

Sygn. akt: KIO/UZP 1546/09

WYROK
z dnia 2 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BACKHUS GmbH, Wirschenstrasse 26, 26188 Edeweht, Niemcy** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Elbląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Elblągu Sp. z o.o., ul. Rawska 2-4, 82-300 Elbląg**, protestu z dnia 18 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w składzie: Agrex Arcon Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Komptech GmbH z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Puławska 372, 02-819 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **BACKHUS GmbH, Wirschenstrasse 26, 26188 Edeweht, Niemcy** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **BACKHUS GmbH, Wirschenstrasse 26, 26188 Edewecht, Niemcy**;
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BACKHUS GmbH, Wirschenstrasse 26, 26188 Edewecht, Niemcy**.

Uzasadnienie

BACKHUS GmbH, z siedzibą w Edewecht, Niemcy, zwany dalej „Odwołującym”, złożył protest i odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę maszyn do sporządzania mieszanki kompostowej”, prowadzonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „ustawa Pzp”) przez Elbląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Elblągu Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 18 czerwca 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 115 166454). Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwie części, dopuszczając możliwość składania ofert częściowych.

W postępowaniu tym w przedmiocie pierwszej części zamówienia Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w składzie: Agrex Arcon Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Komptech GmbH z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie (dalej: „Agrex Arcon” lub „Przystępujący”), jednocześnie też wykluczając Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Informację tę Zamawiający przekazał Odwołującemu w dniu 9 września 2009 r.

Odwołujący w piśmie z dnia 18 września 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) złożył protest, wskazując na naruszenia polegające na:

- 1) wykluczeniu z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz

- 2) wybraniu oferty Agrex Arcon na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Wniósł też o powtórzenie oceny spełniania przez ofertę Agrex Arcon warunków uczestnictwa w przetargu, odrzucenie tej oferty i wybraniu oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a w razie braku podstaw do dokonania tych czynności wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i zawiadomienie Odwołującego o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczyłoby tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmujące ten sam przedmiot zamówienia.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

- 1) Co do zarzutu, że Odwołujący nie przedstawił dokumentów potwierdzających, że nie ogłoszono jego upadłości oraz, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne.

Odwołujący wskazuje, że przedłożył dokument potwierdzający, iż nie otwarto wobec niego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, tj. - zgodnie z § 2 rozporządzenia Prezes Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz forma, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) - dokument wystawiony w kraju, w którym ma siedzibę Odwołujący. Dokumentem tym – w jego ocenie - jest wypis z niemieckiego rejestru spółek HRB wystawiony w dniu 25 maja 2009 r. Wywodzi, iż skoro w tym rejestrze brak jest wpisu o likwidacji lub upadłości wykonawcy, powyższe oznacza, że został wypełniony wymóg co do takiego dokumentu. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego z informacji o wynikach postępowania podkreślił, że przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 2 tego rozporządzenia) nie określają kto powinien wystawić takie dokumenty (o których mowa w § 2 ust. 1) w związku z czym Zamawiający nie miał podstaw przyjąć, że dokument wystawiony przez ERNST & LINDER LLC – kancelarię radcy prawnego dla Odwołującego, nie spełnia wymogów rozporządzenia.

- 2) Co do zarzutu, że oświadczenie złożone przez Odwołującego o tym, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne i nie otwarto likwidacji lub upadłości, nie zostało złożone przed notariuszem.

Odwołujący przywołał też art. 65 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp wskazując, że wobec określenia czym jest oświadczenie woli wskazał, że nie sposób przyjmować, że osoba która podpisała dokument, a następnie udała się z tym dokumentem do notariusza nie

składała wobec notariusza – choćby w sposób dorozumiany – tego samego oświadczenia jakie zwarte jest w przedstawionym do poświadczenia dokumencie.

3) Co do zarzutu, że oferta Odwołującego nie została zabezpieczona wadium.

W tym zakresie Odwołujący powołał się na zapisy pkt 7.6.a SIWZ oraz na okoliczność, iż w treści gwarancji Bank jej udzielający (VR Bank Oldenburg Land West eG) zaakceptował warunki przetargu, zatem również obowiązek realizacji gwarancji w razie zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

4) Co do zarzutu, że do referencji złożonych przez Odwołującego w dniu 20 sierpnia 2009 r. nie dołączono tłumaczenia na język polski.

Odwołujący podniósł, że dotychczasowe referencje były składane wraz z tłumaczeniem, a obcojęzyczna treść referencji załączonych z tłumaczeniem różniła się od pozostałych referencji wyłącznie nazwami firm w nich widniejącymi.

Niezależnie od powyższego podniósł, że przedłożone przez niego referencje wraz z ofertą były wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W pkt 4.1.b SIWZ nie wskazano bowiem, aby referencje miały pochodzić od różnych odbiorców. Stwierdził, że wymóg ten pojawił się dopiero w odpowiedzi na pytania co do treści SIWZ, udzielonej w dniu 6 lipca 2009 r. Odwołujący podniósł, że powyższe jest niedopuszczalne, wskazując, że instytucja odpowiedzi na pytania do SIWZ służy wyjaśnieniom, czego oczekuje Zamawiający od ofert, natomiast nie na tej drodze nie może być dokonywana zmiana SIWZ. Powołał się w tym zakresie na orzeczenie Głównie Komisji Orzekającej w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych (orzeczenie z dnia 25 października 2004 r.; sygn. akt: DF/GKO/Odw.-34/48/2004).

