

**KRZESZEWSKI & PARTNERZY**

Warszawa, dnia 6 listopada 2015 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**ul. Postępu 17a****02-676 Warszawa**

Zamawiający: Województwo Podlaskie
Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego
w Białymstoku
ul. Kard. S. Wyszyńskiego 1
15-888 Białystok
e-mail: zamowienia.publiczne@wrotapodlasia.pl
fax: 85 665 46 42; tel.: 85 665 45 51

Odwołujący: Green Operator Sp. z o.o.
ul. Cypryjska 2G,
02-761 Warszawa

reprezentowany przez: radcę prawnego Szymona Brożyńskiego
Kancelaria Prawna Krzeszewski & Partnerzy
Aleja Niepodległości 124 lok. 5
02-577 Warszawa
e-mail: s.brozynski@krzeszewski.com
fax: 22 100 44 59, tel.: 22 100 44 58

ODWOŁANIE

Dotyczy: „Dostawa i wdrożenie urządzeń warstwy aktywnej w ramach projektu Sieć Szerokopasmowa Polski wschodniej – województwo podlaskie”

Nr zamówienia: OR-II.272.12.2015



KRZESZEWSKI & PARTNERZY

Działając w imieniu spółki Green Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, przy ul. Cypryjskiej 2G, 02-761 Warszawa, wpisanej do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000497630, o numerze identyfikacji podatkowej NIP 5213665849, REGON 147094429 (dalej jako „Odwołujący” albo „Green Operator”), na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), dalej jako „ustawa PZP”, niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zamówienie pn. „Dostawa i wdrożenie urządzeń warstwy aktywnej w ramach projektu Sieć Szerokopasmowa Polski wschodniej – województwo podlaskie”, znak OR.VII.272.12.2015, oraz zaniechania czynności, do których podjęcia w ww. postępowaniu Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy PZP, tj.:

- a) czynności odrzucenia oferty Odwołującego, mimo iż treść jego oferty jest zgodna z ustawą PZP,
- b) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę – Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o., mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- c) zaniechania wykluczenia wykonawcy – Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group sp. z o.o.,
- d) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group sp. z o.o.

Odwołujący wnosi odwołanie, wobec niezgodnych z prawem czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP – poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, mimo iż Zamawiający nie wezwał Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, wobec czego nie miał podstaw do stwierdzenia, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z ustawą PZP;
- b) art. 87 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 91 ust. 3a ustawy PZP – poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, iż Zamawiający nie jest obowiązany do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP, pomimo



KRZESZEWSKI & PARTNERZY

- nieprzedłożenia przez Odwołującego informacji w zakresie obowiązku podatkowego powstającego po stronie Zamawiającego;
- c) art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 91 ust. 3a ustawy PZP - poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu dokonania poprawienia w treści złożonej przez Odwołującego oferty oczywistej omyłki pisarskiej w zakresie określenia w formularzu oferty odpowiedniej informacji o obowiązku podatkowym powstałym po stronie Zamawiającego;
- d) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 91 ust. 3a ustawy PZP - poprzez jego niezastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu dokonania poprawienia w treści oferty omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, lecz niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a mianowicie na sprecyzowaniu czy cena wskazana w formularzu oferty z podatkiem VAT uwzględnia mechanizm „odwrotconego VAT” i co do jakiego zakresu towarów ma to zastosowane, obciążając tym samym Zamawiającego obowiązkiem jego rozliczenia;
- e) art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 91 ust. 1 ustawy PZP - poprzez nierówne traktowanie wykonawców i dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu;
- f) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy – Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o., pomimo niewykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- g) art. 7 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group sp. z o.o., pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów PZP Odwołujący wnosi o:

- I. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:
- a) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Comp S.A. oraz Infinity Group Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;



KRZESZEWSKI & PARTNERZY

- c) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w szczególności:
 - i. dokonania czynności odrzucenia oferty konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o., względnie wykluczenia konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty;
 - ii. dokonania czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem procedury przewidzianej przepisem art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 oraz 3 ustawy PZP w zakresie oferty Odwołującego;
 - d) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.
- II. zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Odwołującego wg norm przepisanych.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przekazane Odwołującemu w dniu 27 października 2015 r., wobec czego niniejsze odwołanie wnoszone jest z zachowaniem w terminie wynikającego z ustawy PZP.

