

WYROK
z dnia 15 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz
Paweł Trojan
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 marca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lutego 2012 r. przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Poczta Polska S.A. (lider), Telekomunikacja Polska S.A. oraz Itella Information Sp. z o.o., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - PGE Obrót S.A., ul. 8-go Marca 6, 35-959 Rzeszów,

przy udziale **Wykonawców:**

- a) Inforsys S.A., al. Jana Pawła II 24, 05-250 Radzymin,
 - b) Emerson Polska Sp. z o.o., ul. Belzacka 176/178, 97-300 Piotrków Trybunalski,
- zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej,
- 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Poczta Polska S.A. (lider), Telekomunikacja Polska S.A. oraz Itella Information Sp. z o.o., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa,
- 1.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm:

Poczta Polska S.A. (lider), Telekomunikacja Polska S.A. oraz Itella Information Sp. z o.o., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa,

- 1.4. zastosowanie wobec wykonawcy Emerson Polska Sp. z o.o., ul. Belzacka 176/178, 97-300 Piotrków Trybunalski procedury określonej w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - PGE Obrót S.A., ul. 8-go Marca 6, 35-959 Rzeszów, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Poczta Polska S.A. (lider), Telekomunikacja Polska S.A. oraz Itella Information Sp. z o.o., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - PGE Obrót S.A., ul. 8-go Marca 6, 35-959 Rzeszów, na rzecz **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Poczta Polska S.A. (lider), Telekomunikacja Polska S.A. oraz Itella Information Sp. z o.o., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa, kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

KIO 421/12

Uzasadnienie

Zamawiający PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie, prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest: „usługa kompleksowa drukowania, kopertowania i wysyłania do Klientów faktur i innej korespondencji”.

Pismem z dnia 20 lutego 2012 r., zamawiający zawiadomił wykonawców o dopuszczeniu do udziału w aukcji elektronicznej następujących wykonawców:

- 1) Emerson Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim,
- 2) Konsorcjum firm: Centrum Informatyki Zeto S.A. z siedzibą w Białymstoku oraz Centrum Komputerowe Zeto S.A. z siedzibą w Łodzi,
- 3) Inforsys S.A. z siedzibą w Radzyminie,

Tym samym pismem zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S.A. (lider), Itella Information Sp. z o. o., (członek), oraz Telekomunikacja Polska S.A. (członek), [dalej także jako „konsorcjum Poczta Polska”]. Jako podstawę wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także jako „Pzp”], z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także „SIWZ”]. Ponadto zamawiający wskazał, iż odrzucił ofertę konsorcjum Poczta Polska na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.

Wobec takich czynności zamawiającego w dniu 29 lutego 2012 r., odwołanie złożyło konsorcjum Poczta Polska zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, w związku z art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr z 2011 r., Nr 177, poz. 1052) poprzez przyjęcie, że w ofercie Odwołującego zawarty jest błąd w obliczeniu ceny, wynikający z tego, że ze zwolnienia z podatku VAT, w ocenie Zamawiającego, korzystają tylko powszechne usługi pocztowe, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zwolnienie dotyczy usług pocztowych realizowanych przez operatora zobowiązanego do świadczenia powszechnych usług pocztowych (zwolnienie „podmiotowo-przedmiotowe),
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 141 Pzp, w związku z art. 366 k.c. oraz 379 k.c. poprzez przyjęcie, że:

-
- a) ze względu na solidarną odpowiedzialność bierną wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum i możliwość domagania się spełnienia całości lub części świadczenia od każdego z dłużników z osobna, w ofercie w sposób nieuprawniony zastosowano zwolnienie z podatku VAT odnoszące się do jednego z wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum, podczas gdy zaspokojenie wierzyciela (Zamawiającego) przez któregośkolwiek z dłużników, w tym Poczta Polską SA, zwalnia z długu pozostałych dłużników,
 - b) ze względu na brak solidarnej odpowiedzialności czynnej po stronie wykonawców wchodzących w skład konsorcjum w sposób nieuprawniony zastosowano zwolnienie z podatku VAT odnoszące się do jednego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, podczas gdy każdy z wierzycieli (Wykonawców) może domagać się wynagrodzenia w części wynikającej ze stosunku wewnętrznego łączącego wykonawców (umowy konsorcjum) oraz umowy z Zamawiającym,
 - 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 Pzp, poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ze względu na wyszczególnienie w niektórych pozycjach formularza cenowego dodatkowych pozycji,

podczas gdy Odwołujący w swojej ofercie wypełnił formularz zgodny ze wzorem ustalonym przez Zamawiającego w SIWZ;