Odwołujący wskazał, że powyższe prowadzi również do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i narusza tym samym art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Pzp. Nielogicznym – w jego ocenie – jest preferowanie wykonawców, którzy dostarczali maszyny do jak największej liczby odbiorców, a nie faktyczna ilość dostarczanych maszyn.

Przywoływał też orzecznictwo zespołów arbitrów na potwierdzenie, że ogłoszenie o zamówieniu we wskazanym zakresie warunku udziału w postępowaniu nie było zmieniane i nie – podlegało takiej zmianie oraz na to, że wymóg 4 referencji jest wymogiem utrudniającym uczciwą konkurencję.

5) Co do zarzutu, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, gdyż przerzucarka zaoferowana przez Odwołującego dysponowała jedynie podnoszonym wirnikiem i napędem jezdnym gąsienicowym.

Odwołujący wskazał, że wymóg, aby przerzucarka nie posiadała napędu gąsienicowego jest bezpodstawny i narusza zasady uczciwej konkurencji. Podkreślił, że obawy Zamawiającego, że napęd gąsienicowy może prowadzić do uszkodzenia płyt typu JUMPO jakimi wyłożony jest plac, gdzie Zamawiający zamierza wykorzystywać zamawianą maszynę, są nieuzasadnione, bowiem przy układzie gąsienicowym bardziej niż przy kołowym ciężar urządzenia jest rozkładany na dużo większą powierzchnię, zatem do wspomnianych przez Zamawiającego uszkodzeń nie może dochodzić. Podkreślił też, że w Europie istnieje tylko jeden producent produkujący przerzucarki spełniające oczekiwania Zamawiającego i poruszające się na kołach. Jest to firma KOMTECH GmbH.

Wskazał też, że wymóg, aby przerzucarka miała mechanizm umożliwiający podnoszenie jest nieuzasadniony ze względu na rodzaj zadań wykonywanych przez tę maszynę. Podobnie odniósł się do wymogu posiadania przez mobilną przerzucarkę przenoszonej i opuszczanej hydraulicznie kabiny kierowcy (Zamawiający nie dysponuje jeszcze pomieszczeniem do postoju przerzucarki).

Odwołujący podniósł też zarzuty dotyczące oferty Agrex Arco. Wskazał, że:

- 1) zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami przedłożone przez drugiego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum wystawione przez austriacki urząd podatkowy zostało przez tego wykonawcę zmienione poprzez wpisanie określenia Zamawiającego w skopiowanej wersji tego dokumentu wydanego celem przedłożenia w Zakładzie Unieszkodliwiania Odpadów Janik Sp. z o.o. Powyższe, w jego ocenie skutkuje unieważnieniem całego dokumentu.
- 2) dwie przedłożone przez tę firmę referencje nie spełniają wymogu wykazania się doświadczeniem w okresie 3 lat gdyż wystawione zostały w roku 2004 (referencje od Eko Dolina Sp. z o.o. i Zakładu Utylizacji Odpadów Sp. z o.o.).
Pozostałe dwie referencje nie spełniają warunku określonego w pkt 4.2.b SIWZ. Podkreślił też, że jedna z referencji (ISHAFAN Recykling org.) pozbawiona jest podpisu osoby reprezentującej tego przedsiębiorcę. Zauważył też, że z żadnej referencji, ani protokołu odbioru nie wynikają wartości na jakie zostały zrealizowane dostawy
- 3) przedłożone zaświadczenie dla firmy Kometach GmbH, wystawione przez sąd w Graz nie zawiera informacji o nieprzeprowadzeniu wobec wykonawcy postępowania likwidacyjnego, zaś przedłożone na tę okoliczność późniejsze oświadczenie

wykonawcy jest bezpodstawne bowiem powyższe jest możliwe tylko w sytuacji, gdy w kraju siedziby wykonawcy takiego zaświadczenia nie wystawia się, co w niniejszym przypadku – wedle oceny Odwołującego – nie ma miejsca.

- 4) z oferty Agrex Arcon nie wynika, aby złożona ona była również w imieniu Komtech GmbH zatem wszelkich dokumentów dotyczących tego wykonawcy Zamawiający nie powinien był oceniać
- 5) oferta Agrex Arcon nie wymienia wszystkich załączników, zatem - w ocenie Odwołującego - była sprzeczna z treścią SIWZ (pkt 9.1) i powinna być odrzucona.

O proteście Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Agrex Arcon pismo to otrzymał w dniu 18 września 2009 r., zaś pismem z dnia 21 września 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) złożyło do Zamawiającego przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując na niezasadność protestu.

Zamawiający w piśmie z dnia 25 września 2009 r. (doreczenie Odwołującemu w tej samej dacie) rozstrzygnął protest przez jego oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze oferty Konsorcjum Agrex Arcon jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący od rozstrzygnięcia protestu złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (złożenie odwołania w dniu 5 października 2009 r. w placówce pocztowej operatora publicznego). Kopia odwołania w tej samej dacie została przekazana drogą faksową Zamawiającemu.

