

Sygn. akt: KIO/2116/10

WYROK

z dnia 13 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 września 2010 r. przez **Gildia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dworska 15 B, 20 – 135 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Rzeszowską, 35 – 059 Rzeszów, ul. Wincentego Pola 2**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej oceny oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Politechnikę Rzeszowską, 35 – 059 Rzeszów, ul. Wincentego Pola 2 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Gildia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dworska 15 B, 20 – 135 Lublin** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Politechnikę Rzeszowską, 35 – 059 Rzeszów, ul. Wincentego Pola 2** na rzecz **Gildia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dworska 15 B, 20 – 135 Lublin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Rzeszowska - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę symulatora jazdy samochodem ciężarowym”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 05.07.2010 roku. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający w dniu 20.09.2010 r., za pomocą faksu, zawiadomił wykonawców, w tym, wykonawcę Gildia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dworska 15 B, 20 -135 Lublin (dalej: „Odwołujący” lub „GILDIA”) m. In. o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy – AUTOCOMP MANAGMENT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Władysława IV 1, 70-651 Szczecin (dalej: „AUTOCOMP MANAGMENT”) oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy ETC PZL AEOROSPACE INDUSTRIES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Al. Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa, Box 22 (dalej: „ETC PZL AEOROSPACE INDUSTRIES”).

W dniu 29.09.2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy GILDIA. W tej samej dacie Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

W odwołaniu Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- I. art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 104 Kodeksu cywilnego oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum AUTOSIM AS/ODIUT AUTOMEX Sp. z o. o. (dalej: „konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX”) oraz AUTOCOMP MANAGMENT;
- II. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp - poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy - konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX oraz wykonawcy AUTOCOMP MANAGEMENT i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców w sytuacji braku potwierdzenia przez tych wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- III. ewentualnie, naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp;
- IV. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ETC PZL AEROSPACE bez wzywania wykonawcy do wyjaśnień

dotyczących treści złożonej oferty oraz art. 26 ust. 3 Pzp - w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu;

- V. art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 Pzp - poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty niespełniającej warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”).

Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie ofert wykonawców: Konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX, AUTOCOMP MANAGEMENT i ETC PZL AEROSPACE, ewentualnie wezwanie wykonawców AUTOSIM/AUTOMEX i AUTOCOMP MANAGEMENT do uzupełnienia dokumentów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał:

I.

- 1) Zgodnie z załączonym do oferty dokumentem rejestrowym członka konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX - spółki AUTOSIM, osobą upoważnioną do składania oświadczeń woli w imieniu spółki jest Pan Johannes J. Tymczasem oferta konsorcjum została w imieniu tej spółki podpisana przez Pana Martina H. Do oferty nie zostało załączone ważne pełnomocnictwo. Odwołujący twierdził, że pełnomocnictwo do złożenia oferty powinno mieć również formę pisemną, tzn. powinno zawierać odręczny podpis osoby udzielającej pełnomocnictwa. Natomiast w ofercie Konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX zamieszczono dokument zatytułowany „Upoważnienie”, zawierający upoważnienie dla Pana Martina H. do podpisania dokumentów ofertowych w imieniu wykonawcy AUTOSIM, z tym, że dokument ten - pomimo że sygnowany był przez Pana Johannesesa J. - nie zawierał jego podpisu, lecz jedynie potwierdzenie za zgodność z oryginałem dokonane przez Pana Martina H. Zdanie Odwołującego, nie sposób uznać, że Pan Martin H. został upoważniony do złożenia oferty w imieniu spółki AUTOSIM. Zgodnie z art. 104 Kodeksu cywilnego jednostronna czynność prawna dokonana bez umocowania jest nieważna. W opinii Odwołującego, oferta Konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy jako nieważna na podstawie innych przepisów, w tym przypadku przepisów Kodeksu cywilnego.
- 2) W związku z wezwaniem Zamawiającego do przedstawienia pełnomocnictwa, Konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX przedstawiło pełnomocnictwo dla Pana Rafała G., ustanawiające go pełnomocnikiem wykonawców występujących wspólnie, tj.

Konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX. Pełnomocnictwo to zostało podpisane ze strony firmy AUTOSIM przez Pana Martina H., a więc w opinii Odwołującego, przez osobę, która nie przedstawiła skutecznego pełnomocnictwa do reprezentacji firmy AUTOSIM w tym postępowaniu. Pełnomocnictwo to nie zawiera także daty jego ustanowienia oraz oświadczenia o potwierdzeniu czynności dokonanych przed jego ustanowieniem. Należy zaznaczyć, iż wobec braku daty na dokumencie pełnomocnictwa, pełnomocnictwo to wywołuje skutki dopiero z chwilą jego ujawnienia, co nastąpiło w dacie złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty (data pewna). Odwołujący stwierdził, że pomimo wezwania do przedstawienia pełnomocnictwa, oferta Konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX nie została podpisana przez osoby upoważnione do reprezentacji tych podmiotów, i pomimo wezwania w tym zakresie, brak ten nie został usunięty. Odwołujący twierdził, że skoro wykonawca ten był wzywany do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa to nie może być ponownie wzywany w tym zakresie. Zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX powinna zostać odrzucona z tej przyczyny.

