Sygn. akt: KIO 1104/12

WYROK
z dnia 12 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Renata Tubisz
Katarzyna Brzeska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2012 r. przez **Gildię spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, ul. Dworska 15B** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego we Wrocławiu, ul. Wybrzeże Juliusza Słowackiego 12-14**

przy udziale wykonawcy **Innovation Technology Group Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wołowska 6** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 1104/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości,
2. kosztami postępowania obciąża **Gildię spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, ul. Dworska 15B** i
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Gildię spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, ul. Dworska 15B** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt KIO 1104/12

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na dostawę sprzętu dla projektu „Modernizacja centrów kształcenia zawodowego na Dolnym Śląsku” zostało wszczęte przez zamawiającego Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego we Wrocławiu, ul. Wybrzeże Juliusza Słowackiego 12-14 ogłoszeniem o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 sierpnia 2011r. nr 2011/S147-244576.
W dniu 18 maja 2012r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty firmy Innovation Technology Group Spółki Akcyjnej z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wołowska 6. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta firmy Gildia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, ul. Dworska 15b.
W dniu 28 maja 2012r. drogą elektroniczną odwołanie na zaniechanie wykluczenia firmy Innovation Technology Group Spółki Akcyjnej z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wołowska 6 i zaniechanie odrzucenia oferty tej firmy wniosła Gildia spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, ul. Dworska 15b – zwana dalej odwołującym.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Innovation Technology Group S.A., zwanej dalej „ITG", pomimo tego, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ITG pomimo tego, iż zawiera błędy w obliczeniu ceny, naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia ITG, pomimo, że nie wniosła ona wadium.
Odwołujący oświadczył, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający naruszył przepisy ustawy, a tym samym pozbawił odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego, oferta złożona przez odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W związku z powyższym, wedle odwołującego należy uznać, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący jest uprawniony do wniesienia środków ochrony prawnej.

Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez ITG, oraz nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.
Według odwołującego oferta złożona przez ITG zasługuje na odrzucenie, gdyż zamawiający wymagał podania w ofercie :

1. przy oprogramowaniu obrabiarek CNC wykazu co najmniej 50 placówek stosujących oferowany system - wymaganie zawarto w załączniku nr 2 do siwz. Opis sprzętu stanowiącego wyposażenie pracowni dla branży w mechatroniczno-elektronicznej odniesieniu do "oprogramowania obrabiarek CNC", pozycja 8 na str. 100 oraz pozycja 239 na str. 108.
2. modelu, symbolu oraz producenta niektórych sprzętów komputerowych - wymaganie zawarto w Tabeli nr 1 w Szczegółowych opisach sprzętu komputerowego lub oprogramowania dla:
   a) Branży Mechanicznej (BI) przy „komputer - stacja robocza z monitorem'', pozycje 8 i 112,
   b) Branży Samochodowej (B2) przy „komputer - stacja robocza z monitorem", pozycje: 15, 32, 69, 89, 116, 165, 183, 200, 242, 276, 346.
   c) Branży Elektryczno- Energetycznej (B3) przy „komputer - stacja robocza z monitorem", pozycje: 3, 60, 105, 180,
   d) Branży Mechatroniczno- Elektronicznej (B4) przy: • „komputer - stacja robocza z monitorem", pozycje: 59, 265, • „komputer - stacja graficzna z monitorem", pozycje: 2, 235,
   e) Branży Informatycznej (B6) przy: • „komputer - stacja robocza z monitorem", pozycje: 43, 78, 122, 123, 207, 242, 264, • „komputer - serwer z Windows SBS", pozycje: 2, 11, 42, 166, 175, 206, • „komputer - stanowisko nauczycielskie", pozycje: 3, 44, 79, 89, 208, 243, 265, • „komputer - serwer stanowiskowy", pozycje: 12, 167, 176,
   f) Branży Turystycznej (B7) przy „komputer - stacja robocza z monitorem", pozycje: 70. 71, 78, 98, 116, 117, 236, 428, 519, 542, 558, 587, 641.
   3. numeru dopuszczenia do użytku szkolnego nadanego przez Ministerstwo Edukacji Narodowej dla podręczników dołączonych do oprogramowania CAD/CAM/CNC - wymaganie zawarto w Tabeli nr 1 - Szczegółowy opis sprzętu komputerowego lub oprogramowania dla branży samochodowej (B2) - str. 6.

Tych informacji, zdaniem odwołującego, nie zawarto w ofercie złożonej przez ITG, co według odwołującego, oznacza, że oferta ITG powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ jej treść nie odpowiada treści siwz.
Ponadto odwołujący uważa, że oferta ITG zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu błędnej stawki podatku VAT, co aktualizuje obowiązek jej odrzucenia na podstawie

art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.
W zestawieniu wyposażenia oprócz podstawowej stawki VAT (23%) występowało wiele pozycji sprzętowych, którym w myśl ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i