W odwołaniu podtrzymane zostały te same zarzuty, które Odwołujący podniósł w proteście.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł kolejno o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty;
- 4) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- 5) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 6) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert;
- 7) nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania

Dodatkowo wniósł o:

- 1) zwrócenie się do Wodociągów Słupsk Sp. z o.o. oraz przesłuchanie w charakterze świadka Mirosława Kowalskiego na okoliczność, że przyczyną poruszająca się na gąsienicach po płytach JUMBO nie powoduje ich uszkodzenia, a w razie uznania tych dowodów za niewystarczające lub nieprzydatne do stwierdzenia tej okoliczności wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa drogowego na tę samą okoliczność;
- 2) przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka Mirosława Kowalskiego na okoliczność, że dokonywanie jakichkolwiek przekreśleń i poprawek na formularzu Varf 34a jest niedopuszczalne, a wykonanie takich zmian powoduje utratę ważności zaświadczenia, a w razie uznania tych dokumentów za niewystarczające wniósł o zwrócenie się z zapytaniem do Finanzamt Graz-Umgebung Adolf-Kolping-Gasse 7, 8018 Graz z pytaniem, czy jest dopuszczalne dokonywanie jakichkolwiek przekreśleń i poprawek na formularzu Varf 34a, a jeżeli nie to jakie skutki prawne powoduje dokonanie takich przekreśleń i poprawek,
- 3) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania zgodnie z właściwymi przepisami.

Do postępowania odwoławczego pismem z dnia 23 września (wpływ do Prezesa UZP w dniu 25 września 2009 r.) Konsorcjum Agrex Arcon złożyło przystąpienie po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, zaprezentowanych w proteście, przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, rozstrzygnięciu protestu i odwołaniu oraz w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, jak też w pismach procesowych i złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Zgodnie ze wskazanym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeśli odwołanie dotyczy okoliczności, które mieszczą się w enumeratywnie wymienionych w tym przepisie sytuacjach. Izba nie ma uprawnień do częściowego odrzucenia odwołania. Jednak w sytuacji gdy któryś z podnoszonych zarzutów w odwołaniu mieściłby się w dyspozycji wskazanego przepisu Izba *per analogiam*, jak też biorąc pod uwagę treść przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, nie rozpoznaje tych zarzutów.

Podobna sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie odwoławczej. Skład orzekający Izby skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawie bowiem część z podnośnych w nim zarzutów podlegała merytorycznemu rozpoznaniu. Były to zarzuty dotyczące czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (zarzuty dotyczące zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, a także zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza).

Izba nie stwierdziła jednocześnie podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 1, 3 i 7 ustawy Pzp, biorąc pod uwagę wnioski złożone w tym przedmiocie przez Zamawiającego i Przystępującego. Skład orzekający Izby uznał, że bezsprzecznym była okoliczność potwierdzona oryginalną dokumentacją postępowania w toku posiedzenia Izby, iż kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 5 października 2009 r. o godz. 18:37. Przepis art. 184 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp wskazuje na konieczność przekazania kopii odwołania jednocześnie, tj. w terminie na złożenie odwołania. Skoro termin ten upływał z dniem 5 października 2009r. o godz. 00:00, kopia odwołania w tym terminie mogła być również przekazana Zamawiającemu, niezależnie od jego godzin pracy.

Izba uznała również, że kwestia ewentualnego wadliwego wadium złożonego przez Odwołującego nie może stanowić o złożeniu odwołania przez podmiot nieuprawniony. Odwołujący bowiem ubiega się o uzyskanie niniejszego zamówienia, a kwestię wadliwości wadium, która była podstawą wykluczenia go z udziału w postępowaniu podnosi jako zarzut merytoryczny.

Odrzucenie odwołania z uwagi na to, że nie mają w tym zakresie zastosowania przepisy ustawy Pzp (art. 187 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp) nie znajduje żadnego uzasadnienia. Wniosek sformułowany w tym przedmiocie przez Przystępującego jest niezrozumiały. Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia toczy się bowiem w oparciu o przepisy ustawy Pzp, a podmiot je realizujący z racji prowadzonej przez siebie działalności zobowiązany jest do stosowania tych przepisów prawa.

Biorąc pod uwagę treść zarzutów sformułowanych w treści odwołania oraz art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, jak również uwzględniając *per analogiam* treść art. 187 ust. 4 pkt 2 i 4 ustawy Pzp skład orzekający Izby nie rozpatrywał następujących zarzutów:

- 1) naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy Pzp przez dokonanie zmiany w SIWZ, polegającej na tym, że referencje powinny pochodzić od różnych odbiorców mimo braku uzasadnionego powodu do takiej zmiany i nie ogłoszenia zmiany na stronie internetowej, na której udostępniono SIWZ (pkt VI odwołania);
 - 2) naruszenia art. 38 ust. 4a ustawy Pzp przez nie przekazanie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich informacji o zmianie SIWZ, polegającej na tym, że referencje powinny pochodzić od różnych odbiorców. (pkt VII odwołania)
 - 3) naruszenie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, przez udzielenie odpowiedzi na pytania wykonawcy, czy referencje muszą pochodzić od różnych użytkowników maszyn mimo, że treść SIWZ nie wywoływała wątpliwości, że nie muszą one pochodzić od różnych odbiorców
- biorąc pod uwagę okoliczność, że zarzuty te nie były podnoszone na etapie protestu poprzedzającego rozpoznawane przez Izbę odwołanie oraz z uwagi na to, że zarzuty te zostały podniesione po upływie ustawowego terminu

oraz

- 4) naruszenie zasady uczciwej konkurencji przez określenie przedmiotu dostawy w tak szczegółowy sposób, że tylko maszyna wyprodukowana przez Komptech GmbH spełnia warunki SIWZ, co nie było uzasadnione potrzebami Zamawiającego, ani funkcjonalnością maszyn innych producentów oraz wymaganiem, aby przekładane przez wykonawców referencje pochodziły od różnych odbiorców

- biorąc pod uwagę okoliczność, że zarzuty te zostały podniesione po upływie ustawowego terminu.

