

sygn. akt KIO 612/10

WYROK

z dnia 4 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Paweł Trojan

protokolant: **Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 9 kwietnia 2010 r. przez wykonawcę **MILLENIUM Leasing Spółka z o.o., ul. Żaryna 2A, 02-593 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji S. A., ul. Św. Wawrzyńca 13, 31-060 Kraków**, którego przedmiotem jest leasing zwrotny 12 sztuk autobusów przegubowych Mercedes Benz Citaro.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy Nordea Finance Polska S. A. i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji S. A., ul. Św. Wawrzyńca 13, 31-060 Kraków, i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr.** (słownie piętnaście tysięcy zł zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **MILLENIUM Leasing Spółka z o.o., ul. Żaryna 2A, 02-593 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 660 zł 00 gr.**(słownie osiemnaście tysięcy sześćset sześć zł zero groszy) przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji S. A., ul. Św. Wawrzyńca 13, 31-060 Kraków** na rzecz **MILLENIUM Leasing Spółka z o.o., ul. Żaryna 2A, 02-593 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia za sporządzenie odwołania i dojazdu na rozprawę oraz wpisu od odwołania
- 3) dokonać zwrotu kwoty **zł 00 gr.** (słownie: złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz .

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

KIO 612/10

UZASADNIENIE

do wyroku z dnia 4 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 612/10

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji S. A., ul. Św. Wawrzyńca 13, 31-060 Kraków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. "Leasing zwrotny 12 sztuk autobusów przegubowych Mercedes Benz Citaro".

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu 10.02.2010 r. poprzez przekazanie do publikacji ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Ogłoszenia zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 13.02.2010 r. Nr 2010/S 31-045001.

W dniu **30.03.2010 r.** Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez wykonawcę Nordea Finance Polska S.A.

W dniu **09.04.2010 r.** wykonawca MILLENIUM Leasing Spółka z o.o. wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego:

- 1) wyboru oferty Nordea Finance Polska S.A. jako najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania wykluczenia Nordea Finance Polska S.A.,
- 3) zaniechania odrzucenia oferty Nordea Finance Polska S.A.,

podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Leasing zwrotny 12 sztuk autobusów przegubowych Mercedes Benz Citaro”.

Opisanym powyżej czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, § 6 ust. 1 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) zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentów, art. 82 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 oraz 6, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wskazał, iż wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 30 marca 2010 r., tj. w dniu otrzymania, za pośrednictwem faksu, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania został zdaniem Odwołującego dochowany.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą prawidłową i zajmuje drugie miejsce w rankingu ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Sprzeczna z prawem, w tym z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czynność wyboru oferty Nordea Finance Polska S.A. jako najkorzystniejszej, a w rezultacie zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Nordea Finance Polska S.A. jak i zaniechanie odrzucenia jego oferty, pozbawiła Odwołującego zamówienia. Oznacza to, że Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poniósł szkodę.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Nordea Finance Polska S.A.,
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a w konsekwencji o:
 - a) wykluczenie Nordea Finance Polska S.A. z postępowania i odrzucenie oferty Nordea Finance Polska S. A.,
 - b) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w jego ocenie, Zamawiający dokonał wyboru oferty Nordea Finance Polska S.A. niezgodnie z przepisami ustawy i w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ Nordea Finance Polska S.A. podlega wykluczeniu z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, a jej oferta odrzuceniu.

I. Jako przesłanki uzasadniające wykluczenie Nordea Finance Polska S.A. Odwołujący wskazał:

Nordea Finance Polska S.A. podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jako, że nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Nordea Finance Polska S.A. na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu załączyła do oferty dokumenty poświadczone za zgodność z oryginałem przez radcę

prawnego. Jednakże wraz z ofertą nie został złożony dokument, z którego wynikałoby umocowanie radcy prawnego do poświadczania dokumentów składanych w niniejszym postępowaniu za zgodność z oryginałem. Zgodnie z § 6 ust. 1 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) dokumenty należy składać w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Innymi słowy, kopie dokumentów poświadcza wykonawca czyli osoba uprawniona do reprezentacji wykonawcy. Przytoczoną tezę potwierdza nie tylko treść § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, ale także wywód Sądu Najwyższego, iż dokumenty składane na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu stanowią element oferty (sygn. akt III CZP 74/05) oraz postanowienie pkt 1.9. SIWZ stanowiące, iż oferta powinna być podpisana przez osobę uprawnioną do zaciągania zobowiązań w sposób jednoznacznie identyfikujący osobę podpisującą ofertę, zatem cała oferta (zarówno formularz oferty jak i dokumenty do niego załączone) powinna zostać podpisana, a w przypadku złożenia kopii dokumentów poświadczona za zgodność z oryginałem, przez osoby upoważnione do reprezentacji wykonawcy czyli w przypadku Nordea Finance Polska S.A. przez dwóch członków zarządu lub przez pełnomocnika. W przedmiotowym postępowaniu tylko formularz oferty oraz oświadczenie dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji Nordea Finance Polska S.A., tj. przez dwóch członków zarządu. Pozostałe dokumenty składające się na ofertę zostały podpisane przez panią Ewę O. K., dla której nie załączono do oferty stosownego pełnomocnictwa. Tym samym należało uznać, iż Wykonawca - Nordea Finance Polska S.A. nie złożyła wymaganych postanowieniami SIWZ dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Odwołującego, Nordea Finance Polska S.A. nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nie złożyła dokumentów, które potwierdzałyby spełnienie warunków w wymaganej formie, dlatego też podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp.