usług (Dz.U. z 2011 r. Nr 177 poz. 1054) należało przyporządkować 0% stawkę VAT. W ofercie ITG zastosowano tę obniżoną stawkę (0%) nie do wszystkich pozycji sprzętowych, którym ona przynależała. Z formularza ofertowego firmy ITG, odwołujący znał jedynie dwie wartości: cenę brutto oferty: 66.687.312,53 zł oraz wartość podatku VAT od tej kwoty: 12.325.107,22 zł. Z tego wyliczyć wartość netto oferty – 54 362 205, 31zł. Następnie odwołujący obliczył do jakiej wartości netto zastosowano stawkę 23%, a do jakiej stawkę 0% i uzyskał wynik, że stawkę 0% zastosowano do towarów o łącznej wartości netto 774 782,61zł. Wskazał, że zgodnie z art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy o podatku od towarów i usług oraz załącznika nr 8 do tej ustawy zerowej stawce podlegają
1) Jednostki centralne komputerów, serwery, monitory, zestawy komputerów stacjonarnych - w przetargu ITG zaoferowała ponad 840 kpl. tego typu towarów;
2) Drukarki - w przetargu ITG zaoferowała ok. 150 kpl. tego typu towaru;
3) Skanery - w przetargu ITG zaoferowała 30 kpl. tego typu towaru;
4) Urządzenia do transmisji danych cyfrowych (w tym switche sieciowe, routery i modemy) - w przetargu ITG zaoferowała ponad 290 kpl. tego typu towaru.
W załączeniu odwołujący złożył wyciąg z ustawy o podatku od towarów i usług, na podstawie której należało zastosować 0% stawkę VAT do niektórych towarów (np. części sprzętu komputerowego). Sumarycznie w zestawieniu złożonym przez ITG występuje, według odwołującego, ponad 1300 kompletów urządzeń/ sprzętu, do których w myśl ustawy należałoby zastosować 0% stawkę VAT. W ocenie odwołującego w kwocie 774 782,61zł. taka ilość się nie mieści. Przykładowo przeprowadził wyliczenia dla zestawów komputerów stacjonarnych (ok. 840 kompletów) i założył koszt jednego zestawu na poziomie 2500zł. netto, to po przeliczeniu łączna wartość takich zestawów wynosiłaby 2 095 000zł.. Zatem według odwołującego, iż wartość netto samych komputerów przewyższa prawie trzykrotnie wartość netto wszystkich towarów objętych 0% podatkiem VAT, zaoferowanych przez ITG, co w konsekwencji oznacza, że ITG zastosowało nieprawidłową – różną od 0% stawkę podatku VAT do znacznej części zaoferowanych towarów. Ponadto porównał swoją ofertę i ofertę ITG co do wartości brutto, wartości podatku VAT, wartości netto dla towarów objętych stawką podatku 23% i 0% i stwierdził, że zachowując wszelkie proporcje wynikające z różnicy oferowanych cen ofert widać, że wartości towaru, do którego powinna być zastosowana 0% stawka VAT różnią się o rząd wielkości. Na poparcie swoich twierdzeń powołał się na wyrok Izby sygn. akt KIO 378/11, wyrok Izby z dnia 23 listopada 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 2437/10. Podniósł, że z siwz wyraźnie wynika, iż dostawa sprzętu ma być dokonana na rzecz Centrów Kształcenia Zawodowego, a więc placówek oświatowych w

rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług. Dlatego też przy ustalaniu ceny wskazanej w swojej ofercie ITG zobowiązana była uwzględnić przepisy o 0% stawce podatku VAT w odniesieniu do konkretnych towarów, czego nie uczyniła i tym samym oferta jej powinna była zostać odrzucona jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny.
Odwołujący ponadto wskazał, iż zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt.4 ustawy, gdyż zaniechał wykluczenia ITG, pomimo, że nie wniosła ona wadium w formie przewidzianej w siwz. Co prawda ITG wniosła wadium w wymaganym terminie, jednak wadium to, według odwołującego, nie spełnia wymagań wskazanych w siwz. Po pierwsze gwarancja przetargowa wniesiona przez ITG w przedmiotowym postępowaniu, zawiera zapis iż: obowiązek wypłaty z tytułu gwarancji ciąży na Gwarancie tylko w przypadku, gdy wezwanie do zapłaty zostanie otrzymane przez Gwaranta w terminie obowiązywania gwarancji (tj. 27 marca - 27 czerwca 2012 r.). Jako, że zgodnie z siwz termin związania ofertą wynosi 90 dni i rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, termin ten mija 24 czerwca. Wadium powinno zabezpieczać okres związania ofertą. Z powyższych faktów wynika, iż w przypadku zaistnienia przesłanek do wypłaty gwarancji w ostatnim dniu terminu ważności gwarancji Beneficjent gwarancji otrzyma wypłatę z jej tytułu, tylko w przypadku gdy jego wezwanie Gwarant otrzyma w ciągu 3 dni (jest to termin pomiędzy 24 czerwca - 27 czerwca). Trzydniowy termin dotyczy nie tylko zgłoszenia tego wezwania, ale co więcej dotyczy otrzymania tego wezwania przez Gwaranta. Odwołujący uważa, że wystosowanie takiego wezwania nie jest czynnością, którą można wykonać bez zbędnej zwłoki w terminie 3 dni. Konieczne jest bowiem podjęcie decyzji przez odpowiednią osobą co do wysłania takiego wezwania, sporządzenie tego wezwania oraz jego dostarczenie do Gwaranta. Trzydniowy termin stanowi zatem istotne ograniczenie w realizacji uprawnień Beneficjenta. To stanowisko, zdaniem odwołującego, potwierdza wyrok sygn. akt KIO/UZP 1782/10.

Wadium złożone przez ITG ogranicza uprawnienia Beneficjenta także z tego powodu, iż wskazuje, jako sąd właściwy do rozstrzygania wszelkich sporów wynikających z gwarancji, sąd właściwy dla Towarzystwa Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. Jest to także zapis stanowiący istotne utrudnienie dla zamawiającego i stojący w sprzeczności z postanowieniami siwz i wolą zamawiającego. Zamiarem zamawiającego było bowiem oddanie wszelkich sporów związanych z realizacją zamówienia pod właściwość sądu powszechnego właściwego dla Województwa Dolnośląskiego. Zamiar ten można wyprowadzić z wykładni zapisu Istotnych Postanowień Umownych stanowiących załącznik do siwz, w których to § 15 ust.6 wskazuje jako właściwy do rozstrzygania sporów sąd powszechny właściwy dla siedziby Lidera (tj. Województwa Dolnośląskiego). Nie powinno być zatem akceptowalne, zdaniem odwołującego, wprowadzenie do dokumentu złożonego przez (ITG) zapisu, który gwarancyjnego wykonawcę modyfikowałby jednostronnie wbrew woli zamawiającego jego zamiar, a także ogólną właściwość sądu