- 4) art. 26 ust. 3 Pzp, w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), poprzez zaniechanie wezwania Emmerson Polska Sp. z o.o., do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego opłacenie składki z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej,
- 5) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, w związku z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Inforsys SA, pomimo nieprzedstawienia na wezwanie Zamawiającego dokumentu potwierdzającego opłacenie składki z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, ewentualnie naruszenie art. 96 ust. 3 Pzp oraz art. 8 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia na

żądanie Odwołującego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca Inforsys SA opłacił składkę z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej,

- 6) art. 26 ust. 3 Pzp, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 99 k.c., poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Inforsys SA, do przedłożenia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii pełnomocnictwa do podpisania oferty.
- Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:
- 1) unieważnienia czynności oceny ofert oraz odrzucenia oferty Odwołującego,
 - 2) dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego oraz zaproszenie go do aukcji elektronicznej,
 - 3) dokonania ponownej oceny ofert Emmerson Polska sp. z o.o. oraz Inforsys SA oraz wezwania tych wykonawców do uzupełnienia brakujących dokumentów,
 - 4) udostępnienia dokumentu potwierdzającego opłacenie składki z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przez Inforsys SA,
 - 5) wykluczenia wykonawcy Inforsys SA z postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż skoro definiując usługi objęte zwolnieniem ustawodawca odwołał się do „usług pocztowych”, a dopiero na etapie definiowania podmiotu, który mógłby korzystać ze zwolnienia wskazał „operatora obowiązującego do świadczenia powszechnych usług pocztowych”, nie można ograniczać zwolnienia wynikającego z ustawy o VAT jedynie do jednej z kategorii usług pocztowych, jakimi są powszechnie usługi pocztowe. Odwołujący podnosił, iż wskazanie w ustawie o VAT, że omawiane zwolnienie ma zastosowanie w przypadku wykonywania usług pocztowych przez operatora obowiązującego do świadczenia powszechnych usług pocztowych nie oznacza, iż tylko usługi pocztowe o charakterze powszechnym wykonywane przez takiego operatora, objęte są zwolnieniem z podatku VAT. Obowiązująca ustawa o VAT wymaga bowiem, aby dla skorzystania z analizowanego zwolnienia podmiot ten realizując usługi pocztowe działał w charakterze operatora świadczącego powszechnie usługi pocztowe. W ocenie odwołującego, zamawiający niesłusznie przyjął, że tylko świadczenie przez operatora publicznego powszechnych usług pocztowych może być podstawą zwolnienia, gdyż stanowisko takie nie znajduje potwierdzenia w obowiązujących przepisach. Odwołujący stwierdził, że: „(...)Dopóki przepisy Ustawy o VAT zezwalają na stosowanie zwolnienia z podatku VAT dla usług pocztowych świadczonych przez Poczte Polską, nie zawężając zwolnienia do usług świadczonych w interesie publicznym, dopóty nie ma podstaw do ograniczenia zakresu stosowania zwolnienia z podatku VAT wyłącznie do usług powszechnych świadczonych przez Poczte Polską.”.

Ponadto odnosząc się do stanowiska zamawiającego w zakresie odpowiedzialności solidarnej wyrażonej w art. 366 § 1 k.c., odwołujący wskazał, iż nie jest możliwa sytuacja, w której zamawiający zażąda od np. Telekomunikacji Polskiej S.A. (członka konsorcjum) wykonania części zobowiązania polegającej na świadczeniu usług pocztowych objętych zwolnieniem, a Telekomunikacja Polska S.A., będzie zobowiązana do osobistego spełnienia tego świadczenia. Odwołujący podkreślał, iż przyjęcie stanowiska zamawiającego

przeczytoby istocie funkcjonowania konsorcjów, które przejawia się w sumowaniu potencjałów i uprawnień posiadanych wspólnie przez konsorcjantów, w celu ubiegania się i uzyskania zamówienia publicznego.