Odnosząc się do stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego w toku rozprawy o braku przepisu ustawy Pzp zakazującego podnoszenia zarzutów dotyczących postanowień SIWZ na etapie oceny i wyboru ofert skład orzekający Izby podkreśla, że przepisy działu VI ustawy Pzp regulują rodzaje środków ochrony prawnej oraz zasady, sposób i terminy ich wnoszenia i rozstrzygania. Przepisy te w sposób rygorystyczny określają dość krótkie i zawite terminy na złożenie protestu, a następnie w jego efekcie odwołania dotyczącego określonych czynności i zaniechań, których dopuszcza się zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, naruszając tym samym przepisy ustawy Pzp. I tak jeśli chodzi o możliwość zaskarżenia treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ, stosowne regulacje w tym przedmiocie zawarte są w art. 180 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Bieg tych terminów (7 i 14 dni oraz 7 i 10 dni) liczony jest od takich zdarzeń, jak zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub jego publikacji w Dzienniku Urzędowym UE oraz od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej bądź od doręczenia SIWZ wykonawcy (w zależności od trybu, w którym prowadzone jest postępowanie). Uwzględniając powyższe zarzuty dotyczące postanowień SIWZ i treści ogłoszenia – tym samym zatem zarzuty dotyczące postanowień SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, czy też określenia przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu – aby mogły podlegać merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę muszą być podnoszone na wcześniejszym etapie postępowania, a nie na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Podkreślić też należy, że wskazane terminy nie podlegają przywróceniu, ponieważ przepisy ustawy Pzp nie przewidują w tym zakresie takich możliwości.

Stosownie natomiast do art. 180 ust. 2 ustawy Pzp protest dotyczący każdej innej czynności podejmowanej przez Zamawiającego w postępowaniu, czy też jakiegoś niedozwolonego zaniechania, można wnosić także w określonym zawitym i krótkim terminie - 10 lub 7 dni (w zależności od wartości przedmiotu zamówienia), liczonym od momentu powzięcia informacji o okolicznościach, które stanowią postawę podnoszonych zarzutów, bądź od momentu, kiedy można było powziąć taką informację przy dochowaniu należytej staranności.

Biorąc pod uwagę powyższe, co do okoliczności związanej z udzieleniem odpowiedzi na zapytania do SIWZ, Odwołujący powziął informację o powyższym na wcześniejszym etapie postępowania (przed upływem terminu do składnia ofert). Zatem bezwzględnie

przywołane ustawowe terminy na oprotestowanie tych czynności Zamawiającego, jak i postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia, upłynęły, a Odwołujący nie skorzystał z prawa do protestu dotyczącego tych okoliczności na etapie wcześniejszym postępowania.

Tym samym zatem, wobec powszechnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, dotyczących wnoszenia środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba nie mogła rozpoznać wskazywanych powyżej zarzutów Odwołującego.

Skład orzekający Izby przechodząc do rozpoznania merytorycznego tych zarzutów odwołania, co do których nie znalazł analogicznego zastosowania przepis art. 187 ust. 4 ustawy Pzp uznał, że przesłanka interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została przez Odwołującego wypełniona.

Oferta Odwołującego jest jedną z dwóch ofert złożonych w ramach części pierwszej zamówienia, a w związku z tym, że podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą zarówno czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, jak i zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego (druga z ofert złożonych w ramach części pierwszej zamówienia), Odwołujący w sposób dostateczny wykazał, że w przypadku uwzględnienia jego zarzutów miałyby realne szanse na uzyskanie niniejszego zamówienia. Podnoszona przez Przystępującego i Zamawiającego okoliczność, jakoby oferta Odwołującego nie była zabezpieczona wadium, co dyskwalifikuje tego wykonawcę jako uczestnika postępowania, nie może być uwzględniona przez skład orzekający Izby. Stwierdzić bowiem należy, że zarzut ten (wykluczenia z postępowania z powodu błędnego wadium) jest podnoszony przez Odwołującego jako naruszenie, którego dopuścił się Zamawiający, dlatego też zarzut ten podlega merytorycznemu rozpoznaniu.

Również podnoszona w toku rozprawy okoliczność, iż Odwołujący nie wnosi - w ramach swoich żądań - o wybór jego oferty w postępowaniu jako oferty najkorzystniejszej, wnosząc jednocześnie o unieważnienie postępowania nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący wnosi bowiem o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o powtórzenie czynności oceny ofert, w ramach której to czynności mogłoby dojść do wyboru oferty najkorzystniejszej. Żądanie unieważnienia postępowania należy traktować jako żądanie alternatywne Odwołującego o czym świadczy określenie tego żądania w ostatniej kolejności oraz argumentacja w tym zakresie zawarta w treści protestu (rozpatrzenie wniosku o unieważnienie postępowania w razie braku podstaw do ponownej oceny ofert i unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty).

Odnosząc się do zarzutów zawartych w treści odwołania i podlegających merytorycznemu rozpoznaniu, Izba uznała je za niezasadne i stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Podstawą tych ustaleń składu orzekającego Izby stał się materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie, tj. przede wszystkim dokumentacja z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazana w kopii przez Zamawiającego do akt sprawy oraz przedłożona do wglądu Izby w oryginale w toku rozprawy, w tym w szczególności: oferta Odwołującego i Przystępującego wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami jej treści oraz postanowienia SIWZ wraz z odpowiedziami na zapytania dotyczące jej treści, jak również stanowiska stron postępowania oraz Przystępującego wyrażone w pismach złożonych w toku postępowania protestacyjnego i odwoławczego oraz w trakcie rozprawy.