wynikającą z Kodeksu Postępowania Cywilnego. Nie jest bowiem uzasadnione, postawienie zamawiającego pod faktem dokonanym, co do akceptacji niekorzystnych dla niego postanowień gwarancji. Ponadto zamawiający żądał w siwz, aby gwarancja wadialna była sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem, co oznacza, że zamawiający preferował rozwiązania ustawowe, nie ma zatem powodu ku temu, aby akceptował zapisy umowne odmienne od ustawowych uregulowań. Kolejnym zapisem ograniczającym uprawnienie Beneficjenta do dochodzenia roszczeń jest zakaz przelewu wierzytelności z tytułu gwarancji na rzecz osób trzecich. Warto tu podkreślić, iż co prawda zamawiającym upoważnionym do przeprowadzenia postępowania jest Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, ale dokonuje on zakupów w imieniu innych instytucji zamawiających (pkt. 1.2) Ogłoszenia o zamówieniu. Ogranicza to zatem prawa Beneficjenta w sytuacji, w której konieczny będzie przelew wierzytelności z tytułu gwarancji, na rzecz podmiotu trzeciego np. w imieniu którego Beneficjent dokonuje zakupu zgodnie z ogłoszeniem, a ze względu na powyższy zapis umowny do takiego przelewu nie będzie mogło dojść. Zapis ten zatem, tak jak i dwa powyżej wskazane postanowienia, stanowi istotne ograniczenie uprawnień Beneficjenta i powoduje, iż gwarancja wadialna nie spełnia wymogów ustawowych i wskazanych przez Zamawiającego w siwz. Odwołanie zostało podpisane elektronicznie – bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowany w okresie ważności certyfikatu przez członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 28 maja 2012r. faksem.

W dniu 29 maja 2012r. zamawiający przekazał pozostałym wykonawcom kopię odwołania wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 1 czerwca 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Innovation Technology Group Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wołowska 6 wnosząc o odrzucenie odwołania w zakresie wskazanym w przystąpieniu oraz oddalenie odwołania w pozostałym zakresie lub w przypadku nieuznania podstaw do odrzucenia, oddalenia odwołania w całości. Wskazał, że ma interes prawny w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a wybór ten był zgodny z przepisami ustawy i przygotowaną przez zamawiającego dokumentacją przetargową.
W uzasadnieniu podniósł, że odwołujący nie posiada interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż jego oferta opierała na kwotę dwukrotnie wyższą niż kwota, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający może zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia do oferty

cenowej odwołującego, co oznacza, że nie wykazał, że ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W przypadku uzyskania rozstrzygnięcia korzystnego dla odwołującego prawdopodobne jest unieważnienie postępowania, a wówczas odwołujący mógłby się wykazać jedynie hipotetyczną możliwością uzyskania przyszłego zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy odwołujący musi wykazać się posiadaniem

interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie. Wskazał na orzecznictwo Izby : z dnia 30 marca 2012r. sygn. akt KIO 482/12, z dnia 20 lutego 2012r. sygn. akt KIO 270/12, z dnia 5 stycznia 2012r. sygn. akt KIO 2742/11, z dnia 10 listopada 2011r. sygn. akt KIO 2353/11 i z dnia 9 lipca 2010r. sygn. akt KIO 1250/10. W przypadku nie uwzględnienia powyższej argumentacji zgłaszający przystąpienie stwierdził, że nie zgadza się z podniesionymi zarzutami i wskazał, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z zarzutem naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy, a w konsekwencji naruszenia art. 2 ust. 5 ustawy Izba się już w tym zakresie wypowiedziała w wyroku z dnia 9 lutego 2012r. sygn. akt KIO 164/12 i z wyroku tego wynika, ze zamawiający nie wymagał od wykonawców podania typu i modelu urządzeń w ofertach, oczekując jedynie potwierdzenia przez wykonawców, że oferowany sprzęt spełnia wymagane w siwz parametry. Skoro kwestia ta była już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, to odwołanie w tym zakresie powinno zostać odrzucone. Co do pozostałych zarzutów podniósł, że wniósł prawidłowo wadium, jego oferta odpowiadała treści siwz, co potwierdza także przytoczony wyżej wyrok Izby, jak i nie zawierała błędów w obliczeniu ceny, gdyż została obliczona zgodnie z przepisami prawa. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 31 maja 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu zgłaszającego przystąpienie, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia.

Na rozprawie zamawiający i przystępujący złożyli odpowiedzi na odwołanie. Każdy z nich wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, odpowiedzi na zapytania wykonawców, oferty firmy Innovation Technology Group.

Izba ustaliła, że w załączniku nr 2 do siwz – Opis sprzętu stanowiącego wyposażenie pracowni dla branży mechatroniczno-elektronicznej w poz. 8 na stronie 100 znajduje się wymaganie „Musi być powszechnie stosowane w szkołach zawodowych, centrach kształcenia praktycznego lub ustawicznego i uczelniach technicznych. Należy podać wykaz co najmniej 50 placówek stosujących oferowany system."
A na stronie 108 w poz. 239 wymaganie „Musi być powszechnie stosowane w szkołach zawodowych, centrach kształcenia praktycznego lub ustawicznego i uczelniach technicznych. Należy podać wykaz co najmniej 50 placówek stosujących oferowany system."
W tabeli nr 1 w Szczegółowych opisach sprzętu komputerowego lub oprogramowania dla
a) Branży Mechanicznej (BI) przy „komputer - stacja robocza z monitorem'', lp. 4, pozycje 8 i 112, w określeniu Typ: komputer stacjonarny, zawarto wymaganie „W ofercie wymagane jest podanie modelu, symbolu oraz producenta"
b) Branży Samochodowej (B2) przy „komputer - stacja robocza z monitorem", pozycje: 15, 32, 69, 89, 116, 165, 183, 200, 242, 276, 346.
c) Branży Elektryczno- Energetycznej (B3) przy „komputer - stacja robocza z monitorem", lp. 1 pozycje: 3, 60, 105, 180, w określeniu Typ: komputer stacjonarny, zawarto wymaganie „W ofercie wymagane jest podanie modelu, symbolu oraz producenta"
d) Branży Mechatroniczno- Elektronicznej (B4) przy: • „komputer - stacja robocza z monitorem", lp. 1 pozycje: 59, 265, • „komputer - stacja graficzna z monitorem", lp. 2 pozycje: 2, 235, w określeniu Typ: komputer stacjonarny, zawarto wymaganie „W ofercie wymagane jest podanie modelu, symbolu oraz producenta"
e) Branży Informatycznej (B6) przy: • „komputer - stacja robocza z monitorem", lp. 3, pozycje: 43, 78, 122, 123, 207, 242, 264, • „komputer - serwer z Windows SBS", lp. 5, pozycje: 2, 11, 42, 166, 175, 206, • „komputer - stanowisko nauczycielskie", lp.6 pozycje: 3, 44, 79, 89, 208, 243, 265, • „komputer - serwer stanowiskowy", lp. 4 pozycje: 12, 167, 176, w określeniu Typ: komputer stacjonarny odpowiednio serwer sieciowy, zawarto wymaganie „W ofercie wymagane jest podanie modelu, symbolu oraz producenta"
f) Branży Turystycznej (B7) przy „komputer - stacja robocza z monitorem", lp. 2 pozycje: 70.