W zakresie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, odwołujący wskazywał, że nie dokonał żadnej modyfikacji wzorów formularzy cenowych, określonych w załączniku nr 2 do SIWZ, a jedynie wypełnił stosowne pozycje w formularzu cenowym, wpisując w kolejnych kolumnach: cenę jednostkową netto, wartość netto, stawkę VAT/zwolnienie z VAT i wartość brutto. Odwołujący stwierdził, iż nie jest sprzeczne z postanowieniami specyfikacji wskazanie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, stawki podatku VAT lub zwolnienia z VAT a następnie wyliczenie wartości tego podatku. Skoro usługi pocztowe świadczone przez Poczta Polska SA są zwolnione z podatku VAT, to Odwołujący miał obowiązek wskazać stawkę podatku VAT lub zwolnienie z tego podatku oraz obliczyć podatek zgodnie z ustawą o podatku VAT. Dodatkowo odwołujący podniósł, iż podstawą stwierdzenia niezgodności złożonej przez niego oferty z treścią SIWZ nie mogą być również złożone przez niego w dniu 24 stycznia 2012 r. wyjaśnienia. Podkreślał, że wyjaśnienia oferty złożone w trybie art. 87 ust. 1 Pzp nie mogą być potraktowane, jako zmiana oferty, a załączona do wyjaśnień tabela nie stanowiła modyfikacji formularza ofertowego.

W zakresie braków w ofercie wykonawcy Emmerson Polska Sp. z o.o., odwołujący stwierdził, iż złożenie certyfikatu nie może być traktowane, jako okoliczność wyłączająca obowiązek złożenia dowodu opłacenia składki ubezpieczeniowej. W ocenie odwołującego oznaczałoby to nieuzasadnione zróżnicowanie obowiązków podmiotów, które składają polisę w stosunku do podmiotów, które składają inny dokument, w zakresie ciężaru dowodu (naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców). Ponadto prowadziłoby do wyłączenia obowiązku opłacenia składki, co umożliwiłoby pozytywną weryfikację sytuacji podmiotowej wykonawcy, który nie posiadałby w momencie upływu terminu do składania ofert opłaconej polisy ubezpieczeniowej.

W zakresie zarzutów dotyczących oceny oferty złożonej przez wykonawcę Inforsys S.A. odwołujący podniósł, iż w udostępnionych mu dokumentach (pomimo wezwania Inforsys S.A. do uzupełnienia) brak było potwierdzenia opłacenia składki z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Odwołujący stwierdził, iż nie uzupełnienie

dokumentu winno być skutkowało wykluczeniem wykonawcy Inforsys S.A. z przedmiotowego postępowania. Alternatywnie odwołujący podał, że w przypadku gdyby wykonawca Inforsys S.A. uzupełnił dokument zgodnie z treścią wezwania zamawiającego, dokument ten powinien zostać udostępniony odwołującemu, brak jest bowiem podstaw do jego utajnienia.

W zakresie formy pełnomocnictwa załączonego przez wykonawcę Inforsys S.A., odwołujący wskazał, iż zestawienie treści art. 82 ust. 2 Pzp i art. 99 § 2 kc prowadzi do wniosku, że skoro oferta musi być złożona w formie pisemnej i to pod rygorem nieważności, to również pełnomocnictwo do jej złożenia musi zostać udzielone w tej samej formie, czyli w formie pisemnej.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający PGE Obrót S.A. prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego jest: „usługa przedmiotem kompleksowa drukowania, kopertowania i wysyłania do Klientów faktur i innej korespondencji”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 217-354636 w dniu 11 listopada 2011 r.

Zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SIWZ jednymi z wyspecyfikowanych czynności były:

- 1) kopertowanie i wysyłanie do Klientów przesyłek nierejestrowanych zawierających do 8 kartek, wraz z materiałem poligraficznym (materiał poligraficzny dla kopertowania stanowią: Koperta z nadrukiem 4+1 i z oknem adresowym)”;
- 2) indywidualne kopertowanie i wysyłanie do Klientów przesyłek nierejestrowanych zawierających powyżej 8 kartek, wraz z materiałem poligraficznym (materiał poligraficzny dla kopertowania stanowią: Koperta z nadrukiem 4+1 i z oknem adresowym)”;
- 3) „kopertowanie, opisywanie i ewidencjonowanie (w elektronicznych rejestrach sporządzonych przez Wykonawcę) oraz wysyłanie do Klientów przesyłek rejestrowanych wraz z materiałem poligraficznym (materiał poligraficzny dla kopertowania stanowią: Koperta 4+1). Cena obejmuje również skanowanie

potwierdzonych przez operatora pocztowego Książek Nadawczych i przesyłanie ich drogą elektroniczną do Zamawiającego”;

- 4) kopertowanie, opisywanie i ewidencjonowanie (w elektronicznych rejestrach sporządzonych przez Wykonawcę) oraz wysyłanie do Klientów przesyłek poleconych ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru wraz z materiałem poligraficznym (materiał

poligraficzny dla kopertowania stanowią: Koperta 4+1). Cena obejmuje również skanowanie potwierdzonych przez operatora pocztowego Książek Nadawczych i przesyłanie ich drogą elektroniczną do Zamawiającego”.