II i III.

- 1) Zdaniem Odwołującego dokument przedstawiony przez członka konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX - wykonawcę AUTOSIM, mający potwierdzać brak podstaw do wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy, mimo że wystawiony w dniu 3 sierpnia 2010 r., to jednak potwierdza stan faktyczny na dzień 14 grudnia 2009 r. W opinii Odwołującego dokument nie spełnia wymagania aktualności. Tym samym wykonawca AUTOSIM nie potwierdził braku podstaw do wykluczenia. Odwołujący twierdził, że w związku z tym Zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy lub wykluczyć Konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz odrzucić jego ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.
- 2) Wykonawca AUTOCOMP MANAGEMENT przedstawił wykaz wykonanych dostaw, w którym znalazły się cztery pozycje (I - IV). W stosunku do wszystkich czterech wykazanych dostaw Odwołujący sformułował zarzut braku potwierdzenia należytego ich wykonania, a w konsekwencji nie wykazania się przez wykonawcę wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem. I tak:
 - a) W odniesieniu do pozycji I w wykazie wykonanych dostaw Odwołujący stwierdził brak referencji wystawionej przez odbiorcę dostawy, wskazanego w wykazie. Poza tym w

wykazie mowa jest o 12 symulatorach dostarczonych w latach 2002-2009 natomiast wykazana kwota brutto w tej pozycji wynosi 780 000 EURO, co sugeruje, że kwota ta dotyczy owych 12 symulatorów. Referencja mówi o odbiorze 1 symulatora. Zdaniem Odwołującego nie można zatem stwierdzić, za jaką kwotę zostały wykonane dostawy w wymaganym okresie 3 ostatnich lat.

- b) Pozycja II: Wskazany termin realizacji dostawy: „lata 2008 i 2006”. Zdaniem Odwołującego załączona referencja nie potwierdza, że zamówienie o wskazanej wartości 550 000 Euro było wykonane w ciągu trzech ostatnich lat, skoro część dostawy była zrealizowana w 2006 roku, więc w okresie 4 lat przed terminem składania ofert.
- c) W protokole odbioru odbiorca potwierdza wykonanie modernizacji urządzenia a nie dostawy, z zastrzeżeniem usunięcia „punktów resztkowych”. Odwołujący uznał więc, że dokument ten nie potwierdza ostatecznego należytego wykonania, wręcz potwierdza iż czynność ta nie była wykonana należyście. Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie powinien brać pod uwagę tej dostawy przy ocenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykonawcy.
- d) W wykazie (poz. IV), wykonawca określa termin realizacji dostawy w ten sposób: „instalacja - 2001 r., modernizacja - 2008 r.” Podana jest przy tym jedna kwota: „powyżej 2 mln zł”. Protokół odbioru potwierdza jedynie wykonanie w okresie ostatnich trzech lat tylko modernizacji (rozbudowy) bez określenia kwoty zamówienia. Zdaniem Odwołującego nie można stwierdzić, że wykonawca wykonał dostawę o wymaganej minimalnej wartości w ciągu trzech ostatnich lat, skoro dostawa została zrealizowana w 2001 roku. Ponadto protokół nie określa czy dostawa była dokonana w terminie zgodnie z warunkami umowy. Jest to dokument którego data jest wystawiana na dzień badania technicznego danego urządzenia. Odwołujący twierdził, że nie ma więc pewności czy odbiór urządzenia i sporządzenia tego dokumentu był zgodny z podpisaną przez firmę Autosim umową.

W związku z powyższym Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę AUTOCOMP MANAGMENT z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy jako wykonawcy nie spełniającego warunku wiedzy i doświadczenia, a następnie Zamawiający powinien odrzucić ofertę tego wykonawcy, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Ewentualnie, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę AUTOCOMP MANAGMENT do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy.

Odwołujący wskazywał, że wykonawca AUTOCOMP MANAGMENT zaoferował wartości niezgodne za specyfikacją. W punkcie „wymagany obrót wzdłuż osi poprzecznej „ Zamawiający podał wartość oczekiwaną +/-10 stopni natomiast Wykonawca zaoferował +/- 20 stopni. W parametrach wymaganych Zamawiający nie określił górnej bądź dolnej granicy tylko wskazał na konkretny parametr.