II. Jako przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty Nordea Finance Polska S.A. Odwołujący wskazał:

Oferta Nordea Finance Polska S.A. podlega odrzuceniu zarówno z powodu błędu w obliczeniu ceny jak i ze względu na niezgodność z przepisami prawa,

jak i postanowieniami SIWZ, a ponadto jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z treścią art.89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny. Nordea Finance Polska S.A. popełniła błąd w obliczeniu podatku VAT wskazując kwotę 3 437 670,49 zł, a w konsekwencji przedstawiła błędną wartość brutto oferty tj. kwotę 19 063 447,94 zł. Przy przedmiotowym zamówieniu stawka podatku VAT wynosi 22 %. Zatem, prawidłowy iloczyn kwoty netto oferty Nordea Finance Polska S.A. tj. 15 625 777,49 złotych i stawki VAT 22 % wynosi 3 437 671,05 zł, a w konsekwencji suma wartości netto i podatku VAT powinna stanowić wartość brutto w wysokości 19 063 448,54 zł. Z kalkulacji przedstawionej przez Nordea Finance Polska S.A. wynika zastosowanie stawki podatku VAT nieznannej polskiej ustawie o podatku od towarów i usług, bowiem kwota podatku VAT nie odpowiada ani stawce 0, 7 i 22 %. Należy, ponadto zaznaczyć, iż zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą nieprawidłowo wyliczony VAT jest błędem w obliczeniu ceny skutkującym obligatoryjnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Powyższa teza ma zastosowanie także do błędnego sumowania kwoty podatku VAT i ceny netto (Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją Tomasza Czajkowskiego).

Ponadto, zdaniem Odwołującego, przesłankę uzasadniającą odrzucenie oferty Nordea Finance Polska S.A. stanowi niezgodność postanowień oferty z treścią SIWZ. Powyższa niezgodność polega na dodaniu przez Nordea Finance Polska S.A. w formularzu oferty punktu o następującym brzmieniu: „Warunkiem oferty jest złożenie przez Korzystającego wniosku o dofinansowanie do EBI (załącznik nr 9)” i dołączeniu niewyżądanego przez Zamawiającego formularza stanowiącego wniosek o dofinansowanie do EBI. SIWZ w swej treści nie przewidywała - wśród warunków realizacji niniejszego zamówienia - złożenia wniosku o dofinansowanie. Nordea Finance Polska S.A. wpisując powyższe zastrzeżenie złożyła ofertę na warunkach odmiennych niż te ukształtowane postanowieniami SIWZ. Złożone zastrzeżenie należy traktować jako warunek zawieszający, co oznacza, że skutki prawne oferty powstaną dopiero z chwilą złożenia przez Korzystającego wniosku o dofinansowanie do EBI na formularzu załączonym przez Nordea do oferty. Innymi słowy, Nordea Finance Polska S.A. nie złożyła skutecznie oferty w rozumieniu art.66 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 82 ustawy Pzp tj. oświadczenia woli wyrażającego stanowczą decyzję Wykonawcy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie postanowień SIWZ, co dodatkowo uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako niezgodnej z ustawą. Stanowcza wola zawarcia umowy oznacza, że wyrażona w niej propozycja zawarcia umowy powinna być tak sformułowana, że do zawarcia umowy potrzebne jest wyłącznie oświadczenie o przyjęciu oferty wprost (S. Rudnicki (w):

S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz, 2006, s. 289). Jednakże warunek określony przez Nordea Finance Polska S.A. niweczy możliwość złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o przyjęciu oferty wprost ze względu na dokonane przez Nordea zastrzeżenie. Natomiast dokonane przez Zamawiającego przyjęcie oferty warunkowej poprzez uznanie jej oferty za najkorzystniejszą nie tylko narusza postanowienia SIWZ, jest niezgodna z ww. przepisami prawa wykładanymi w kontekście istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale także narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, którzy złożyli stanowcze propozycje zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ. Należy na marginesie także zaznaczyć, iż złożenie przez Nordea Finance Polska S.A. oferty z zastrzeżeniem warunku stanowi działanie nie tylko sprzeczne z ww. przepisami, ale także z dobrymi obyczajami, naruszające interesy innych wykonawców, poprzez dokonanie kalkulacji ceny przy założeniu złożenia przez Korzystającego wniosku o dofinansowanie do EBI, a następnie możliwości nie zawarcia umowy - bez żadnych negatywnych konsekwencji - w przypadku nieziszczenia się warunku oferty.

Reasumując Odwołujący wskazał, że Nordea Finance Polska S.A. złożyła ofertę, którą Zamawiający był zobowiązany odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 oraz 6 ustawy Pzp, co powoduje, że odwołanie jest zasadne i podlega uwzględnieniu.