71, 78, 98, 116, 117, 236, 428, 519, 542, 558, 587, 641 w określeniu Typ: komputer

stacjonarny, zawarto wymaganie „W ofercie wymagane jest podanie modelu, symbolu oraz producenta”
W tabeli nr 1 – Szczegółowego opis sprzętu komputerowego (B2) lp. 4 poz. 344 na str. 6 tiret 5 dla podręczników dołączonych do oprogramowania CAD/CAM/CNC zawarto wymaganie „Do systemu powinny być dołączone podręczniki towarzyszące dopuszczone do użytku szkolnego przez Ministerstwo Edukacji Narodowej. Podać numer dopuszczenia.”
Przedmiotem zamówienia jest zgodnie z rozdziałem III siwz jest wyposażenie 415 Pracowni w specjalistyczny, szczegółowo określony sprzęt do prowadzenia zajęć dydaktycznych w siedmiu branżach (dyscyplinach) kształcenia zawodowego. Pracownie są zlokalizowane w Centrach Kształcenia Zawodowego albo w ich filiach. Centra/Filie utworzone są na bazie istniejących wybranych palcówek edukacyjnych (szkół i placówek kształcenia zawodowego) na terenie dziewięciu powiatów na terenie Dolnego Śląska. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 2 do siwz.
W rozdziale Vi siwz pkt. 3 zamawiający określił wymagania dotyczące dokumentu wadium : „W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja musi być gwarancją nieodwołalną, bezwarunkową i płatną na pierwsze żądanie Zamawiającego, sporządzoną zgodnie z obowiązującym prawem. Winna ona zawierać następujące elementy:
1) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib,
2) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją,
3) kwotę gwarancji,
4) zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego.”
Zgodnie z rozdziałem VIII. Pkt 6 siwz oferta musiała zawierać :
1) wypełniony „Formularz oferty”, którego wzór stanowi załącznik nr 1 do siwz,
2) stosowane pełnomocnictwa – w przypadkach wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu.
Zamawiający zalecił, aby oferta zawierała także potwierdzenie wniesienia wadium, zgodnie ze wskazaniami rozdziału VI do siwz.
W rozdziale X zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny oferty i wskazał, że cena oferty jest wartością brutto całego przedmiotu zamówienia, podana w „Formularzu oferty” (załącznik nr 1 do siwz) i ma charakter ryczałtowy. Cena podana w ofercie powinna być ceną kompletną i jednoznaczną i stanowić całkowite wynagrodzenie Wykonawcy za wykonywanie obowiązków umownych w pełnym zakresie – obejmować łączną wycenę wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, wskazanych w siwz. Cena oferty musi być wyrażona w złotych polskich (PLN), wraz z wyodrębnieniem, z dokładnością do drugiego

miejsca po przecinku, wartości netto oraz stawki podatku VAT. Powinna być podana liczbowo i słownie. Cena podana w ofercie musi uwzględniać wszelkie zobowiązania związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wynikające z siwz, a w szczególności ze wzoru umowy, oraz obejmować wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.
Siwz zawierała następujące załączniki:
1. Załącznik nr 1 – Formularz oferty,
2. Załącznik nr 2 – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do Istotnych postanowień umowy),
3. Załącznik nr 3 – Istotne postanowienia umowy.
Zgodnie z § 1 ust. 6 wzoru umowy załącznik nr 1 do umowy składa się z czterech części :
- cz. I – rodzaje pracowni do jakich ma być dostarczany sprzęt,
- cz. II – lokalizacja Centrów i Filii,
- cz. III – szczegółowy opis sprzętu do wyposażenia pracowni,
- cz. IV (§ 4 ust. 7) – jest uszczegółowieniem części III Załącznika nr 1 i stanowi Wykaz sprzętu podlegającego dostawom, przygotowany przez Dostawcę na podstawie Opisu