Odwołujący podnosi, że przysługuje mu legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy PZP ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż Zamawiający w wyniku naruszenia przepisów ustawy niesłusznie odrzucił ofertę Odwołującego i dokonał wyboru wykonawcy Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o. pomimo, że podmiot ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia a także pomimo, że jego oferta nie odpowiadała treści SIWZ. Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w rezultacie jego realizacji. Oferta Odwołującego jest pierwszą w kolejności ofertą, w związku z powyższym, w przypadku uwzględnienia odwołania będzie ona najkorzystniejszą ofertą w świetle kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu, tj. kryterium ceny oraz skrócenia terminu dostawy i instalacji.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 2 września 2015 r., numer ogłoszenia 2015/S 169-307945.



KRZESZEWSKI & PARTNERZY

UZASADNIENIE

W dniu 27 października 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o rozstrzygnięciu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego zamówienie pn. „Dostawa i wdrożenie urządzeń warstwy aktywnej w ramach projektu Sieć Szerokopasmowa Polski wschodniej – województwo podlaskie”, tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z ustawą PZP, a także o wykluczeniu z postępowania Konsorcjum firm: Sotronic Sp. z o.o. i Viatelecome Sp. z o.o. i odrzuceniu oferty rzeczonoego Konsorcjum.

- I. **W kwestii nieuzasadnionego odrzucenia oferty Green Operator Sp. z o.o. przez Zamawiającego, Odwołujący podnosi następująco.**

W odniesieniu do oferty Green Operator Sp. z o.o., Zamawiający stwierdził, iż wobec niespełnienia przez Odwołującego obowiązku informacyjnego określonego w art. 91 ust. 3a ustawy PZP w postaci niezłożenia wraz z ofertą oświadczenia wykazującego czy wybór oferty Odwołującego prowadzi do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, oferta jest niezgodna z ustawą PZP.

Zamawiający wyjaśnił, iż w jego ocenie nie ma podstaw prawnych do wezwania Odwołującego do uzupełnienia tego braku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, bowiem informacja ta nie mieści się jego zdaniem w katalogu oświadczeń i dokumentów określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, w związku z czym zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym trybie.

Odwołujący podnosi, iż stanowisko Zamawiającego jest chybione.

W dniu 4 maja 2015 roku została ogłoszona ustawa z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych, (Dz. U. z 2015 poz. 605, dalej „ustawa zmieniająca”), która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 roku. Ustawa ta m. in. rozszerzyła procedurę tzw. „odwróconego VAT” na obrót m. in. takimi towarami jak komputery przenośne.



KRZESZEWSKI & PARTNERZY

„Odwrócony VAT” jest procedurą, która przewiduje, że to nabywca, a nie dostawca, zobowiązuje się do odprowadzenia podatku. Zgodnie z wprowadzonymi zmianami podatek należny od transakcji jest rozliczany przez nabywcę, pod pewnymi warunkami (które muszą wystąpić łącznie), tj.: dostawca i nabywca są czynnymi podatnikami VAT, sprzedawany towar nie jest objęty zwolnieniem, towar jest wymieniony w załączniku nr 11 do ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r., a sprzedaż towarów następuje w ramach tzw. jednolitej gospodarczo transakcji obejmującej te towary oraz przekracza kwotę 20.000 zł. Ponadto w art. 2, ww. ustawa zmieniająca wprowadziła do ustawy Prawo zamówień publicznych art. 91 ust. 3a, który otrzymał następujące brzmienie: *„Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku”.*