W dniu **12.04.2010 r.** wykonawca Nordea Finance Polska S.A. złożył pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania lub jego oddalenie w całości jako bezzasadnego oraz utrzymanie w mocy czynności Zamawiającego z dnia 29.03.2010 r. polegającej na uznaniu za najkorzystniejszą oferty Przystępującego. Przystępujący w uzasadnieniu przystąpienia wskazał, iż posiada interes w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na korzyść strony do której przystąpił.

W dniu **26.04.2010 r.** Zamawiający wniósł do Prezesa KIO odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego. W odniesieniu do zarzutu zawartego w odwołaniu, iż wykonawca Nordea Finance Polska S.A. załączył do oferty dokumenty poświadczające zgodność z oryginałem przez radcę prawnego, dla którego nie załączono pełnomocnictwa Zamawiający wskazał, iż z takim zarzutem nie sposób się zgodzić. Zdaniem Zamawiającego wszystkie dokumenty składające się na ofertę wykonawcy Nordea Finance Polska S.A. zostały podpisane przez dwóch członków Zarządu: Sylwię Chmielewską oraz Huberta Wojciechowskiego. Zdaniem Zamawiającego forma, w jakiej wykonawca przedłożył

kopie dokumentów, a więc opatrzenie kopii dokumentu pieczętą „za zgodność z oryginałem” oraz złożenie na kopii podpisów dwóch członków zarządu, mimo tego że podpisy te nie znajdują się bezpośrednio pod tekstem pieczęci, nie budzi jego wątpliwości, iż wola wykonawcy było poświadczenie zgodności kopii dokumentów z oryginałami. Zamawiający wskazał ponadto, iż nie budzi również jego wątpliwości, że pomimo braku na kopiach pieczęci imiennych podpisanych członków zarządu, złożone podpisy pochodzą od osób uprawnionych do reprezentacji. Na poparcie powyższych argumentów Zamawiający przytoczył fragment uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2009 r. (sygn. akt IV CSK 78/09), wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 10 listopada 2006 r. (sygn. akt II FSK 1144/05) oraz fragment uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 83/08). Zamawiający wskazał również na przedłożony przez wykonawcę dokument pełnomocnictwa z dnia 22.02.2010 r. udzielonego radcy prawnemu Ewie Owczarek-Krzyżaniak uprawniający do poświadczenia w imieniu spółki dokumentów za zgodność z oryginałem. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego błędnego ustalenia ceny przez wykonawcę Nordea Finance Polska S.A. Zamawiający podniósł, że różnica w wysokości 60 groszy w obliczeniu kwoty podatku nie daje podstaw do uznania, że wykonawca zastosował inną od ustawowej stawkę podatku VAT, tym bardziej, że w żadnym miejscu oferty wykonawca ten nie określił stawki tego podatku. Zamawiający wskazał także, iż występujących różnic nie potraktował jako omyłki rachunkowej podlegającej poprawieniu w trybie art. 87 ustawy Pzp, lecz jako efekt obliczenia ceny przy zastosowaniu funkcji finansowej PMT w arkuszu kalkulacyjnym Excel 2002, zgodnie z wymogiem zamieszczonym w załączniku nr 1 do SIWZ (formularz oferty). W odniesieniu do trzeciego zarzutu Zamawiający wskazał, iż warunek zawarty w formularzu ofertowym w pkt 5 należy odnieść do załącznika nr 9 do oferty wykonawcy Nordea Finance Polska S.A., który stanowi potwierdzenie wykorzystania udostępnionych przez EBI na rzecz Nordea Bank Polska S. A. środków finansowych na projekt (transakcję), wcześniej przez EBI zaakceptowaną. Jest to zdaniem Zamawiającego typowa procedura EBI, z którą Zamawiający zetknął się już przy okazji innych projektów finansowych. Zdaniem Zamawiającego pomimo niezręczności sformułowania zapisanego w ofercie, z analizy załącznika nr 9 wynika, że nie chodzi o złożenie (ubieganie się) przez zamawiającego wniosku o dofinansowanie z funduszy EBI, a jedynie podpisanie dokumentu, który jest elementem procedury związanej z dofinansowaniem uzyskanym przez wykonawcę i załącznik nr 9 nie jest sprzeczny z postanowieniami SIWZ.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Nordea Finance Polska S. A., Al. Jana Pawła II 25, 00-854 Warszawa.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności ofertą Przystępującego, postanowieniami SIWZ, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazania wykluczenia Przystępującego z postępowania lub odrzucenia jego oferty, z uwagi na złożenie przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty sklasyfikowanej przez Zamawiającego na drugiej pozycji według kryteriów oceny ofert, za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta złożona przez Odwołującego i tym samym ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Nordea Finance Polska S. A., treści SIWZ wraz z załącznikami oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci

oferty wykonawcy Nordea Finance Polska S. A., postanowień SIWZ oraz wyjaśnień i oświadczeń stron złożonych na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

1. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz § 6 ust. 1 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) zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentów Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu ustaliła, iż z analizy oferty złożonej przez Przystępującego – Nordea Finance Polska S.A. wynika, iż załączone do oferty kopie dokumentów w postaci zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzającego stan zaległości, zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek, informacji z KRK, aktualnego odpisu z rejestru przedsiębiorców KRS, dokumentów potwierdzających, że wykonane usługi zostały wykonane w sposób należyty oraz dokumentu w postaci informacji bankowej i potwierdzenia przelewu kwoty wadium zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez panią Ewę O.-K. – radcę prawnego. Jak wynika z dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron złożonych w toku rozprawy dla ww. osoby do oferty nie zostało załączone pełnomocnictwo wskazujące, iż osoba ta jest uprawniona do dokonywania czynności w imieniu Nordea Finance Polska S.A. w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednocześnie dokumenty te zostały zaparafowane w dolnym lewym rogu trzema odrębnymi znakami. W powyższym zakresie zdaniem Izby nie sposób jest jednoznacznie ustalić, czy znajdujące się w dolnym lewym rogu podpisy lub parafy zostały złożone przez osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy. W szczególności zdaniem Izby istotne trudności przysparza ustalenie, czy na dokumentach tych widnieje podpis pana Huberta W. – Członka Zarządu Nordea Finance Polska S.A., gdyż nie odpowiada on w sposób bezsprzeczny podpisowi widniejącemu na pozostałych oświadczeniach zawartych w ofercie, gdzie został on opatrzony dodatkowo imienną pieczętą wskazującą imię

i nazwisko oraz pełnioną funkcję. Podobna sytuacja zachodzi również w przypadku podpisu pani Sylwii C. pełniącej w Przystępującej spółce funkcję Prezesa Zarządu.

Na treść oferty składają się zarówno dokumenty i oświadczenia zawierające oświadczenia woli jak również oświadczenia wiedzy osób reprezentujących wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwie zasadniczym elementem całej oferty jest formularz ofertowy, który zawiera oświadczenie woli wykonawcy uzewnętrznione w postaci złożenia własnoręcznego podpisu, przez osobę lub osoby reprezentujące wykonawcę, pod jego treścią. Całkowicie inne znaczenie mają złożone wraz z ofertą dokumenty potwierdzone za zgodność z oryginałem przez osoby reprezentujące wykonawcę. Tego rodzaju poświadczenia stanowią oświadczenia wiedzy tychże osób, że kopia załączonego do oferty dokumentu odpowiada, co do formy (jeżeli jest istotna) a przede wszystkim co do swojej treści oryginałowi wystawionemu przez upoważniony do tego podmiot. Dopuszczalność tego rodzaju formy poświadczenia dokumentów w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma swoje normatywne źródło w § 6 ust. 1 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. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) który stanowi, że dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Tym samym uznać również należy, iż powyższy przepis stanowi, iż poświadczenie za zgodność z oryginałem jest dokonywane przez wykonawcę, a więc w przypadku podmiotów, które działają za pomocą organu przez osoby fizyczne wchodzące w skład tego organu i pełniące w nim określone funkcje. Oznacza to również, iż z poświadczenia za zgodność z oryginałem winno wynikać, iż osoby składające swoje podpisy działają nie we własnym imieniu, lecz w imieniu podmiotu który reprezentują, a więc z poświadczenia tego winno wynikać iż działają w ramach pełnionej w organie reprezentującym funkcji.

Zdaniem Izby w przypadku, gdy złożony podpis nie uniemożliwia identyfikacji osoby go składającej, oraz nie umożliwia ustalenia w czyim imieniu i na czyją rzecz osoba składa określone oświadczenia (wiedzy lub woli) w celu usunięcia istniejących wątpliwości zachodzi konieczność opatrzenia takiego podpisu imienną pieczętką umożliwiającą dokonanie ww. ustaleń. Na powyższe wskazuje jednoznacznie przywołane w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2009 r. (sygn. akt IV CSK 78/09), w którego uzasadnieniu skład Sądu Najwyższego wskazał, że: „Zasadniczo podpis powinien wyrażać co najmniej nazwisko. Nie jest konieczne, aby było to nazwisko w pełnym brzmieniu, gdyż dopuszczalne jest jego skrócenie, nie musi ono być także w pełni czytelne. Podpis powinien jednak składać się z liter i umożliwić identyfikację autora, a także stwarzać możliwość porównania oraz ustalenia, czy został złożony w formie zwykle przezeń używanej;

podpis więc powinien wykazywać cechy indywidualne i powtarzalne. (...) Przy najłagodniejszym traktowaniu przesłanek uznania konkretnego znaku pisarskiego za podpis, motywowanym charakterem czynności (oświadczenie ostatniej woli składane przed notariuszem), nie można odstąpić od minimum, jakim jest to, by znak pisarski umożliwił identyfikację osoby, od której pochodzi, przynajmniej według takich kryteriów, jak cechy indywidualne i powtarzalne. Chociaż podpis nie musi być sporządzony czytelnie, to powinien odzwierciedlać cechy charakterystyczne dla osoby, która go składa i tym samym - wskazywać na tę osobę”. Zatem „ustalenie, czy podpis został złożony w formie zwykle przezeń używanej” może zostać rozciągnięte także na konieczność ustalenia, czy został złożony z określonym zamiarem, tj. jedynie jako osoby fizycznej działającej we własnym imieniu i na własną rzecz, czy też osoby fizycznej pełniącej określoną funkcję w organie kolegialnym. Najlepiej powyższe realizuje złożenie czytelnego podpisu, zaś w przypadku złożenia podpisu nieczytelnego opatrzenie go imienną pieczętką ze wskazaniem pełnionej funkcji oraz imienia i nazwiska, lub zawarcie powyższych informacji w postaci wydruku komputerowego, zapisu maszynowego lub odręcznego czytelnego zapisu.