Przedmiotu Zamówienia. W przedstawionym przez Dostawcę wykazie zawarte będą parametry Sprzętu, który dostarczy dostawca, podane jego marki oraz istotne cechy. Wykaz wykonany będzie według systematyki cz. III Załącznika nr 1, tj. w rozbiciu na poszczególne branże oraz Pracownie. Sprzęt wymieniony w cz. IV Załącznika nr 1 musi być zgodny z Opisem przedmiotu zamówienia i nie może odbiegać od wymogów minimalnych wskazanych w cz. III Załącznika nr 1. Jeśli w cz. IV Załącznika nr 1. Jeśli w części IV Załącznika nr 1 nie zostaną wskazane parametry któregokolwiek z przedmiotów objętych dostawami, to przyjmuje się, że Sprzęt ten ma dokładnie takie wymogi, jakie opisano w części III załącznika nr 1.
W § 2 ust. 6 wzoru umowy dostawca miał zapewnić, że przedłożył Liderowi (Zamawiającemu) wykaz Sprzętu podlegającego dostawom (opisany w §1 pkt 7, a stanowiący część IV Załącznika nr 1), który zawiera szczegółowe parametry Sprzętu, przy czym parametry te spełniają minimalne wymagania postawione w siwz, elementom wyposażenia Pracowni.
W dniu 21 stycznia 2012r. zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 2 o treści „Otrzymaliśmy także załącznik „MCKZ_zal1_czIV- którego tytuł brzmi „Wykaz Sprzętu podlegającego dostawom", niestety ten nie zawiera żadnej treści (jest pusty), zamawiający odpowiedział „Załącznik zostanie- zgodnie z zapisem rozdz. XII pkt 3 SIWZ – uzupełniony przez Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą o sprzęt, który zostanie dostarczony w ramach realizacji umowy o zamówienie publiczne. W związku z wątpliwościami Wykonawców, informuję ze wszelkie certyfikaty, deklaracje zgodności oraz

inne dokumenty i oświadczenia, o których mowa w Załącznikach do SIWZ oraz Umowy, mają zostać załączone do dostarczonego sprzętu. Prosimy nie dołączać powyższych do Oferty."
W dniu 22 lutego 2012r. zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 33 o treści „Czy zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 03.02.2012 na odwołanie (dot. KIO 164/12) oraz stanowiskiem przedstawionym na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu06.02.2012 oraz zapisami par.1 pkt 7 „Istotnych postanowień umowy „ należy rozumieć, że złożenie przez Wykonawcę wypełnionego załącznika nr 1 cz. 4 do Umowy nie jest warunkiem niezbędnym do zawarcia przez strony umowy?
Zamawiający wyjaśnił, że złożenie przez wykonawcę wypełnionej części IV załącznika nr 1 do umowy nie jest warunkiem niezbędnym zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca może ww. części nie wypełniać, co będzie jednoznaczne z uznaniem przez zamawiającego, że zaoferowany sprzęt ma dokładnie takie wymogi, jakie opisano w części III załącznika nr 1.
W ofercie Innovation Technology Group znajduje się formularz ofertowy wraz z załącznikiem nr 1 do formularza ofertowego, opis aktualny z KRS, adres, osoby kontaktowe, pełnomocnictwo oraz gwarancja przetargowa.
W gwarancji przetargowej zawarto następujące postanowienia dotyczące sposobu realizacji roszczeń wynikających z treści gwarancji :
„Na podstawie niniejszej gwarancji zapłacimy na rzecz Beneficjenta kwotę roszczenia, w terminie 14 (czternastu) dni od dnia otrzymania oryginału pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty, które zawierać będzie oświadczenie Beneficjenta, że żądana kwota jest należna i że zaistniało przynajmniej jedno z opisanych wyżej zdarzeń. Na wezwaniu powinny widnieć podpisy osób właściwie upełnomocnionych do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta. Gwarancja obowiązuje od dnia 27 marca 2012r. do dnia 27 czerwca 2012r. i tylko wezwania otrzymane przez nas w tym terminie będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu gwarancji.
Gwarancja niniejsza wygasa w przypadku:
1) nie doręczenia Gwarantowi wezwania do zapłaty przed terminu obowiązywania gwarancji,
2) wyczerpania sumy gwarancyjnej,
3) gdy oryginał dokumentu niniejszej gwarancji zostanie zwrócony Gwarantowi, przed upływem terminu obowiązywania gwarancji.
Niniejsza gwarancja powinna być zwrócona na adres siedziby Towarzystwa Ubezpieczeń Euler Hermes S.A., po upływie terminu jej ważności, jak również w przypadku unieważnienia przetargu, odrzucenia przedmiotowej oferty lub w przypadku zaspokojenia wszelkich roszczeń Beneficjenta z gwarancji. Wierzytelność z tytułu niniejszej gwarancji nie może być

przedmiotem przelewu na rzecz osoby trzeciej. Do rozstrzygania wszelkich sporów zastosowanie będzie miało prawo polskie. Wszelkie spory wynikające z niniejszej gwarancji będą rozstrzygane przez Sąd właściwy dla Towarzystwa Ubezpieczeń Euler Hermes S.A."

Pismo z dnia 17 stycznia 2006r. Pierwszego Urzędu Skarbowego w Gdańsku znak PZ/415-156/05 i pismo z dnia 30 grudnia 2009r. Izby Skarbowej w Warszawie znak IPPP3/443-1069/09-2/JK służą potwierdzeniu okoliczności bezspornej pomiędzy stronami tj., tego, ze do dostaw dla palcówek oświatowych sprzętu komputerowego ma zastosowanie obniżona stawka podatku VAT – 0%.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek wynikających, z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta nie została uznana przez zamawiającego za podlegającą odrzuceniu. Został on sklasyfikowany w rankingu ofert na drugiej pozycji, zaś jego zarzuty zmierzają do wyeliminowania oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Tym samym w przypadku potwierdzenia się zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy, odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Może także ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z realizacji zamówienia. Izba nie podziela stanowiska przystępującego, co do braku interesu odwołującego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy wobec faktu, iż oferta odwołującego oferuje cenę wyższą niż kwota, którą zamawiający ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przede wszystkim na dzień wnoszenia odwołania nie była znana kwota, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta, co wynika wprost z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, nie musi być tożsama z kwotą, którą zamawiający ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą podaje podczas otwarcia ofert. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie dopiero wówczas, gdy:

1. oferta najkorzystniejsza lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – oferta odwołującego na moment wnoszenia odwołania nie jest ani ofertą najkorzystniejszą, ani ofertą z najniższą ceną,
2. zamawiający nie może zwiększyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty – przystępujący nie wykazał, że

zamawiający takiej możliwości nie ma.