Odwołujący podkreśla, że ze złożonej przez niego oferty wynika, iż część przewidywanych dostaw urządzeń będzie spełniała przesłanki określone w ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów (Dz.U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 z późn. zm., dalej jako „ustawa o VAT”) w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą. Zamawiający był świadomy, że w przypadku oferty Odwołującego znajdzie zastosowanie mechanizm odwrotnego obciążenia podatkiem VAT w zakresie dostawy 4 sztuk komputerów z oprogramowaniem. Z tego względu Zamawiający był zobowiązany do zażądania wyjaśnień od Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP, w szczególności gdy ze złożonej oferty wynikało, że Odwołujący podał w formularzu oferty cenę wraz z podatkiem VAT, jednak nie wyszczególnił jaka część tego podatku powinna zostać rozliczona bezpośrednio przez Zamawiającego. Zgodnie bowiem z wyżej przytoczonym brzmieniem przepisu art. 91 ust. 3a ustawy PZP w sytuacji jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, to zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, wobec czego uprzednio Zamawiający powinien ustalić jego wysokość. Biorąc pod uwagę fakt powstania po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego oraz brak informacji od Odwołującego w zakresie jaka część podatku VAT powinna zostać rozliczona bezpośrednio przez Zamawiającego, miał on obowiązek



KRZESZEWSKI & PARTNERZY

zażądania wyjaśnień w celu ustalenia tej kwoty, co umożliwiłoby mu dokonanie oceny oferty. Należy nadmienić, że na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy PZP w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, wobec czego w razie braku informacji w zakresie obowiązku podatkowego dotyczącego mechanizmu odwróconego VAT, określonej w formularzu oferty Zamawiający był zobowiązany wezwać Odwołującego na tej podstawie do ich złożenia. Zgodnie z ustawą PZP wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, jednak nie wyjaśnia trybu działania Zamawiającego, w przypadku gdy wykonawca nie wypełni tego obowiązku. Zdaniem Odwołującego natychmiastowe odrzucenie oferty bez uprzedniego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie należy uznać za zbyt rygorystyczne oraz niezgodne z ustawą PZP. Zamawiający swoim działaniem powinien zmierzać do ustalenia i wyjaśnienia jaką kwotę VAT z podanej przez Odwołującego w ofercie ceny jest zobowiązany odliczyć i samodzielnie się z niej rozliczyć.

Przy założeniu, że wykonawca nie poda informacji w zakresie powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, a obowiązek taki faktycznie istnieje, to informację taką należy uznać za treść oferty. Powyższe potwierdza fakt zawarcia przez Zamawiającego informacji o możliwości powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego, bezpośrednio w formularzu oferty. Zatem skoro Zamawiający miał wątpliwości, co do treści oferty złożonej przez Odwołującego, to obowiązany był zastosować przepis art. 87 ust. 1 ustawy PZP i zwrócić się o złożenie wyjaśnień do Odwołującego. Tymczasem Zamawiający nie wezwał Odwołującego tylko odrzucił jego ofertę uznając ją za niezgodną z ustawą PZP i tym samym naruszając jej zasady.

W wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2010 r., X Ga 7/10, wskazano:

„Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty”.

Nadto, w ocenie Odwołującego brak takiej informacji (oświadczenia) mógłby zostać konwalidowany również w trybie art. 87 ust. 2 ustawy PZP, poprzez sprostowanie omyłki. Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien poprawić brak informacji w trybie sprostowania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt



KRZESZEWSKI & PARTNERZY

1 ustawy PZP, gdyż występujący brak ma charakter oczywistej omyłki pisarskiej. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, bowiem w formularzu oferty zostało pozostawione miejsce na złożenie właściwego oświadczenia (przez skreślenie nieprawidłowej opcji), a z pozostałej części oferty jasno wynika, jak powinna zostać uzupełniona ta informacja. Wobec niedokonania przekreślenia jednej z opcji, Zamawiający był zobowiązany do skorygowania tej oczywistej omyłki.