Izba ustaliła również, iż w odpowiedzi na pytania wykonawców, zamawiający wskazał, iż nie dopuszcza możliwości zmian w załączniku nr 2 – Formularz ofertowy tj. wydzielenia w Specyfikacji dla poszczególnych zadań wynikających z zakresu zamówienia dwóch usług: odrębnie dla usługi Wysyłanie i odrębnie dla usługi – Kopertowanie. Zamawiający nie zezwolił również na rozdzielenie w tabelach cenowych formularza ofertowego czynności wysyłania przesyłek do klientów oraz pozostałych czynności tj. kopertowania, opisywania i ewidencjonowania.

Zgodnie z pkt VIII.1.c SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą uczestniczyć wykonawcy, którzy są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, na sumę ubezpieczenia co najmniej 1.000.000, 00 zł na jeden wypadek ubezpieczeniowy. Zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ na potwierdzenie powyższego warunku zamawiający żądał przedłożenia kopii polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na kwotę co najmniej 1 mln złotych. Ponadto zgodnie z pkt XII.3. Zamawiający przewidział wybór najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ (Formularz ofertowy) wykonawcy zobowiązani byli do podania ceny jednostkowej netto, wartości netto, stawki VAT oraz wartości brutto za każdy rodzaj czynności określonej przez zamawiającego.

Izba ustaliła również, iż do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Emerson Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim na kwotę 71.458.220,08 zł brutto,
- 2) Konsorcjum firm: Centrum Informatyki Zeto S.A. z siedzibą w Białymstoku oraz Centrum Komputerowe Zeto S.A. z siedzibą w Łodzi na kwotę 78.255.810,54 zł brutto,
- 3) Poczta Polska S.A., Itella Information Sp. z o. o., oraz Telekomunikacja Polska S.A. na kwotę 51.945.600,14 zł brutto,
- 4) Inforsys S.A. z siedzibą w Radzyminie na kwotę 58.997.165,14 zł brutto.

Izba ustaliła, również, iż konsorcjum Poczta Polska dla poszczególnego (wybranych) rodzajów czynności w formularzu ofertowym, w kolumnie „Stawka VAT %” podało wartości: „zw/23%”. Jednocześnie na stronie 14 oferty wykonawca zawarł „wyjaśnienia dodatkowe”

zgodnie z którymi „(...) wskazane w poszczególnych wierszach tabel rodzaje czynności mogą zawierać zarówno czynności opodatkowane stawką VAT w wysokości 23% jak i czynności zwolnione z podatku VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o podatku od towarów i usług”.

Dodatkowo w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień konsorcjum Poczta Polska w piśmie z dnia 24 stycznia 2012 r. wskazało, że „(...) w przypadku, gdy pozycja specyfikacji obejmuje więcej niż jedną usługę a jedna z nich korzysta z przedmiotowo – podmiotowego zwolnienia z opodatkowania na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o podatku od towarów i usług wówczas w kalkulacji ceny brutto Wykonawca do tej usługi zastosował zwolnienie z opodatkowania (...) Wartość brutto złożonej przez Wykonawcę oferty liczona jest jako suma wartości usług zwolnionych z opodatkowania i wartości brutto usług opodatkowanych stawką 23%.”.

Ponadto Izba ustaliła, że wykonawca Emerson Polska Sp. z o. o. na stronie 38 i 39 oferty zawarł certyfikat do polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Dodatkowo ustalono również, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawca Inforsys S.A. uzupełnił ofertę o dowód opłacenia składki ubezpieczenia.

Pismem z dnia 20 lutego 2012 r., zamawiający zawiadomił wykonawców o

dopuszczeniu do udziału w aukcji elektronicznej następujących wykonawców:

- 5) Emerson Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim,
- 6) Konsorcjum firm: Centrum Informatyki Zeto S.A. z siedzibą w Białymstoku oraz Centrum Komputerowe Zeto S.A. z siedzibą w Łodzi,
- 7) InforSys S.A. z siedzibą w Radzyminie,

Tym samym pismem zamawiający poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp oferty konsorcjum Poczta Polska.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto, Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 2 marca 2012 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili następujący wykonawcy:

- 1) InforSys S.A. z siedzibą w Radzyminie,
- 2) Emerson Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim

stając się uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty odwołującego, przystępujących jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron oraz uczestników złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania zostanie zaproszony do aukcji elektronicznej i jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do przedstawionych zarzutów Izba stwierdziła, że dokonane przez zamawiającego badanie i ocena ofert zostały przeprowadzone nieprawidłowo.