Tym samym przystępujący oczekuje uznania braku interesu odwołującego w sytuacji przyszłego i niepewnego unieważnienia postępowania o przedmiotowe zamówienie. W ocenie Izby na datę wniesienia odwołania możliwe jest dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w tym konkretnym postępowaniu o zamówienie i brak jest podstaw do przyjęcia, że zamawiający unieważni przedmiotowe postępowanie. Tym samym przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została przez odwołującego spełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Innovation Technology Group S.A., zwanej dalej „ITG", pomimo tego, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że zamawiający do oferty nie wymagał załączenia załącznika nr 1 do istotnych postanowień umownych cz. IV. Wynika to wprost z odpowiedzi na pytanie 2 z dnia 21 stycznia 2012r. oraz odpowiedzi na pytanie 33 z dnia 22 lutego 2012r. Jednocześnie obowiązkowymi dokumentami, jakie należało do oferty załączyć były formularz oferty i pełnomocnictwa (rozdział VIII siwz). W ocenie Izby oznacza, to że obowiązek podawania modeli, typów, producenta występował wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca oferował sprzęt odbiegający od opisanego przez zamawiającego, ale

spełniający wymagania minimalne. Natomiast, gdy wykonawca oferował sprzęt taki sam, jak opisał to zamawiający, nie musiał ani wypełniać załącznika nr 1 cz. IV, ani osobno podawać tych informacji, w jakimś dodatkowym dokumencie. Co więcej z odpowiedzi na pytanie nr 2 wynika, że oświadczenia wymagane załącznikami do siwz oraz do umowy nie miały być przez wykonawców załączane do ofert. Takimi oświadczeniami, w tym konkretnym przypadku oświadczeniami wiedzy, są właśnie informacje na temat modelu, czy producenta. Z odpowiedzi na pytanie nr 33 wynika, że zamawiający stwierdzając brak części IV załącznika nr 1 domniemywał, że zaoferowany sprzęt jest zgodny z jego wymaganiami, a nadto, że złożenie tego załącznika nie jest warunkiem niezbędnym do zawarcia umowy. Takie potwierdzenie zamawiającego wskazuje, że na pewno na etapie składania oferty załączenie wypełnionej części IV załącznika nr 1 do oferty nie było wymagane. Stanowisko to potwierdziła także Izba w wyroku w sprawie sygn. akt KIO 164/12. Tym samym brak podania informacji o modelu, typie i producencie sprzętu komputerowego nie może być uznany za niezgodność treści oferty z treścią siwz, jeżeli podanie tych danych było fakultatywne i dotyczyło tylko wykonawców, oferujących sprzęt odbiegający od wymogów zamawiającego, a nadto nie było wymagane na etapie składania ofert. Z tych względów

zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w odniesieniu do pozycji opisanych w tabeli 1, a wskazanych w odwołaniu w pkt. 2 a, b, c, d, e i f nie potwierdził się. Co do zarzutu dotyczącego nie podania w ofercie wykazu 50 placówek korzystających z zaoferowanego systemu oprogramowania obrabiarek CNC, to z treści załącznika nr 2 poz. 8 i 112 nie wynika, że informacje na temat placówek stosujących system miały być podane w ofercie, brak jest takiego wyraźnego wskazania w załączniku nr 2. Wobec niejednoznaczności siwz, co do momentu powstania obowiązku udokumentowania stosowania systemu przez placówki oświatowe, nie można wykluczyć, że wolą zamawiającego było uzyskanie tej wiedzy na etapie podpisania umowy. O tym, że taka interpretacja jest uprawniona świadczą powołane już wyżej postanowienia rozdziału VIII określające dokumenty, jakie ma zawierać złożona oferta oraz odpowiedź na pytanie nr 2 z dnia 21 stycznia 2012r. Wśród dokumentów, które wykonawca ma załączyć do oferty, nie ma wykazu placówek wykorzystujących wdrożony system (oprogramowanie) obrabiarek CNC. Wykaz placówek jest oświadczeniem wiedzy wynikającym z załącznika nr 2 do siwz, a zatem oświadczeniem, którego zamawiający nakazał nie załączać do oferty. Z tego względu również zarzut opisany w pkt 1 odwołania nie potwierdził się. Izba w analogiczny sposób oceniła zarzut dotyczący nie podania numeru dopuszczenia do użytku szkolnego nadanego przez Ministerstwo Edukacji Narodowej dla podręczników dołączonych do oprogramowania CAD/CAM/CNC - wymaganie zawarto w Tabeli nr 1 - Szczegółowy opis sprzętu komputerowego lub oprogramowania dla branży samochodowej (B2) - str. 6. Również w przypadku numeru dopuszczenia zamawiający nie określił w tabeli nr 1 do siwz momentu, na jaki należało złożyć oświadczenie wiedzy o nadaniu takiego numeru i jego liczbie. Tym samym także w tym przypadku ma zastosowanie odpowiedź na pytanie nr 2 z dnia 21 stycznia 2012r., z której wprost wynika, ze oświadczenia tego nie należy załączać do oferty. Mając na uwadze powyższe należało uznać, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ITG pomimo tego, iż zawiera błędy w obliczeniu ceny,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Bezsporne jest między stronami, że w postępowaniu miały zastosowanie stawki podatku VAT w wysokości 23% i 0%. Bezsporne jest również, że do sprzętu komputerowego dostarczanego dla celów oświatowych należało zastosować stawkę obniżoną 0%. Spór natomiast sprowadza się do tego, że odwołujący twierdzi, iż ITG zastosowała obniżoną stawkę podatku VAT nie do wszystkich sprzętów komputerowych oferowanych w postępowaniu, do których należało ją zastosować, a contrario do niektórych sprzętów komputerowych dla placówek oświatowych, zdaniem odwołującego, przystępujący

zastosował błędnie podstawową stawkę podatku VAT zamiast stawki obniżonej zero. Odwołujący wywodził tę okoliczność z wielkości wyliczonej przez niego kwoty netto będącej