Co więcej, oczywistość dokonanej omyłki wynika także z określenia ceny w ofercie, gdzie podano cenę brutto wraz z podatkiem VAT. Na tej podstawie widać, że cały podatek VAT został uwzględniony w ofercie, dane te potwierdza także załączony do oferty formularz cenowy. Zamawiający zatem był zobowiązany do sprostowania niejasności w tym zakresie.

Ponadto, jednym z przypadków, w którym Zamawiający powinien poprawić ofertę jest wystąpienie oczywistych omyłek określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. W sytuacji wystąpienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej jednak istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP) Zamawiający jest zobowiązany do dokonania poprawki. Do błędów które mogą zostać zakwalifikowane do tej kategorii należy uznać brak złożenia wraz z ofertą informacji Green Operator Sp. z o.o. w zakresie powstania obowiązków podatkowych po stronie Zamawiającego, gdyż jednym z elementów SIWZ był Załącznik nr 3 do SIWZ przewidujący informację dla Zamawiającego w zakresie czy wybór składanej oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego. Odwołujący wyraźnie wskazał w przedłożonej ofercie, że cena wynosi 58.969.969,50 zł brutto z VAT. Skoro Zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty złożonej przez Odwołującego, to obowiązany był zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP w celu skorygowania omyłki przez Odwołującego. Tymczasem Zamawiający nie poprawił oferty Odwołującego tylko odrzucił jego ofertę uznając ją za niezgodną z ustawą PZP. Podkreślenia wymaga, że w SIWZ została zawarta informacja, iż obliczanie ceny powinno nastąpić z uwzględnieniem normy płynącej z art. 91 ust. 3a ustawy PZP, z tego względu zastosowanie powinien znaleźć także art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Zaznaczam, iż brak informacji o tym, że Zamawiający nie powinien doliczyć do zaoferowanej przez wykonawcę ceny podatku nie jest istotną zmianą, ponieważ nie ma to wpływu na ostateczny wynik postępowania, gdyż cena oferowana nie ulega zmianie, zagadnienie to dotyczy jedynie kwestii po czyjej stronie leży obowiązek rozliczenia podatku VAT. Informacje te w żaden sposób nie wpływają na zaoferowane świadczenie wykonawcy lub żądane wynagrodzenie (wykonawca zawsze dostanie równowartość ceny brutto oferty). Zamawiający znał cenę zaoferowaną dla każdego urządzenia i mógł samodzielnie



KRZESZEWSKI & PARTNERZY

dokonać obliczenia jaką część podatku VAT określonego w ofercie będzie zobowiązany rozliczyć i dokonać sprostowania omyłki, bądź wezwać Odwołującego do przedłożenia wyjaśnień w tym zakresie, czego zaniechał. Określenie czy powstaje obowiązek podatkowy u zamawiającego nie determinuje ceny jaką zapłaci wykonawcy zamawiający, jedynie ogólny finansowy koszt związany z zamówieniem. W interesie Zamawiającego jest dokonanie sprostowania takiego oświadczenia.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 16 czerwca 2011 r., KIO 1147/11, w którym stwierdzono:

„Brak określonej informacji w ofercie, który może być uzupełniony na podstawie innych danych w niej zawartych, mieści się w pojęciu „omyłka” ujętym w przepisach art. 87 ust. 2 p.z.p.”.

Z uwagi na podanie przez Odwołującego w ofercie ceny z uwzględnieniem VAT, Zamawiający mógł wywnioskować, iż w związku z powstaniem u Zamawiającego obowiązku podatkowego w zakresie 4 szt. komputerów wraz z oprogramowaniem, doszło do instytucji „odwróconego VATu”, a w razie wątpliwości był uprawniony do skorzystania z instytucji wezwania do złożenia wyjaśnień oraz korygowania oczywistych omyłek.