Jednakże jak wynika z dokumentacji postępowania, w szczególności pisma z dnia 24.03.2010 r. złożonego przez Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawierającego uzupełnienie oferty, oraz z jak wynika z wyjaśnień stron złożonych do protokołu na rozprawie Zamawiający wszedł w posiadanie pełnomocnictwa z dnia 22.02.2010 r. udzielonego na rzecz pani Ewy O.-K. – radcy prawnego, w którym osoba ta została upoważniona przez osoby uprawnione do reprezentowania Przystępującego do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów w imieniu spółki. Pomimo faktu, iż pełnomocnictwo to zostało załączone przez Przystępującego bez wezwania i niejako z ostrożności wskazywało jednoznacznie, iż potwierdzenie za zgodność z oryginałem dokumentów dołączonych do oferty zostało dokonane przez osobę właściwie umocowaną. Ponowne wezwanie do jego uzupełnienia przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp miałyby w tym wypadku jedynie charakter formalny i zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego Izba w zaistniałym stanie faktycznym uznała za nieistotne z punktu widzenia celu, jakiemu ma służyć instytucja uzupełnienia wadliwych lub brakujących pełnomocnictw uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wszakże art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do pełnomocnictw ma na celu uzupełnienie braków oferty o dokumenty wskazujące, iż oświadczenia woli i wiedzy zostały złożone przez uprawnione osoby, tj. celem tej instytucji jest wykazanie powyższych okoliczności i taki cel został w przedmiotowym postępowaniu osiągnięty. Ponadto ww. przepis nie ogranicza możliwości uzupełnienia brakujących lub wadliwych pełnomocnictw do pełnomocnictw uprawniających do złożenia i podpisania oferty, co wskazuje, iż dotyczy on również pełnomocnictw o charakterze szczególnym, w tym

upoważniających jedynie do określonych czynności takich jak poświadczanie w imieniu wykonawcy dokumentów za zgodność z oryginałem.

Tym samym biorąc pod uwagę zarzut braku potwierdzenia w ofercie wykonawcy Nordea Finance Polska S.A. dokumentów przez osobę uprawnioną do reprezentowania wykonawcy oraz faktu uzupełnienia na etapie badania i oceny ofert przez ww. wykonawcę pełnomocnictwa dla Pani Ewy O.-K. Izba uznała, iż Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy Nordea Finance Polska S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z § 6 ust. 1 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.

2. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Izba stanęła na stanowisku, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu.

Jak wynika z działu XIII pkt 3 SIWZ Zamawiający żądał, aby dla celów porównania i oceny ofert – cenę oferty należy obliczyć jako sumę wszystkich rat wynagrodzenia (raty od nr 1 do nr 60). Zamawiający wskazał, iż raty wynagrodzenia składały się z rat leasingowych (kapitał) oraz odsetek obliczonych wg stopy bazowej WIBOR 1M wynoszącej 3,71% (stopa WIBOR 1M z dnia 04.01.2010 r.) z uwzględnieniem marży wykonawcy. Cenę należało obliczyć według wzoru podanego w formularzu oferty – załącznik nr 1 do SIWZ (w tabeli). Ponadto w dziale XIII pkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał, iż w ofercie należy podać cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2001 r. Nr 97 z późn. zm.).

Z treści SIWZ oraz oświadczenia złożonego przez Zamawiającego do protokołu na etapie rozprawy wynika, iż nie narzucił on wykonawcom stawki podatku od towarów i usług (VAT), jak również nie narzucił sposobu wyliczenia wartości tego podatku. Zamawiający nie żądał również określenia w ofercie stawki podatku od towarów i usług.

Z treści oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę Nordea Finance Polska S. A. wynika, że wykonawca ten nie określił jaką stawkę podatku VAT przyjął do obliczenia ceny oferty, nie wynika również jaką technikę arytmetyczną przyjął do wyliczenia wartości tego podatku.

Z treści oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę Nordea Finance Polska S. A. wynika również, iż wykonawca

dokonał wyliczenia rat na podstawie funkcji PMT (w arkuszu kalkulacyjnym Excel 2002) przy uwzględnieniu założeń wskazanych w pkt 5 lit. d formularza ofertowego oraz przy uwzględnieniu wartości przedmiotu leasingu, stopy WIBOR 1M z dnia 04.01.2010 r. w wysokości 3,71% oraz marży wykonawcy w wysokości 1,30% p.a., co w sumie dało wartość 15.625.777,40 zł, którą to wartość wykonawca wpisał do pkt 1 formularza ofertowego – cena oferty netto. W pkt 2 formularza ofertowego (podatek VAT) wykonawca wpisał wartość: 3.437.670,45 zł.