sumą cen jednostkowych wszystkich sprzętów, dla których przystępujący zastosował stawkę 0%. Jednakże odwołujący nie wykazał w stosunku do jakiego sprzętu komputerowego, w jego ocenie odwołujący zastosował błędnie stawkę podstawową, ani nie wykazał, że przystępujący nie popełnił omyłki i nie pominął przy obliczeniu ceny ryczałtowej części zamówienia, które należało zaoferować. Odwołujący wreszcie nie wykazał, że przyjęta przez niego cena zestawu komputerowego stancjonarnego nie może wynosić mniej niż podana przez niego wartość 2500 zł. Tym samym w ocenie Izby odwołujący nie udowodnił ponad wszelką wątpliwość, że przystępujący popełnił błąd w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT w stosunku do części oferowanego sprzętu komputerowego. W ocenie Izby możliwe są co najmniej trzy sytuacje stanowiące wytłumaczenie różnicy pomiędzy ofertą odwołującego i przystępującego w proporcji ceny netto odnoszącej się do towarów objętych stawką obniżoną do ceny netto odnoszącej się do towarów i usług objętych stawką podstawową :

1. popełnienie przez przystępującego błędu w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie stawki podstawowej do towarów objętych stawką obniżoną,
2. złożenie przez przystępującego oferty prawidłowo skalkulowanej obejmującej całość przedmiotu zamówienia, ale przy zastosowaniu cen jednostkowych na towary objęte stawką obniżoną znacząco niższych od tych, które odwołujący przyjął w swojej ofercie, co nie jest prawnie zakazane, a odwołujący nie podnosił zarzutu zaniechania odrzucenia oferty zawierającej cenę rażąco niską,
3. złożenie oferty na całość przedmiotu zamówienia, ale omyłkowe pominięcie przy kalkulacji ceny ofertowej – ryczałtowej części przedmiotu zamówienia, do którego ma zastosowanie stawka obniżona. Taka sytuacja jak przyznał sam odwołujący na rozprawie nie skutkuje odrzuceniem oferty, ale obciążeniem przystępującego ryzykiem konieczności wykonania całości przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę ryczałtową.

Z powyższej analizy wynika, że na podstawie danych wskazanych w odwołaniu odwołujący nie udowodnił, że jedyną przyczyną skalkulowania ceny netto oferty odwołującego odnoszącej się do towarów objętych stawką obniżoną na poziomie ok. 774 tys. złotych jest błąd w obliczeniu ceny. W konsekwencji odwołujący nie podołał spoczywającemu na nim z mocy art. 190 ust. 1 ustawy ciężarowi dowodowemu. To bowiem odwołujący z twierdzenia o istnieniu w ofercie przystępującego błędu w obliczeniu ceny wywodził skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego i wadliwy wybór tej oferty, który miałby powodować uwzględnienie jego odwołania. Brak zatem dowodu zaistnienia błędu w obliczeniu ceny w ofercie

przystępującego powoduje, że zarzut należało oddalić. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że odwołujący był reprezentowany przez profesjonalistę, nie był zatem nieudolny w zakresie przebiegu procedury odwoławczej i wynikających z niej uprawnień i obowiązków (w tym obowiązków dowodowych) stron postępowania odwoławczego. Art. 190 ust. 2 ustawy przewiduje uprawnienie Izby do dopuszczenia dowodu z urzędu, ale nie jest to ustawowy obowiązek Izby. Izba stoi na stanowisku, że postępowanie przed Izbą jest kontradyktoryjne i to strony zobowiązane są do dowodzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, zaś dowód z urzędu może być przeprowadzony jedynie w wyjątkowych okolicznościach, tj. w sytuacji, gdy bez jego przeprowadzenia nie jest możliwe rozpoznanie sprawy, a dowód jest możliwy do zidentyfikowania przez Izbę oraz strona, która powinna go powołać jest nieudolna w procedurze odwoławczej. Izba natomiast nie jest ani uprawniona, ani zobowiązana poszukiwać dowodu za strony.

Izba ponadto stoi na stanowisku, że na podstawie postanowień przedmiotowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie było obowiązku podawania jakie stawki podatku zastosowano w odniesieniu do poszczególnych towarów czy usług, ani nie było obowiązku podawania cen jednostkowych, czy przedstawiania sposobu kalkulacji ceny, czy tez kosztorysu. Zamawiający wprawdzie udostępnił wykonawcom kalkulator cenowy, na potrzeby przedmiotowego zamówienia, jednakże wyraźnie w siwz zaznaczył, ze jego zastosowanie nie jest obowiązkowe, ma on wyłącznie charakter pomocniczy i zamawiający nie wymagał załączenia do oferty wydruków z tego kalkulatora. Tym samym oczekiwanie odwołującego, że zamawiający na obecnym etapie postępowania będzie wyjaśniał, jakie ceny jednostkowe i jakie stawki podatku zastosował przystępujący, nie ma oparcia w postanowieniach siwz (których odwołujący przed upływem terminu składania ofert nie

