeń udzielanych przez bank stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, z tym, że zobowiązanie banku jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym. Z abstrakcyjnego charakteru gwarancji bankowej wynika następnie, że jest ona oderwana od stosunku podstawowego, co wskazuje na samodzielny charakter odpowiedzialności gwaranta i konieczność wypłaty w momencie zgłoszenia

37

żądania. Ustawa Prawo bankowe nie przewiduje materialno-prawnych warunków zapłaty. Gwarancja wystawiona na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia ma charakter bezwarunkowy i nieodwołalny. Z literalnej treści przepisów ustawy Prawo bankowe oraz treści gwarancji wynika, że wypłata kwoty nie jest uzależniona od podjęcia przez bank czynności sprawdzających, lecz od złożenia przez zamawiającego oświadczenia. Zamawiający nie musi w żaden sposób wykazywać roszczenia. Na abstrakcyjny charakter ukształtowanej w ten sposób gwarancji bankowej zwraca uwagę się także w orzecznictwie SN – np. wyrok SN z dnia 21 sierpnia 2014 r. IV CSK 683/13, niepubl. Umowa gwarancji bankowej opatrzona stosownymi klauzulami kreuje – odmiennie od innych rodzajów gwarancji – abstrakcyjne zobowiązanie banku wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Bank nie może przedstawiać wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku wewnętrznym bank nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym – nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji. Na marginesie, także za stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie zajęтым w ww. sprawie, należy wskazać, że ocena, czy bank (gwarant), jako uczestnik obrotu cywilnoprawnego w praktyce wykona ciężące na nim zobowiązanie wynikające z gwarancji daleko wykracza poza ramy tego postępowania, gdyż nigdy nie będzie możliwe jednoznaczne i pewne przesądzenia o potencjalnym zachowaniu banku.

Niemniej jednak zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Powoduje to, że niezależnie od tego, po stronie którego z konsorcjantów ziszcza się przesłanki z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, gwarant będzie zobowiązany do wypłaty kwoty zabezpieczenia. (vide: uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1313/15, wraz z powołanym tam orzecnictwem i doktryną; por. także wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r., sygn. akt IV Ca 357/15).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 i 6 w związku art. 91 ust.3a ustawy Pzp Izba uznając ten zarzut za niezasadny w pierwszej kolejności stwierdza, że 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. Ponadto w stanie faktycznym sprawy Przystępujący wykazał na czym oparł przekonanie, że przedmiot tego zamówienia - „dostawa kontrolera w postaci komputera polowego nie będzie objęta mechanizmem odwróconego obciążenia podatkiem VAT, a tym samym zobowiązanie do uiszczenia podatku od tej transakcji powstanie po stronie wykonawcy, a nie po stronie Zamawiającego”. Na tę okoliczność przedłożył opinię organu właściwego Urzędu Statystycznego z Łodzi wydaną w

38

oparciu o wnioski wykonawcy, do którego dołączono opis przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem opisów technicznych ze specyfikacji dla każdego tych urządzeń. Powyższe zostało przedłożone przez Konsorcjum, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego po wniesieniu odwołania, w celu dokładnego wyjaśnienia zagadnienia. W tych wyjaśnieniach Przystępujący wskazał, że przedmiot dostawy pomimo że zawiera w sobie przedmiot wskazany w załączniku 11 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, nie powoduje powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, ponieważ jako zestaw jest klasyfikowany poza grupowaniem ujętym w tymże załączniku. Stanowisko Zamawiającego i Przystępującego w tym zakresie znalazło przy tym potwierdzenie w indywidualnej interpretacji wydanej przez Główny Urząd Statystyczny dotyczącej zaliczenia przedmiotowego zestawu do grupowania 26.20.1. Wskazano także, że zgodnie z zaleceniami MF „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”. Izba zwraca ponadto uwagę, że w stanie faktycznym sprawy wykonawca wyodrębnił cenę netto oraz podatek VAT. Zatem, gdyby Zamawiający prezentował inny pogląd niż wyrażony w opinii GUS, miałby także możliwość poprawienia elementów kalkulacyjnych ceny, w części dotyczącej podatku VAT w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, uznając, że oferta Konsorcjum we wskazanym zakresie jest niezgodna ze specyfikacją, a jej poprawienie nie ma wpływu na wynik postępowania, albowiem oferta ta, uwzględniając cenę netto i doliczony przez Zamawiającego podatek VAT, w dalszym ciągu przedstawiałaby cenę najniższą.

W okolicznościach tej sprawy, orzekając o uwzględnieniu odwołania Izba miała na uwadze regulację z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, w myśl której odwołanie podlega uwzględnieniu, gdy stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. W niniejszej sprawie naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp związane z wyborem najkorzystniejszej oferty niewątpliwie może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Zakup odbiorników GNSS z kontrolerami w postaci komputerów polowych”.

Mają powyższe na względzie orzeczone, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczone stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania

39

rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....
.....
.....