Zdaniem Odwołującego w przypadku braku oświadczenia o powstaniu obowiązku podatkowego u zamawiającego, należy założyć możliwość odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP jako niezgodnej z ustawą PZP, jednak dopiero gdy po wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP, w sytuacji gdy wykonawca nie złoży stosownych wyjaśnień, bądź złożone przez wykonawcę wyjaśnienia będą niewystarczające. Względnie w przypadku zastosowania mechanizmu poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, odrzucenie byłoby możliwe jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP).

Na podstawie powyższych rozważań w ocenie Odwołującego bezsporne jest, że niezamieszczenie w ofercie informacji o powstaniu u Zamawiającego obowiązku podatkowego może być sprostowane na podstawie art. 87 ustawy PZP, a wadliwe zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty Odwołującego, brak poprawy oczywistej omyłki oraz zaniechanie wezwania do wyrażenia zgody na poprawę omyłki, godzi w jego uzasadnione interesy oraz skutkuje powstaniem szkody w postaci braku możliwości zawarcia umowy oraz realizacji przedmiotowego zamówienia.



KRZESZEWSKI & PARTNERZY

Na marginesie Odwołujący wskazuje, iż definicję ceny zawiera art. 2 pkt 1 ustawy PZP, w następujący sposób wyjaśniony przez Sąd Najwyższy:

„Definiując w art. 2 pkt 1 pojęcie ceny, ustawodawca odwołał się do ceny w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), który stanowi, że ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. 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 oraz podatkiem akcyzowym. Podatek ten (VAT) jest więc niewątpliwie składnikiem ceny, elementem, który tworzy cenę brutto i ostatecznie decyduje o jej wysokości” (uchwała SN z dnia 20 października 2011 r., III CZP 53/11).

W rozumieniu ww. przepisu ustawy o cenach, ewentualny błąd w obliczeniu ceny może polegać na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT, tj. stawki sprzecznej z przepisami. Definicja ustawowa ceny nie uwzględniła zaś podatku, jaki powinien doliczyć zamawiający na podstawie art. 91 ust. 3a p.z.p. Zatem brak oświadczenia o obowiązku podatkowym u zamawiającego nie odnosi się do błędu w obliczeniu ceny. Nadto, Odwołujący podkreśla, że określone w ustawie rozumienie pojęcia „ceny” nie pozwala uznać za błąd w obliczeniu ceny niepoinformowanie zamawiającego przez wykonawcę o obowiązku doliczenia do zaoferowanej ceny podatku VAT, ponieważ jeżeli wykonawca doliczył podatek do ceny przedstawionej w ofercie, to wywiązanie się przez niego z obowiązku informacyjnego wobec zamawiającego jest irrelewantne, niezależnie bowiem od tego czy wykonawca odpowiednią informację zamieści, cena z podatkiem VAT pozostanie bez zmian, zostanie jedynie ustalone po czyjej stronie leży obowiązek jego rozliczenia.

- II. Odnosząc się do zarzutów zaniechania wykluczenia Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group sp. z o.o. i odrzucenia oferty ww. Konsorcjum przez Zamawiającego, Odwołujący podnosi następująco.
 - a) Niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.



KRZESZEWSKI & PARTNERZY

Zgodnie z pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”), o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, przy czym Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

- 1 dostawę i instalację (instalacja, wdrożenie lub uruchomienie) sprzętu LAN/WAN (routery, switchy, firewalle) o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 PLN brutto,
- 1 dostawę i instalację (instalacja, wdrożenie lub uruchomienie) sprzętu transmisyjnego DWDM o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 PLN brutto,
- 1 dostawę i instalację (instalacja, wdrożenie lub uruchomienie) sprzętu serwerowego (serwery, macierze danych) o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN brutto, wraz z wykazaniem dowodów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należyście.

Zamawiający w pkt 14 ppkt 1b SIWZ określił, iż należy złożyć Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należyście, zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ.