Skład orzekający Izby nie dopuścił dowodów z przesłuchania świadka Pana Mirosława K. na okoliczności wskazane w odwołaniu oraz powołania biegłego, działając na podstawie art. 188 ust. 5 i 6 ustawy Pzp oraz z uwagi na to, że miały one potwierdzać okoliczności, co do których Izba uznała, że zarzuty nie będą podlegały merytorycznemu rozpoznaniu (opis przedmiotu zamówienia).

Co do zarzutu nieuwzględnienia przez Zamawiającego dokumentu sporządzonego przez Radcę prawnego – adwokata niemieckiego z kancelarii ERNST & LINDER LLC pomimo tego, że został wystawiony w kraju siedziby Odwołującego oraz wydruku dokumentu z rejestru HRB niemieckiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (GmbH) jako nie potwierdzającego, że spółka nie jest w stanie likwidacji i nie ogłoszono jej upadłości, Izba ustaliła i zważyła co następuje: zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, która stanowiła odzwierciedlenie przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów (§ 2 ust. 1 pkt 1 lit a) w przypadku wykonawcy, który ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP – czyli jak w niniejszej sprawie Odwołujący – co do dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, wykonawca ten składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Zgodnie zaś

z § 2 ust. 3 rozporządzenia, jeżeli w kraju siedziby bądź miejsca zamieszkania takiego wykonawcy nie wystawia się takich dokumentów (a więc dokumentów urzędowo potwierdzających okoliczność ewentualnej upadłości bądź likwidacji) ma on obowiązek przedłożyć w postępowaniu oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Odwołujący do swojej oferty załączył kopię dokumentu wypisu z Rejestru Handlowego HRB, w którym pod nr 201801 zarejestrowana jest firma Odwołującego. Dołączono również zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej w Gminie Edewecht (Gemeinde Edewecht). W dokumentach tych brak jest jakiegokolwiek informacji odnośnie ewentualnej likwidacji, czy też upadłości firmy. Do oferty dołączono również oświadczenie z dnia 29 czerwca 2009 r., wystawione przez Dr Marcusa A. E. radcę prawnego, adwokata z kancelarii ERNST & LINDER LLC, z którego treści wynika, że firmie tej, sprawującej funkcje doradcze dla Odwołującego od roku 2005, nie wiadomo nic o toczących się lub nieuchronnie grożących postępowaniach sądowych lub powództwach przeciwko tej Spółce za wyjątkiem postępowania w sprawie drobnego wykroczenia drogowego. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający pismem z dnia 13 sierpnia 2009 r. (L.dz. 3656/2009) wezwał Odwołującego do uzupełniania dokumentów potwierdzających te informacje. Odwołujący pismem, które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 20 sierpnia 2009 r. wyjaśnił, że dokument potwierdzający wskazane okoliczności został załączony do oferty na str. 20 i 21 i jest to zaświadczenie wystawione przez kancelarię prawną. Jednocześnie też dołączono oświadczenie z dnia 29 lipca 2009 r., podpisane przez M. B. jako prokurenta z prawem do jednoosobowej reprezentacji o tym, że nie otwarto wobec Odwołującego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie w kraju i zagranicą. Oświadczenie to zostało potwierdzone notarialnie w dniu 17 sierpnia 2009 r.

W ocenie składu orzekającego Izby zasadnym było przede wszystkim skierowanie do Odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentu odnośnie ewentualnej likwidacji, bądź upadłości Odwołującego, który jest spółką handlową prawa niemieckiego. Z załączonych do oferty dokumentów urzędowych w żaden sposób nie wynikało potwierdzenie, bądź zaprzeczenie tym okolicznościom. Przedłożone oświadczenie kancelarii radcy prawnego – adwokata nie jest natomiast dokumentem, o którym stanowi § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Nie jest to bowiem ani dokument urzędowy, ani też oświadczenie złożone przez przedsiębiorcę przed wskazanymi w tym przepisie rozporządzenia organami. Dokument ten stanowi wyłącznie oświadczenie wiedzy w tym przedmiocie złożone przez podmiot prawny sprawujący obsługę doradczą (prawną) Odwołującego. Takiego rodzaju dokumentu przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie przewidują. Również oświadczenie przedłożone w wyniku uzupełnienia przez Odwołującego dokumentu

tego warunku nie spełnia. Jest to faktycznie oświadczenie złożone przez osobę upoważnioną do reprezentacji Odwołującego jednakowoż nie zostało ono złożone przed notariuszem. Czynności notariusza w tym zakresie sprowadzały się jedynie do potwierdzenia wiarygodności podpisu osoby składającej to oświadczenie. Bez wątpienia te dwie sytuacje należy odróżnić od siebie, a na powyższe wskazuje literalne brzmienie przepisu § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów – oświadczenie złożone przed notariuszem. Wskazane oświadczenie nie zostało złożone przed notariuszem, na co wskazuje treść poświadczenia notarialnego oraz data, w której to poświadczenie nastąpiło (17 sierpnia 2009 r.) inna niż data złożenia samego oświadczenia (29 lipca 2009 r.). Notariusz zatem poświadczył zgodność przedłożonego mu dokumentu wyłącznie pod kątem złożonego pod nim podpisu, a nie – zgodnie z wymogami rozporządzenia w sprawie dokumentów – okoliczność, że określona osoba upoważniona do reprezentacji spółki złożyła przed nim, jako szczególnym podmiotem zaufania publicznego, oświadczenie o określonej treści. Równie dobrze notariusz mógł także poświadczyć wyłącznie podpis pod kątem jego zgodności ze wzorem podpisu danej osoby, nie poświadczając jednocześnie określonej treści oświadczenia tej osoby. Przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów są rygorystyczne w tym względzie i biorąc pod uwagę okoliczność, że oświadczenie składane przed notariuszem zastępuje inny dokument urzędowy potwierdzający wskazane okoliczności, nie można czynić w tym zakresie odstępstw pod kątem konkretnych wykonawców, bowiem prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Stosowanie w tym zakresie wykładni oświadczeń woli, zgodnie z art. 65 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp, także nie znajduje uzasadnienia wobec braku zachowania wymaganej przepisami prawa formy dokumentu o charakterze dokumentu urzędowego.