W zakresie zaniechania wezwania wykonawcy Emmerson Polska Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego opłacenie składki z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Izba podzieliła stanowisko Odwołującego. W pierwszej kolejności za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 10 sierpnia 2011 (sygn. akt KIO 1623/11) należy wskazać, iż najistotniejszym wymogiem przewidzianym w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz celem, dla którego dany dokument ma być złożony w postępowaniu jest potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, polegającego na tym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Ustawodawca w tym zakresie określił rodzaje dokumentów, które ten warunek mają potwierdzać, wskazując przede wszystkim na polisę ubezpieczeniową oraz na inny dokument, który będzie potwierdzał spełnianie wskazanego warunku. Co do wskazanego w przepisie „innego dokumentu”, a więc pewnego otwartego katalogu dokumentów, które potwierdzają ubezpieczenie wykonawcy, ustawodawca zastrzegł, że taki dokument może być przedłożony jedynie w przypadku braku polisy ubezpieczeniowej. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca Emmerson Polska Sp. z o. o. jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, że zawarł Polisę Nr 000-11-430-5884735. O ile certyfikat do Polisy może być uznany za inny dokument w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia to wskazać należy, iż możliwość posłużenia się „innym dokumentem”

ustawodawca przewidział dopiero w przypadku braku polisy. Skoro bezspornie wykonawca Emmerson Polska Sp. z o. o., posiada polisę, świadczy o tym wystawiony certyfikat do polisy, zamawiający stwierdzając jej brak winien był zastosować dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp. i wezwać wykonawcę Emmerson Polska Sp. z o. o. do uzupełnienia opłaconej polisy na potwierdzenie, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Za przedwczesny należało uznać zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 gdyż dopiero w przypadku nieuzupełnienia brakującego dokumentu zamawiający zobligowany byłby do wykluczenia

tego wykonawcy z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutów dotyczących błędnej oceny oferty wykonawcy Inforsys S.A., Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 17 stycznia 2012 r., wykonawca przedłożył dowód opłacenia składki z tytułu zawarcia umowy ubezpieczenia dla tego też nie sposób uznać, iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto w zakresie zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa dowodu opłacenia składki z tytułu ubezpieczenia odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji na okoliczność naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 3 Pzp. Na okoliczność tą odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Dodatkowo odwołujący nie kwestionował umocowania osoby składającej ofertę w imieniu Inforsys S.A. a jedynie jego formę, którą Izba uznała za prawidłową.

W zakresie zarzutów dotyczących niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego Izba podzieliła stanowisko odwołującego. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż odwołujący nie dokonał modyfikacji treści załącznika nr 2 do SIWZ, w szczególności nie wydzielił w ramach poszczególnych czynności, usług wysyłania przesyłek do klientów od pozostałych usług kopertowania, opisywania i ewidencjonowania. O niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie może świadczyć również sposób wypełnienia w/w załącznika, tj. wpisanie w kolumnie „stawka VAT %” wartości „zw/23%”. Taki sposób wypełnienia załącznika nr 2 do SIWZ nie był zastrzeżony i w ocenie Izby wskazuje on na sposób wyliczenia przez odwołującego ceny, nie może natomiast przesądzać o uznaniu oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Dodatkowo należy podkreślić, iż niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ nie potwierdzają również złożone przez niego na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia. Załączona przez odwołującego do wyjaśnień tabela nie może być brana pod uwagę gdyż nie stanowi ona treści złożonej oferty a jedynie treść wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Odnosnie zarzutu nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny Izba podzieliła stanowisko reprezentowane przez Odwołującego. W

pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT, zwalnia się od podatku usługi pocztowe oraz dostawę towarów ściśle z tymi usługami związaną – realizowane przez operatora obowiązującego do świadczenia powszechnych usług pocztowych. Dla ustalenia treści omawianego zwolnienia, oprócz w/w przepisów o VAT należy wskazać ustawę z dnia 12 czerwca 2003 r., Prawo Pocztowe (t.j. Dz. U. z 2008 r., Nr 189, poz. 1159 ze zm.), przepisy tej ustawy definiują bowiem pojęcia użyte w art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT. Zgodnie z art. 2 ust. 1 Prawa Poczтового usługę pocztową stanowi m.in. wykonywane w obrocie krajowym lub zagranicznym, zarobkowe:

- przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek oraz druków nieopatrzonych adresem,
- prowadzenie punktów wymiany umożliwiających przyjęcie i wymianę korespondencji między podmiotami korzystającymi z obsługi tych punktów,
- realizowanie przekazów pocztowych.