Wobec czego, w celu potwierdzenia spełniania warunków wiedzy i doświadczenia, wykonawca zobowiązany był do dołączenia do oferty wykazu wykonanych głównych dostaw oddzielnie dla każdego zamówienia, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat realizacji i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, a także wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należyście, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

Dowodami w powyższym zakresie na podstawie pkt 14 ppkt 3 a i b SIWZ powinny być:

- a) poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;



KRZESZEWSKI & PARTNERZY

- b) oświadczenie wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w ppkt 3 lit. a.

Powyższe wymogi, określone w SIWZ stanowią odzwierciedlenie regulacji zawartych w § 1 ust. 1 pkt 3 oraz § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231).

Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o. załączyło do oferty wykaz głównych dostaw wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat, w którym wykazało dostawy realizowane za pomocą własnego doświadczenia na rzecz podmiotów, określając datę realizacji zamówienia oraz jego przedmiot i wartość. Ponadto, oświadczenie to nie zawierało ani miejsca wykonania zamówienia, ani wysokości kontraktu odpowiadającego wysokości wskazanej w załączniku nr 5 tj. w wykazie wykonanych dostaw. W przedłożonej przez ww. Konsorcjum referencji jest jedynie informacja, że wysokość kontraktu przekroczyła 5,9 mln zł jednak brak wyjaśnienia, czego dotyczy ta kwota, czy całego kontraktu, czy tylko części wykonanych dostaw. Natomiast w wykazie wykonanych dostaw wartość brutto przedmiotu tego zamówienia została określona na kwotę powyżej 7 257 mln zł.

Odwołujący podnosi, że Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o. na wykazanie należytego wykonania przedmiotu zamówienia wskazanego w pkt 1 wykazu tj. Małopolska sieć szerokopasmowa – projekt budowy infrastruktury światłowodowej obejmującego dostawę i instalację sprzętu LAN/WAN o wartości nie mniejszej niż 3.000.000,00 PLN brutto oraz dostawę i instalację sprzętu transmisyjnego DWDM o wartości nie mniejszej niż 3.000.000,00 PLN brutto, przedłożył oświadczenie, które nie zawierało daty jego sporządzenia, a z jego treści nie wynikało ile wynosiła wartość tej dostawy. Odwołujący podnosi, iż referencje nie potwierdzają spełnienia przez tego wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż z dokumentu, nie wynika, jakiej dostawy dotyczy to zamówienie, bowiem nie został w jego treści wskazany odbiorca. Braki te nie pozwalają na identyfikację przedmiotu dostawy wskazanej w poz. 1 wykazu z przedmiotem dostaw, którego dotyczy wystawione poświadczenie.

W tym miejscu należy powołać wyrok KIO z dnia 8 maja 2014 r., zapadły w sprawie o sygn. akt KIO 797/14 stanowiące iż:



KRZESZEWSKI & PARTNERZY

„Poświadczenie należytego wykonania usług czy dostaw (w tym także list referencyjny, list polecający), jako dokument potwierdzający realizację konkretnych usług bądź dostaw, powinno zawierać, jako minimum, treść pozwalającą na identyfikację dostawcy, przedmiotu dostawy i odbiorcy. Brak tej identyfikacji w dokumencie złożonym przez wykonawcę uniemożliwia przypisanie temu dokumentowi waleru dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw czy usług przez wykonawcę”.

W ocenie Odwołującego, referencje załączonych do oferty przez Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o. nie można uznać za dowód, że dostawy wskazane przez Konsorcjum w wykazie dostaw przedłożonym w celu potwierdzenia spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia, zostały wykonane należyście. Na podstawie przedłożonego poświadczenia nie sposób bowiem ustalić czy przedmiot dostaw, o których mowa w tym poświadczeniu, jest zbieżny z przedmiotem dostaw wykazanych w wykazie dostaw. Sama zbieżność okresu realizacji dostaw nie pozwala na identyfikację, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, przedmiotu dostaw.