kwestionował – okoliczność bezsporna). Zatem również postulat odwołującego, aby Izba nakazała takie badanie zamawiającemu nie ma odzwierciedlenia w przepisach ustawy. Brak jest ustawowego wzorca sposobu obliczenia ceny, wzorzec ten zgodnie art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy ma podać w siwz zamawiający, tym samym jeśli odwołujący uważał, ze podany przez zamawiającego sposób obliczenia ceny nie pozwala na weryfikację ofert pod względem przesłanki odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, powinien był skarżyć takie postanowienia siwz. Oczekiwanie odwołującego, że Izba nakaże zamawiającemu badanie oferty przystępującego co do zastosowanie do poszczególnych towarów i usług stawki podatku VAT stanowi także, w ocenie Izby, nieuprawnioną próbę rozszerzenia zarzutów odwołania o zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie zwrócenia się do przystępującego o wyjaśnienie do jakich pozycji sprzętowych jaka zastosował stawkę podatku i jakie zaoferował ceny jednostkowe.
Mając na uwadze powyższe Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia ITG, pomimo, że nie wniosła ona wadium.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający określił w rozdziale VI pkt. 3 wymagania minimalne co do treści jaką powinna zawierać gwarancja wadialna. Odwołujący powoływał się na to, że w jego ocenie przystępujący przedłożył gwarancję ubezpieczeniową, która nie jest bezwarunkowa i nieodwołalna raz płatna na pierwsze żądanie zamawiającego oraz zgodna z obowiązującym prawem. Naruszeń tych wymogów zamawiającego odwołujący upatrywał przede wszystkim w zakazie cesji wierzytelności z gwarancji ubezpieczeniowej. Izba stoi na stanowisku, że zakaz cesji wierzytelności nie oznacza, że gwarancja jest gwarancją warunkową, czy odwołalną albo sprzeczną z obowiązującym prawem. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę stron na funkcje, jakie w postępowaniu o zamówienie publiczne pełni wadium. Wadium jest warunkiem uczestnictwa w przetargu – gdyż wykonawca, który nie wniósł wadium podlega wykluczeniu z postępowania oraz wadium pełni funkcję zabezpieczającą złożonej oferty – vide wyrok SN z dnia 24 marca 2011r. sygn. akt I CSK 448/10. W wyroku tym SN stwierdził : „Instytucja wadium została kompleksowo uregulowana w art. 70_4 KC. Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji wadium, a zatem należy przyjąć tę objętą art. 70_4 § 1 KC w związku z art. 14 ZamPublU, gdzie za wadium uznaje się sumę pieniężną lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, wnoszone pod rygorem niedopuszczenia do udziału w przetargu. Z istoty wadium wynika, że zabezpiecza ono złożoną ofertę do momentu zawarcia umowy, a zatem przez cały okres związania ofertą. Ponadto spełnia ono funkcje: stworzenia bariery finansowej zapewniającej przystąpienie do przetargu jedynie podmiotów rzeczywiście zainteresowanych, zapewnienia odszkodowania zastrzeżonego na wypadek uchylania się przez wybranego wykonawcę od zawarcia umowy oraz kompensacyjną, jako zryczałtowanego odszkodowania. Realizacja zabezpieczającej funkcji wadium polega na tym, że jeżeli od zawarcia umowy uchyla się wykonawca, którego oferta została wybrana, to zamawiający może pobraną jako wadium sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia zapłaty wadium. Funkcja kompensacyjna polega na tym, że w razie odmowy zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, zamawiający może zaspokoić swoje roszczenia wyłącznie przez zatrzymanie wadium albo przez zaspokojenie z przedmiotu zabezpieczenia wadium.” Oznacza to, ze wadium ma służyć zaspokojeniu roszczeń zamawiającego (a nie innych podmiotów), roszczeń które mogą powstać na skutek przede wszystkim uchylenia się wykonawcy od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym zakaz cesji wierzytelności z gwarancji

ubezpieczeniowej nie powoduje ograniczenia uprawnień zamawiającego wynikających z funkcji gwarancyjnej wadium. W dalszym ciągu może on wystąpić do gwaranta o wypłatę należnej mu sumy gwarancyjnej w przypadku zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium, które to wadium zabezpiecza. Jedynie w drodze analogii gwarancji ubezpieczeniowej do gwarancji wadialnej należy wskazać na treść art. 82 pr. bankowego, która wprost zakazuje cesji wierzytelności z gwarancji bankowej bez jednoczesnego przeniesienia samej

wierzytelności zabezpieczonej gwarancją. Tym samym należy uznać, że postanowienie gwarancji wadialnej w ofercie przystępującego, co do zakazu cesji wierzytelności nie jest sprzeczne z prawem, ani nie ogranicza zamawiającego w dochodzeniu roszczeń z gwarancji. Co do właściwości umownej określonej w gwarancji ubezpieczeniowej przystępującego, również Izba nie dopatrzyła się w niej podstawy odwołania gwarancji, warunkowości czy sprzeczności z prawem. Fakt wniesienia przez zamawiającego sporu z gwarancji do sądu miejscowo niewłaściwego według umowy gwarancyjnej nie spowoduje wygaśnięcia roszczeń gwarancyjnych, ani ich odwołania. Spory z gwarancji ubezpieczeniowej nie są także objęte właściwością wyłączną wynikającą z przepisów prawa, tym samym Izba nie uznała, że postanowienia gwarancji ubezpieczeniowej dotyczące właściwości umownej stanowią podstawę do uznania, że przystępujący nie wniósł gwarancji. Co do sposobu powiadomienia o roszczeniu z gwarancji, to Izba uznała, ze również w tym zakresie nie ma podstaw do przyjęcia, że gwarancja nie zabezpiecza roszczeń zamawiającego wynikających z art. 46 ust. 4a czy art. 46 ust. 5 ustawy. Bezsporne jest bowiem, że termin związania ofertą upływa 24 czerwca 2012r. (przyznał to odwołujący w odwołaniu), a gwarancja ma zabezpieczać okres od terminu składania ofert do upływu terminu związania ofertą – art. 85 ust. 4 ustawy. Gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez przystępującego zabezpiecza okres dłuższy niż termin związania ofertą, bowiem do dnia 27 czerwca 2012r., zatem nawet jeśli odmowa podpisania umowy nastąpiłaby w ostatnim dniu okresu związana ofertą, to i tak zamawiający może jeszcze w ciągu trzech kolejnych dni zgłosić swoje roszczenie. Termin trzydniowy w ocenie Izby nie stanowi dla zamawiającego bariery do skutecznego i zgodnego z gwarancją zgłoszenia roszczenia gwarancyjnego. Obecnie możliwości komunikacyjne, jak i obieg przesyłek pocztowych czy kurierskich daje możliwość realnego zachowania tego terminu. Z tych względów Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, gdyż uznała, że przystępujący wniósł skutecznie i zgodnie z wymaganiami zamawiającego wadium.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego. Izba obciążyła odwołującego kosztami postępowania w wysokości uiszczonego wpisu zgodnie z § 3 pkt 1oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący ……..

Członkowie: ……..

……..