Reasumując zatem Zamawiający miał podstawy, aby dokonać wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na nie przedłożenie przez niego w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów, dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto wobec niego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

Co do zarzutu wykluczenia przez Zamawiającego Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na niezabezpieczenie jego oferty ważnym wadium Izba ustaliła i zważyła co następuje: zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz przepisami ustawy Pzp, w szczególności art. 46, wykonawca powinien w pełnym okresie terminu związania ofertą zabezpieczyć ją prawidłowo wniesionym wadium w określonej wysokości. Biorąc powyższe pod uwagę

Odwołujący załączył do oferty wadium w formie gwarancji bankowej udzielonej przez VR Bank Oldenburg Land West eG, Wildeshauser Str. 8 26209 Hatten. Z treści tej gwarancji wynika, że podstawą wypłaty gwarantowanej sumy będzie pisemne żądanie zapłaty skierowane przez Zamawiającego oraz pisemne potwierdzenie faktu, że oferta Odwołującego została przyjęta, a wykonawca ten odmawia wykonania udzielonego mu zlecenia zgodnie z ofertą lub warunkami przetargu. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia również tego dokumentu. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że dokument przedłożony wraz z ofertą, co do treści jest prawidłowy i zabezpiecza interesy Zamawiającego, uzupełniając jedynie poprawne tłumaczenie tego dokumentu, co do wskazania właściwego określenia Zamawiającego w treści gwarancji.

Skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający słusznie wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na przedłożenie niewłaściwego wadium. Treść przedłożonej gwarancji ma charakter gwarancji warunkowej. Wynika z niej, że gwarant (Bank) wypłaci gwarantowaną sumę wyłącznie w jednej sytuacji, tj. gdy oferta Odwołującego zostanie przyjęta przez Zamawiającego, a wykonawca ten odmówi wykonania udzielonego mu zlecenia, zgodnie z ofertą lub warunkami przetargu. Można zatem stwierdzić, że warunek ten dotyczy wyłącznie dyspozycji art. 46 ust. 5 ustawy Pzp na pewno zaś nie dotyczy sytuacji określonej w przepisie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. W ust. 5 art. 46 ustawy Pzp ustawodawca określił bowiem sytuacje odnoszące się do zatrzymania przez Zamawiającego wadium, jeśli zaistnieją określone okoliczności dotyczące wykonawcy, którego oferta została przez Zamawiającego wybrana. Ust. 4a art. 46 ustawy Pzp dotyczy natomiast każdego z wykonawców, który ubiega się o zamówienie – niezależnie od tego, czy jego oferta zostanie, czy też nie zostanie wybrana – jeśli wykonawca ten nie uzupełnił w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp żądanych przez Zamawiającego dokumentów. Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, że gwarancja wypłaty wadium określona w treści dokumentu bankowego przedłożonego przez Odwołującego, dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy oferta Odwołującego zostanie przyjęta (zostanie przez Zamawiającego wybrana w postępowaniu), nie zabezpiecza zaś skutecznie oferty na okoliczność nie wybrania w postępowaniu tego wykonawcy i nieuzupełnienia przez niego dokumentów na żądanie Zamawiającego (art. 46 ust. 4a ustawy Pzp).

Na marginesie tylko Izba stwierdza, że w zakresie dokumentu wadialnego niedopuszczalne jest wzywianie przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co uczynił wobec Odwołującego Zamawiający w niniejszym postępowaniu. Powyższe jednak nie miało znaczenia dla oceny podniesionego przez Odwołującego zarzutu bowiem Izba oparła się w tym zakresie na dokumencie wadialnym

przedłożonym wraz ofertą, a nie na dokumencie tłumaczenia gwarancji wadialnej dołączonego w wyniku uzupełnienia dokumentu przez Odwołującego.

Reasumując Izba stwierdziła, że Zamawiający miał podstawy do tego, aby działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczyć Odwołującego z postępowania z powodu braku wadium zabezpieczającego ofertę, zgodnie z przepisem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Co do zarzutu wykluczenia przez Zamawiającego Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na nieprzedłożenie 4 referencji potwierdzających dostawy maszyn do 4 różnych użytkowników Izba ustaliła i zważyła co następuje: zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Na potwierdzenie spełniania wymogu Zamawiającego - zgodnie z postanowieniami SIWZ – należało przedłożyć 4 referencje potwierdzające dostawy maszyn do 4 różnych użytkowników. Odwołujący w swojej ofercie przedłożył 4 referencje wraz z tłumaczeniami z języka niemieckiego na język polski – jedną pochodzącą od odbiorcy z Dżakarty i trzy od jednego odbiorcy w Pekinie. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dostawy do 4 różnych odbiorców. Odwołujący w wyniku uzupełnienia dokumentów stwierdził, że przedłożone przez niego w ofercie dokumenty są wystarczające, a niezależnie od powyższego przedłożył Zamawiającemu dodatkowo dwie referencje w języku niemieckim bez tłumaczenia na język polski.

Skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że zasadnym było działanie Zamawiającego polegające na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na nieprzedłożenie w wyniku wezwania do uzupełnienia takich dokumentów, które potwierdzałyby wymogi Zamawiającego. Dokumenty przedłożone w wyniku wezwania do uzupełnienia wyłącznie w języku obcym nie mogą potwierdzać spełniania wymogów Zamawiającego. Ewentualne przyjęcie przez Zamawiającego takich dokumentów bez tłumaczenia na język polski poświadczonego przez wykonawcę zgodnie z przepisem § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu i uczciwej konkurencji oraz zasady prowadzenia postępowania w języku polskim, wyrażonej w art. 9 ust. 2 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że przywołany przepis rozporządzenia (§ 4 ust. 3) odnosi się do tłumaczenia na język polski każdego dokumentu wystawionego w języku obcym, który przedkładany jest przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału

w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających, że określone dostawy, usługi, czy roboty budowane potwierdzają spełnianie wymogów SIWZ. Przepis ten, jak i przepisy ustawy Pzp, nie przewidują możliwości samodzielnego przyjmowania przez Zamawiającego, że dany dokument ma identyczną treść co inny załączony przez wykonawcę wraz z tłumaczeniem, ani też nie przewidują zbiorowego tłumaczenia przez wykonawców takich dokumentów. Zgodnie też z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp Zamawiający nie mógł ponownie wzywać do uzupełnienia wskazanych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem przepis ten zakłada wyłącznie jednorazowe wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu.

Niezależnie od powyższego stwierdzić także należy, że żądanie zawarte w SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu o konieczności dołączenia przez wykonawców ubiegających się o zamówienie 4 referencji dotyczących jakości i funkcjonalności przedmiotu dostawy, pochodzących od użytkowników maszyn, w kontekście wyjaśnień treści SIWZ z dnia 6 lipca 2009 r. (pismo znak: L.dz. 460/3095/2009), będących wynikiem zapytań składanych przez wykonawców, było oczywiste, iż Zamawiający oczekuje 4 referencji dotyczących dostawy na rzecz 4 różnych użytkowników. Jak wyjaśnił w toku rozprawy Zamawiający powyższe uzasadnione było tym, iż Zamawiający oczekiwał dostawy maszyny, która nie jest prototypem, a maszyną funkcjonującą u różnych podmiotów. Wymóg ten nie został przez Odwołującego w odpowiednim czasie oprotestowany zatem podnoszenie aktualnie, że żądanie to jest bezpodstawne – jak wskazano powyżej - nie może podlegać ocenie Izby.

Skoro więc Odwołujący w ofercie przedłożył referencje dotyczące dostawy maszyny wyłącznie do dwóch użytkowników, a przedłożone w wyniku uzupełniania dokumenty wyłącznie w języku niemieckim nie mogą być brane pod uwagę, zasadnym jest uznanie, że Odwołujący nie spełniał wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Co do zarzutu bezpodstawności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z wymogami SIWZ, Izba ustaliła i zważyła co następuje: zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Bezspornie pomiędzy stronami postępowania i Przystępującym jest to, że urządzenie oferowane przez Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ, co do napędu kołowego, a nie gąsienicowego oraz co do przenoszonej i opuszczanej hydraulicznie kabiny kierowcy (pkt 8 i 11 SIWZ). Uwzględniając powyższe zasadnym było odrzucenie tej oferty jako nie spełniającej wymogów merytorycznych SIWZ.

Argumentacja Odwołującego wskazująca na okoliczność, że powyższe wymogi SIWZ były niedopuszczalne i nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego, nie zasługuje na

uwzględnienie. Zarzuty co do opisu przedmiotu zamówienia, a więc zarzuty co do treści SIWZ, powinny być podnoszone – jak wskazano powyżej - na wcześniejszym etapie postępowania. Brak zarzutów dotyczących postanowień SIWZ w tym zakresie po zamieszczeniu SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego skutkuje koniecznością wypełnienia przez Odwołującego, jak i pozostałych wykonawców składających oferty w postępowaniu, wymagań technicznych co do oferowanego urządzenia. Natomiast brak wypełniania tych wymogów skutkuje koniecznością uznania takiej oferty za sprzeczną z SIWZ i jej odrzucenia.

Co do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Agrex Arcon Izba uznała je za niezasadne.

Po pierwsze Izba stwierdziła, że zarzuty dotyczące braku wskazania w formularzu ofertowym jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (Komptech GmbH) oraz okoliczność braku wskazania wszystkich załączników do oferty Przystępującego, nie zasługują na uwzględnienie.

Do oferty Przystępującego (str. 5-8) załączono umowę Konsorcjum z dnia 2 lipca 2009 r., zawartą pomiędzy Agrex Arcon Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), a Komptech GmbH (dostawca, uczestnik Konsorcjum), z której w sposób bezsprzeczny wynika, wola wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez tych dwóch wykonawców. Brak wskazania na formularzu ofertowym drugiej z firm (uczestnika Konsorcjum), wobec treści wskazanej umowy konsorcjum, nie może dyskwalifikować – w ocenie Izby – oferty jako złożonej przez dwóch wykonawców ubiegających się wspólnie o to zamówienie.

Jednocześnie też brak wskazania załączników do oferty w samym formularzu ofertowym nie jest wymogiem merytorycznym co do oferty, który świadczyłby o sprzeczności oferty Przystępującego z SIWZ co do treści, a jest to wyłącznie uchybienie formalne, nie skutkujące w żaden sposób odrzuceniem tej oferty.