Odwołujący podziela pogląd wyrażony zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, że poświadczenie należytego wykonania dostaw (w tym także list referencyjny, list polecający), jako dokument potwierdzający realizację konkretnych dostaw, powinno zawierać - jako minimum - treść pozwalającą na identyfikację dostawcy, przedmiotu dostawy i odbiorcy (por. Justyna Olszewska-Stompel, Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień i wykaz zamówień dokumentujący doświadczenie i wiedzę wykonawcy w świetle orzecznictwa KIO i judykatury, Legalis, nr 122848).

Wobec czego, należy uznać iż Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o. nie złożyło dowodów potwierdzających, że dostawy wskazane w wykazie zostały wykonane należyście. W ocenie Odwołującego, wykonawca - Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o., tym samym nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, zgodnie z wymogami SIWZ i powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP, a jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP jako niezgodna z treścią SIWZ.



KRZESZEWSKI & PARTNERZY

- b) **Niezgodność z wymaganiami SIWZ - błędne wypełnienie załącznika 3B do oferty Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o. poprzez niezłożenie wymaganej dokumentacji oraz nie podanie miejsca w załączonym dokumencie wskazującego potwierdzany parametr.**

Ponad powyższe, Odwołujący wskazuje na nieprawidłowe wypełnienie przez Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o. załącznika nr 3B do SIWZ, tj. listy warunków szczegółowych OPZ dla poszczególnych urządzeń sieciowych, co doprowadziło do złożenia oferty niezgodnej z SIWZ i naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.

Zgodnie z wymaganiami przedłożonymi w treści SIWZ wykonawca był zobowiązany do każdego parametru urządzenia wykazanego w ofercie załączyć dokument techniczny, lub inny dokument autoryzowany przed producenta lub dystrybutora urządzeń na terenie Polski, o spełnieniu wymagań określonych w tabeli będącej załącznikiem nr 3B do SIWZ. Zgodnie z wytycznymi Zamawiającego określonymi w opisie załącznika 3B do SIWZ w przedkładanym przez wykonawcę dokumencie na wykazanie spełnienia wymagań, musi zostać wskazany dany parametr urządzenia. Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia oświadczeń wykonawców lub podwykonawcy w zakresie spełnienia warunków OPZ oraz wyraźnie wskazał, iż parametry w ostatniej kolumnie tabeli – tj. miejsce w załączonym dokumencie wskazujący dany parametr (strona rozdział, punkt lub wers), muszą zostać precyzyjnie wskazane w dokumencie załączonym na potwierdzenie danego parametru.

Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group sp. z o.o. w tabeli określającej warunki szczegółowe OPZ w pkt od numeru 41 do 44 stanowiącym załącznik nr 3B do SIWZ, wskazało jako rodzaj załączonego dokumentu, złożonego na potwierdzenie parametru: „*zapewnienie przez oferowaną konfigurację sprzętową ZXONE 800*”, natomiast jako miejsce w załączonym dokumencie wskazujące dany parametr, podało „*wynika z architektury systemu i asortymentu kart interfejsów*”.

Odwołujący podnosi, że Konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group sp. z o.o. nie złożyło dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane urządzenia wymagań Zamawiającego. Oferta bowiem powinna zawierać karty katalogowe oraz inne rodzaje dokumentów, których nie można zastąpić wskazanym w tabeli „*zapewnieniem przez oferowaną konfigurację sprzętową ZXONE 800*”. Samo zapewnienie nie może zastąpić dokumentu, bowiem skoro Zamawiający zgodnie z opisem załącznika nie dopuścił złożenia oświadczeń wykonawców lub podwykonawcy w zakresie spełnienia warunków



KRZESZEWSKI & PARTNERZY

OPZ, tym bardziej nie można uznać za wystarczające złożenia samego zapewnienia istnienia danego parametru przez oferowaną konfigurację sprzętową ZXONE 800.