Analiza złożonej przez wykonawcę Nordea Finance Polska S. A. oferty oraz analiza postanowień SIWZ (rozdział XIII – opis sposobu obliczenia ceny), w tym w szczególności załącznika nr 1 do SIWZ (wzór formularza oferty) wskazują, iż wyliczona przez wykonawców cena oferty brutto miała stanowić sumę pozycji 1 i 2 formularza ofertowego (ceny oferty netto i wyrażonego w złotych podatku VAT). Izba ustaliła, iż w ofercie wykonawcy Nordea Finance Polska S. A. ww. działanie arytmetyczne zostało wykonane prawidłowo, tj. zgodnie z żądaniami i wytycznymi Zamawiającego oraz zgodnie z zasadami arytmetyki.

Co do prawidłowości ustalenia wartości podatku VAT Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał, iż oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Po pierwsze Izba stoi na stanowisku, iż obowiązek ustalenia obowiązującej stawki podatku od towarów i usług oraz ustalenia jego wartości spoczywa zawsze na wykonawcy – podatniku zgodnie z art. 15 i 19 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Z § 5 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2008 r. Nr 212, poz. 1337 z późn. zm.) wynika, iż ustawodawca w przypadku sumowania wartości podatków nakazuje ująć ich sumę lecz nie wskazuje techniki liczenia podatku. Na powyższe wskazuje § 5 ust. 3 ww. rozporządzenia, gdzie zostało wskazane, iż sprzedawca może określić w fakturze również kwoty podatku dotyczące wartości sprzedaży poszczególnych towarów i usług wykazanych w tej fakturze; w tym przypadku łączna kwota podatku może być ustalona w wyniku podsumowania jednostkowych kwot podatku. Na dowolność w tym zakresie wskazuje użycie w § 5 ust. 3 zwrotu „sprzedawca może”. Różne techniki liczenia podatku mogą prowadzić do różnic wynikających ze stosowanych przez podatników zaokrągleń, zaś suma iloczynów (po dokonanych zaokrągleniach) nie musi się zawsze równać iloczynowi sumy. Powyższy przepis rozporządzenia wskazuje, iż ustawodawca pozostawił podatnikom możliwość wyboru techniki liczenia wartości podatku. Tym samym wartość podatku ustalona może zostać od sumy (w tym wypadku sumy rat) lub dla poszczególnych podstaw (w tym wypadku dla poszczególnych rat z osobna) i tak dopiero podatnik może określić sumaryczną wartość

podatku od towarów i usług. Ponadto w § 5 ust. 6 ww. rozporządzenia zostały określone zasady zaokrąglania podatku od towarów i usług, co może dodatkowo prowadzić do różnic w ustaleniu wartości podatku od towarów i usług. Po drugie Izba wskazuje również na treść art. 85 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, który wskazuje, iż istnieje również możliwość liczenia wartości podatku od towarów i usług od kwoty brutto, nie zaś kwoty netto. Tym samym sposób ten jest sposobem odwrotnym od techniki przyjętej przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, gdzie Zamawiający żądał wyliczenia wartości brutto jako sumy wartości netto i już ustalonej wartości podatku VAT. Ponadto dla oferty wykonawcy Nordea Finance Polska S. A. nie sposób ustalić, czy wartość podatku VAT została ustalona dla każdej raty z osobna, czy też dla sumy wszystkich 60 rat. Całkowicie odrębnym elementem jest technika zaokrąglania wartości podatku wskazana w art. 63 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku ordynacja podatkowa zgodnie z którym podstawy opodatkowania i kwoty podatku zaokrągla się do pełnych złotych w ten sposób, że końcówki kwot wynoszące mniej niż 50 groszy pomija się, a końcówki kwot wynoszące 50 i więcej groszy podwyższa się do pełnych złotych

Wobec powyższego Izba uznała, iż argumentacja Odwołującego skierowana na wykazanie, iż w ofercie złożonej przez wykonawcę Nordea Finance Polska S. A. została zastosowana nieprzewidziana w polskim prawie podatkowym stawka podatku od towarów i usług nie zasługuje na uwzględnienie. Tym samym nie sposób uznać, iż zastosowanie niewyliczalnej w arytmetyczny sposób w pełnych wartościach stawki podatku od towarów i usług (VAT) skutkować winno koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Brak jest w przedmiotowym stanie faktycznym podstaw do uznania, iż w ofercie Przystępującego zastosowana została inna niż 22% stawka podatku od towarów i usług. Sam fakt braku arytmetycznej możliwości wyliczenia tej wartości w żądanych przez Odwołującego zakresie precyzji w oparciu o wartość netto, brutto i wartość podatku VAT nie przesądza o zastosowaniu do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług.

Tym samym Izba stoi na odmiennym od Odwołującego stanowisku, iż błędem w obliczeniu w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp może być nie tylko zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT (sprzecznej z obowiązującymi przepisami), jak również takie określenie jego wartości, że wskutek zastosowanej przez podatnika arytmetycznej techniki jego liczenia wyliczenie stawki podatku VAT w oparciu o wartości netto, brutto i wartość VAT nie umożliwi uzyskania jej pełnej stawki, tj. 0%, 7% lub 22%. Wszakże to stawka podatku VAT służy do wyliczenia jego wartości i ustalenia tym samym wysokości zobowiązania podatkowego, nie zaś wartość podatku ma służyć do wyliczenia jego stawki. Powyższe podejście stałoby w sprzeczności z zasadą racjonalnego ustawodawcy ze względu na brak określonej ustawowo arytmetycznej techniki liczenia wartości podatku od towarów

i usług. Wszakże nieprawidłowe wyliczenie wartości podatku lub wartości brutto może zostać poprawione przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym jako podstawę do wyliczenia wartości prawidłowej należałoby przyjąć prawidłowo określoną wartość netto oraz możliwą do ustalenia w oparciu o treść oferty stawkę podatku VAT o wartości 22%.