Na marginesie zauważyć jedynie należy, że Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił nawet, a tym bardziej nie udowodnił, aby do oferty Przystępującego nie została dołączona umowa Konsorcjum, a to na Odwołującym - stosownie do dyspozycji art. 6 Kc - spoczywa ciężar dowodowy w tym zakresie. Nie wykazał też Odwołujący jakoby doszło do ewentualnego popełnienia czynu niedozwolonego w postępowaniu przez niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty Przystępującego. Przedłożona przez Zamawiającego do akt sprawy wraz z dokumentacją postępowania kopia oferty Konsorcjum Agrex Arcon, jak również oryginał tej oferty zaprezentowany w toku rozprawy do wglądu

Izby, nie wskazują też na prawdopodobieństwo ewentualnego przerobienia, czy sfałszowania oferty Przystępującego. Izba zatem nie miała podstaw do uznania, że dokument umowy konsorcjum wskazujący na wolę wspólnego ubiegania się o zamówienie przez dwie firmy wchodzące w skład Konsorcjum, nie został załączony do oferty Przystępującego.

W kwestii zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami, przedłożonego przez drugiego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum Agrex Arcon i wystawionego przez austriacki urząd podatkowy Izba uznała, że zarzuty w tym zakresie dotyczące konieczności wykluczenia z tego powodu Przystępującego z postępowania, nie zasługują na uwzględnienie.

Do oferty Agrex Arcon na str. 51-52 załączono wypełniony przez Finazamt w Graz dokument zaświadczenia tamtejszego organu podatkowego o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat (zaświadczenie z dnia 25 maja 2009 r.). Zaświadczenie to w części wniosku o wydanie zaświadczenia zawiera przekreślenie w pozycji wskazującej na cel przedłożenia tego zaświadczenia (zamiast wpisanego tam pierwotnie Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Janik Sp. z o.o. z siedzibą w Kunowie wpisano odręcznie nazwę i adres Zamawiającego. W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów Przystępujący przedłożył jeszcze raz identyczny dokument, ale bez odręcznego przekreślenia i wystawiony z odrębną, inną datą wystawienia, tj. 14 maja 2009 r.

Niezależnie od oceny, czy dokument załączony do oferty (z przekreśleniem) jest prawidłowy, czy nie, Izba uznała, że dokument przedłożony w wyniku uzupełnienia dokumentów spełnia wymogi przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie dokumentów. Dokument ten został wystawiony przez właściwy dla miejsca siedziby spółki organ podatkowy, dotyczy tego podmiotu i potwierdza niezaleganie przez ten właśnie podmiot z płatnościami należnych opłat i podatków. Wskazanie we wniosku o uzyskanie takiego zaświadczenia innego podmiotu, któremu miałyby być przedkładane to zaświadczenie nie podważa okoliczności koniecznej do wykazania przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie publiczne, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z powodu zalegania z publicznoprawnymi należnościami.

W kwestii przedłożonych przez Agrex Arcon referencji dotyczących jakości i funkcjonalności przedmiotu dostawy, tj. że dwie z nich nie spełniają wymogu wykazania się doświadczeniem w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, gdyż wystawione zostały w roku 2004 (referencje od Eko Dolina Sp. z o.o. i Zakładu Utylizacji Odpadów Sp. z o.o.) skład orzekający Izby przychylił się do stanowiska Zamawiającego, że wymóg 3 letni nie dotyczył przedłożenia tych dokumentów. Jak bowiem wynika z analizy zapisów SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, wymóg przedłożenia tych dokumentów nie dotyczył

potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający w wyjaśnieniach do SIWZ wskazał, że w tym zakresie nie należy przedkładać wykazu wykonanych dostaw, a wyłącznie referencje potwierdzające jakość i funkcjonalność przedmiotu dostawy, a nie sam fakt wykazania się realizacją dostawy przez wykonawcę. W tym zakresie warunek był określony przez Zamawiającego odrębnie i dotyczył dostawy jednej przyczepki o wartości nie mniejszej niż 800 000 zł. Dokumenty 4 referencji miały natomiast dotyczyć potwierdzenia jakości i funkcjonalności przedmiotu dostawy, zatem były to dokumenty przedmiotowe, których wymóg 3 lat nie obejmuje.

Tym samym niezasadne byłoby z tego powodu wykluczenie Przystępującego z udziału w postępowaniu.

Co do kwestii braku właściwego poświadczenia, że firma Komptech, wchodząca w skład konsorcjum Agrex Arcon nie jest w likwidacji Izba stwierdziła, że zarzut ten również nie potwierdził się. Oświadczenie złożone w tym przedmiocie przez Przystępującego przed notariuszem jest wystarczające. Z przedłożonych przez niego wraz z ofertą urzędowych dokumentów rejestrowych spółki nie wynikają okoliczności, dotyczące potwierdzenia, bądź zaprzeczenia temu, że spółka jest w stanie likwidacji. Zatem złożone prawidłowo przed notariuszem oświadczenie na podstawie § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów jest w tym przypadku wystarczające.

Biorąc pod uwagę powyższe i zgromadzony w sprawie materiał dowodowy skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przez Zamawiającego przywoływanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Jednocześnie też Izba, biorąc pod uwagę alternatywny wniosek Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, uznała, że przedmiotowy wniosek nie mógł być rozpoznany przez Izbę pozytywnie z uwagi na zakres podnoszonych w odwołaniu zarzutów oraz okoliczność niepotwierdzenia się żadnego z nich, jak również uwzględniając zakaz orzekania przez Izbę poza zakres tych zarzutów, a także biorąc pod uwagę brak podstaw prawnych do ewentualnego unieważnienia postępowania przez Izbę z urzędu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Elblągu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....