Bez wątpienia w świetle SIWZ konieczne było złożenie dokumentów opisujących oferowany sprzęt i nie wystarczyło ogólne stwierdzenie, iż wymagane wytyczne co do urządzeń zostały zapewnione przez oferowaną konfigurację sprzętową ZXONE 800.

Gdyby przyjąć, że Konsorcjum wypełniło załącznik w sposób prawidłowy, to kolumny tabeli „Rodzaj załączonego dokumentu, złożonego na potwierdzenie parametru oraz miejsce w tym dokumencie wskazujące dany parametr” byłyby zbędne, a cele zapewnienia, takiego jak złożył wykonawca realizowane byłoby przez zawartość wcześniejszej kolumny, zawierającej deklaracje o spełnieniu wymagań.

Podsumowując, wykonawcy zobowiązani byli złożyć dokument potwierdzający deklarowany w formularzu parametr, a zasadniczym sposobem uczynienia zadość temu wymaganiu było złożenie dokumentów technicznych, zaś złożenie samego zapewnienia przez oferowaną konfigurację sprzętową nie było przez Zamawiającego dopuszczone na potwierdzenia spełnienia przez oferowane urządzenia jego wymagań. Katalog dokumentów technicznych, które wykonawcy mogli przedłożyć obejmuje w szczególności karty katalogowe, opisy techniczne, instrukcje oraz inne podobne dokumenty, jednak nie sposób do niego zaliczyć zapewnienia posiadania parametru przez sprzęt, bowiem „zapewnienie” nie obejmuje swoim zakresem pojęcia dokumentu i nie posiada odpowiedniej wartości merytorycznej, którą uzyskać chciał Zamawiający konstruując opis załącznika 3B do SIWZ. Nie sposób przyjąć za wystarczające w świetle załącznika 3B, że ogólne zapewnienie, nie niosące żadnej treści merytorycznej o oferowanych urządzeniach oraz nie potwierdzające ich parametrów, godzi się uznać za zgodne z treścią SIWZ.

Nadto Odwołujący informuje, że w unieważnionym postępowaniu, tożsamym przedmiotowo, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 lipca 2015 r. (KIO 1447/15) poparła stanowisko odwołującego w tej sprawie, stanowiące, że samo złożenie oświadczenia zgodnie, z którym wszystkie urządzenia są zgodne z SIWZ, nie wystarcza do wykazania złożenia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowany przedmiot wymagań Zamawiającego. Z tego względu, tym bardziej na etapie obecnego postępowania należy uznać, że „zapewnienie”, które ma mniejszą wartość niż



KRZESZEWSKI & PARTNERZY

złożenie pisemnego oświadczenia, nie można poczytać jako spełnienie wymagań określonych w tabeli będącej załącznikiem nr 3B do SIWZ.

Ponad powyższe Odwołujący pragnie podkreślić, że zaoferowane urządzenia Konsorcjum firm Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o. nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności dla:

- urządzeń sieci transmisyjnej DWDM,
- w zakresie urządzeń IT, jak np. serwery,
- w zakresie urządzeń pozostałych jak między innymi komputery, monitory czy stacje robocze.

Zaoferowane przez konsorcjum Comp S.A. i Infinity Group Sp. z o.o. oprogramowanie różnego typu również nie spełnia wymagań opisanych w SIWZ, a dla wielu przypadków nie da się zidentyfikować który wariant oprogramowania czy serwisu został wyceniony, w wyniku czego nie jest jasne co jest przedmiotem oferty.

Celem uniknięcia wątpliwości Odwołujący wskazuje, iż w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający podał następujący numer zamówienia: OR-II.272.12.2015. Natomiast w ogłoszeniu o wyniku postępowania, Zamawiający posługiwał się numerem OR.VII.272.12.2015.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie Odwołania.

RADCA PRAWNY
Szymon Brożniński
N/A-11190

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo z dnia 3 listopada 2015 r.
2. Potwierdzenie uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
3. Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z KRS Odwołującego z dnia 2 listopada 2015 r.
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 15.000 zł
5. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.