Tym samym Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia w tym stanie faktycznym

3. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 82 ust. 3, art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp Izba stanęła na stanowisku, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Po pierwsze Izba wskazuje, iż treść art. 82 ust. 3 ustawy Pzp jest jednoznaczna i nie pozostawia wątpliwości, iż treść oferty złożonej w postępowaniu musi odpowiadać treści SIWZ. Powyższa norma prawna wiąże zarówno Zamawiającego, wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne jak również skład Krajowej Izby Odwoławczej na etapie badania zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Wykonawca Nordea Finance Polska S. A. złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, której treść została uzupełniona w pkt 5 formularza ofertowego o następujący zapis: „Warunkiem oferty jest złożenie przez Korzystającego wniosku o dofinansowanie EBI (załącznik 9)”. Jednocześnie do oferty został dołączony przez wykonawcę Nordea Finance Polska S. A. „Formularz wniosku o alokację”. W trakcie rozprawy Przystępujący - Nordea Finance Polska S. A. potwierdził, iż w pkt 5 formularza wpisując powyższy warunek i wskazując na „Korzystającego” miał na myśli Zamawiającego.

Oznacza to, zdaniem Izby, iż niezależnie od zamiaru i celu dodania do formularza ofertowego dodatkowego pkt 5 oferta złożona przez wykonawcę Nordea Finance Polska S. A. jest ofertą warunkową. Charakter tego zapisu powoduje, iż spełnienie przez Zamawiającego określonego w nim warunku wykonawca Nordea Finance Polska S. A. uznał jako element na tyle istotny, iż uzależnił od niego ważność swojej oferty. Wskazuje na to zapis „Warunkiem oferty jest (...)” co oznacza jego kategoryczny charakter i uznać należy, iż dopiero ziszczenie się zastrzeżonego warunku pozwala uznać, iż oferta Przystępującego wykonawcy - Nordea Finance Polska S. A. stanie się ważna i skuteczna względem Zamawiającego. Powyższe Izba ustaliła w oparciu o ogólne reguły wykładni oświadczeń woli wskazane w art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.). Tym samym Izba uznała, iż zastrzeżenie w ofercie Przystępującego w pkt 5 formularza ofertowego powyższego zapisu ma charakter warunku, bez względu na to, jaki był cel i zamiar Przystępującego w jego ujęciu w treści oferty. Izba nie uwzględniła również w tym aspekcie

dokonanej w piśmie z dnia 26.04.2010 r. próby wykładni językowej tego zapisu, w trakcie której zostało wskazane, że: „Wykonawca nie oczekiwał i nie oczekuje, iż Zamawiający zwróci się do EBI o dofinansowanie, w związku z tym oferta nie zawiera warunku zawieszającego”. Nie ulega wątpliwości, iż zamiarem podmiotu składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wypracowanie zysku ekonomicznego i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego na jak najkorzystniejszych warunkach. Tym samym Izba uwzględniając powyższe okoliczności stoi na stanowisku, iż wprowadzenie dodatkowego zastrzeżenia w treści oferty ma przede wszystkim ochronę interesów wykonawcy i przerzucenie ryzyka realizacji przedmiotu zamówienia na zamawiającego, lub zwiększenie ochrony bezpieczeństwa ekonomicznego wykonawcy. Powyższe wskazuje, iż zawarty w treści formularza ofertowego zapis nakłada na Zamawiającego dodatkowe obowiązki i wymusza konieczność współpracy z wykonawcą w trakcie ubiegania się o przyznanie środków na finansowanie projektu, co jednocześnie czyni ofertę złożoną przez Przystępującego jako złożoną z zastrzeżeniem warunku. Tym samym wykonawca mógłby uchylić się od obowiązku podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego gdyby określone czynności nie zostały przez Zamawiającego wykonane. W przypadku wyboru oferty wykonawcy z takim zastrzeżeniem nie będzie to dla niego skutkowało utratą wadium, gdyż zgodnie z treścią art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Wszakże jednym z warunków w rozumieniu powyższego przepisu ustawy Pzp jest warunek ujęty w pkt 5 formularza ofertowego, co niejako rozszerza w odniesieniu do treści SIWZ treść oferty Przystępującego. Nie taki jest jednak cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie taki był zamiar Zamawiającego, na co jednoznacznie wskazują pozostałe i jednoznaczne zapisy załącznika nr 1 do SIWZ (wzór formularza ofertowego) w tym w szczególności pkt 5, 6, 7, 8 oraz 10. Powyższe kategorię zapisy formularza ofertowego wskazują ponadto, iż wolą Zamawiającego było, aby oferty złożone przez wykonawców były zgodne ze SIWZ, wzorem umowy przyjętymi bez żadnych zastrzeżeń (pkt 7 wzoru formularza ofertowego – załącznik nr 1 do SIWZ). Tym samym oświadczenie woli złożone przez Przystępującego w ofercie nie ma charakteru stanowczego, lecz warunkowy i uzależnione jest od zdarzenia przyszłego i niepewnego w rozumieniu art. 89 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Tym samym oferta wykonawcy Nordea Finance Polska S. A. stoi w sprzeczności z wymogiem wyrażonym w dziale XI pkt 1 ppkt 1.3. SIWZ, który wskazuje, że treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Niewątpliwie część SIWZ stanowi załącznik nr 1 – wzór formularza ofertowego, zaś zgodnie z działem XI pkt 3 ppkt 3.1. SIWZ na zawartość oferty składa się wypełniony formularz oferty (zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ) podpisany przez Wykonawcę w sposób określony w punkcie XI.1.9. SIWZ.