W art. 2 ust. 2 Prawa Poczтового ustawodawca zawarł natomiast katalog negatywny, tj. katalog wyłączeń, z którego wynika m.in., że nie stanowi usługi pocztowej:

- przemieszczanie i doręczanie dokumentów dotyczących towarów przemieszczanych wraz z nimi,
- przewóz rzeczy innych niż korespondencja, wykonywany na podstawie odrębnych przepisów,
- wzajemna nieodpłatna wymiana korespondencji, dokonywana wyłącznie przez wymieniałące się podmioty
- wzajemna nieodpłatna wymiana korespondencji, dokonywana wyłącznie przez wymieniałące się podmioty
- przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek przez pocztę specjalną ministra właściwego do spraw wewnętrznych,
- przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek przez pocztę Ministra Obrony Narodowej - wojskową pocztę polową.

Ponadto zgodnie z art. 3 pkt 12 Prawa Poczтового operator publiczny to operator obowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych. Jednocześnie z przepisów Prawa Poczтового wynika przyznany Poczcie Polskiej status operatora publicznego i w konsekwencji to Poczta Polska jest podmiotem uprawnionym do korzystania ze zwolnienia

określonego w art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT. Konkludując, należy stwierdzić, iż wskazane zwolnienie ma charakter podmiotowo-przedmiotowy. Oznacza to, że korzystać z

niego mogą wyłącznie określone podmioty (w tym przypadku Poczta Polska), a dodatkowo przyznawane jest ono tylko w odniesieniu do niektórych usług świadczonych przez te podmioty. Jeśli natomiast idzie o zakres przedmiotowy zwolnienia, warto zauważyć, że prawo pocztowe definiuje również katalog usług nie będących usługami pocztowymi (art. 2 ust. 2 ustawy o VAT). Wymienione tam zostały usługi, które rzecz jasna z omawianego zwolnienia z opodatkowania od podatku od towarów i usług korzystać nie będą. Powyższe w ocenie Izby pozwala stwierdzić, iż Odwołujący był uprawniony do takiego wyliczenia ceny oferty, które uwzględnia zastosowanie przez Poczta Polską, jako jednego z konsorcjantów zwolnienia z podatku VAT za świadczone usługi pocztowe. Jednocześnie nie sposób uznać, jak twierdził zamawiający, że zwolnienie z którego korzysta Poczta Polska w sposób nieuprawniony rozciąga się na innych członków konsorcjum. Oczywistym jest, że ze zwolnienia określonego w art. 43 st. 1 pkt 17 ustawy o VAT korzystać będzie w ramach świadczonych usług pocztowych (wchodzących w skład przedmiotu zamówienia) wyłącznie Poczta Polska. Nie sposób zgodzić się również z twierdzeniem zamawiającego, iż dyspozycja art. 141 Pzp daje mu niczym nieograniczone prawo żądania spełnienia świadczenia według własnego wyboru od któregokolwiek z konsorcjantów w świetle idei konsorcjum. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, iż art. 23 ust. 1 Pzp daje wykonawcom możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, natomiast zasada odpowiedzialności solidarnej wykonawców dotyczy etapu realizacji kontraktu i nie może, jako taka stanowić podstawy odrzucenia oferty konsorcjum na etapie oceny oferty. Podkreślić należy, że solidarna odpowiedzialność względem zamawiającego nie powstaje z mocy ustawy na etapie ubiegania się o zamówienie. Reasumując należało stwierdzić, iż oferta odwołującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny. Izba wskazuje, iż zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że zastosowanie zwolnienia z podatku VAT do usług pocztowych w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy było nieuzasadnione. Dodatkowo skoro jak stwierdził na rozprawie zamawiający nie kwestionuje on zgodności treści art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT z Dyrektywą o VAT to zastosowanie ma wprost przepis ustawy o VAT w brzmieniu nadanym art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT, które odwołujący w sposób uprawniony zastosował.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....