Zmiana treści formularza ofertowego wskutek dodania do jego treści warunku powoduje, iż pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ zachodzi niezgodność o charakterze istotnym i jednocześnie powoduje, iż złożona w postępowaniu oferta nie ma charakteru stanowczego, zaś zaoferowane świadczenie nie jest pod względem merytorycznym tożsame z tym określonym w SIWZ. W tym względzie nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem reprezentowanym przez Zamawiającego, że powyższe zastrzeżenie dokonane przez Przystępującego nie powoduje sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, gdyż nie dotyczy zakresu merytorycznego oferty, w tym m. in. w zakresie przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji. Zdaniem Izby wprowadzone w pkt 5 formularza ofertowego składającego się na treść oferty Przystępującego zastrzeżenie nie jest tylko odniesieniem nakazującym wypełnienie formularza informacyjnego, lecz może sugerować coś zgoła innego – że Zamawiający winien sam złożyć wniosek o dofinansowanie do Europejskiego Banku Inwestycyjnego. Nie sposób również jednoznacznie ustalić jakie konsekwencje pociągnie za sobą brak zgody instytucji finansującej (EBI) na partycypację w kosztach projektu. Tym samym zdaniem Izby konsekwencje zastrzeżenia przez wykonawcę Nordea Finance Polska S. A. są trudne do przewidzenia zarówno dla Zamawiającego, jak również dla samego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do stanowiska Przystępującego wyrażonego w piśmie z dnia 26.04.2010 r., gdzie zostało wskazane, że dołączony do oferty załącznik nr 9 stanowi jedynie potwierdzenie zawarcia umowy o charakterze porządkowym Izba uznała, iż dołączenie do oferty dodatkowego i jednocześnie niewymagalnego przez Zamawiającego formularza nie odnosi tak znamiennych skutków jak zmiana treści oświadczenia woli zawartej w formularzu ofertowym. Załącznik nr 9 do oferty Przystępującego nie ma również wpływu na zmianę i tym samym ocenę kwalifikacji merytorycznej pkt 5 formularza ofertowego, który bez wątplenia stanowi warunek o charakterze zawieszającym. Brak jest również w ofercie wykonawcy Nordea Finance Polska S. A. innych zapisów, które mogłyby pozwolić na jednoznaczne ustalenie jego znaczenia.

Tym samym złożenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ i wybór jej przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej stoi w sprzeczności z treścią art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, co powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp – której to czynności Zamawiający zaniechał. Wobec powyższego Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Jednocześnie w związku z powyższym doszło do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp gdyż wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu powoduje, iż doszło w tym wypadku do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Izba nie stwierdziła jednak naruszenia wskazanego przez Odwołującego art. 82 ust. 1 ustawy Pzp gdyż nie została wypełniona hipoteza normy prawnej ujętej w ww. przepisie – wykonawca Nordea Finance Polska S. A. złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę

warunkową, lecz do naruszenia art. 82 ust. 1 ustawy Pzp konieczne byłoby złożenie przez tego samego wykonawcę więcej niż jednej oferty, co nie miało w tym stanie faktycznym miejsca. Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, który zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Poprzez udzielenie zamówienia należy rozumieć podpisanie przez Zamawiającego umowy z wybranym w postępowaniu wykonawcą, do czego w przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło. Wobec powyższego do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp konieczne jest spełnienie kumulatywnie dwóch przesłanek - udzielenia zamówienia wykonawcy i jednoczesnego udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych. Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, iż w przedmiotowym postępowaniu wskutek dokonania kalkulacji ceny przy założeniu złożenia wniosku do Europejskiego Banku Inwestycyjnego doszło także do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Izba stoi na stanowisku, iż każdy z wykonawców ma pełną dowolność w wyborze sposobów finansowania prowadzonej działalności gospodarczej. Korzystanie w tym zakresie z dozwolonych prawem mechanizmów finansowych nie przesądza od razu o naruszeniu uczciwej konkurencji. Jej naruszenie musi zostać wykazane dostępnymi środkami dowodowymi – czemu Odwołujący nie uczynił zadość.

Tym samym biorąc pod uwagę, iż zarzut naruszenia art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp potwierdził się przedmiotowe odwołanie podlegało uwzględnieniu stosownie do treści art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie naruszenia któregośkolwiek z przepisów wskazanych w treści odwołania obliuguje Izbę do uwzględnienia odwołania na podstawie 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.