IV.

Odwołujący podnosił, że w treści oferty wykonawca PZL, w pkt 4.1 zapisał, że „po uzgodnieniu ostatecznej konfiguracji przedmiotu zamówienia ETC-PZL AEROSPACE INDUSTRIES dostarczy Zamawiającemu ogólne wymagania dotyczące pomieszczeń przewidzianych do zainstalowania symulatora”. Natomiast w pkt 9: „Powyższa cena nie zawiera kosztu przystosowania pomieszczeń do instalacji symulatora”. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający ustalił ostateczną konfigurację symulatora w siwz i wykonawcy powinni ją znać na etapie składania oferty natomiast jeżeli wykonawca miał jakieś pytania lub wątpliwości, co do infrastruktury obecnej w miejscu instalacji, to mógł to wyjaśnić w trybie art. 38 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślał, że zgodnie z siwz, w pkt 12.2: „Podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w niniejszej specyfikacji oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należnej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia”. Odwołujący podnosił, że w pkt 9 opisu technicznego Wykonawca twierdzi, że nie zawarł kosztów dostosowania pomieszczeń do instalacji swojego urządzenia. Ponadto, treść projektu umowy pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą załączona do SIWZ również nie przewiduje, żadnych dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego, które łatwo można było przewidzieć przed złożeniem ofert. W opinii Odwołującego, wykonawca wyłączył z zaoferowanej ceny koszt, który - zgodnie ze specyfikacją - powinien uwzględnić w swojej wycenie. Wobec tego, zdaniem Odwołującego oferta powinna więc zostać odrzucona, jako niezgodna z treścią SIWZ, na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bez wzywania do wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (skoro na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy nie wzywa się wykonawcy do złożenia wyjaśnień i/lub uzupełnień dotyczących treści oferty, jeżeli podlega ona odrzuceniu), w związku z zakazem prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz dokonywania jakichkolwiek zmian w jej treści, wyrażonym w art. 87 ust. 1 Pzp.

Pismem z dnia 30 września 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przez wykonawcę GILDIA. W dniu 1 października 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w formie faksu, wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ze strony wykonawcy AUTOCOMP

MANAGMENT. W tym samym dniu wykonawca złożył pismo w placówce operatora publicznego. W formie pisemnej przystąpienie do postępowania odwoławczego wpłynęło w dniu 5 października 2010 r. (prezentata Krajowej Izby Odwoławczej - wpłynęło 05.10.2010r.).

Na rozprawie w dniu 11 października 2010 r. Zamawiający przedłożył odpowiedź na odwołanie, której kopię przekazano Odwołującemu.

W odpowiedzi Zamawiający podnosił, że po analizie złożonych dokumentów, Zamawiający stwierdził, że AUTOCOMP MANAGMENT potwierdził posiadanie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie, że wykonał należycie dwie podobne dostawy: wymienione w wierszu 2 i 4 tabeli „wykaz wykonanych dostaw” stanowiącej załącznik do oferty AUTOCOMP MANAGMENT, tj. dostawę dla Uniwersytetu Technicznego w Monachium i Fabryki Volswagena w Dreźnie. Wykonawca oświadczył, że dostawy te wykonał odpowiednio w datach 7.12.2007 r. i 24.02.2009 r., a więc w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenia zamówienia. Wartość tych dostaw wynosiła odpowiednio 550.000 EUR i pow. 2 mln PLN. Zamawiający twierdził, że nie miał podstaw do uznania oświadczeń wykonawcy za nieprawdziwe i dokonywania podziału kwoty na lata wskazane w tabeli. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień treści dokumentu „wykaz wykonanych dostaw” uściślił daty odbioru dostaw i nie dokonał modyfikacji wartości dostaw, co należy interpretować w ten sposób, że w tabeli podał wartości wykonanych dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenia zamówienia. Zdaniem Zamawiającego użyte przez AUTOCOMP MANAGMENT w wierszu 4 kol. 5 tabeli „wykaz wykonanych dostaw” określenie powyżej 2 mln PLN jest wystarczające dla ustalenia, że dostawa w wierszu 4 spełnia wymóg określony w siwz co do wartości podobnego zamówienia „o łącznej wartości nie mniejszej niż 2.000.000 mln PL”. Także zarzut Odwołującego, że dostawy te dotyczą nie dostawy symulatora a modernizacji symulatora i w związku z tym nie mogą brane pod uwagę, w opinii Zamawiającego jest niezasadny, gdyż Zamawiający w pkt 6.2.11 siwz wskazał, że spełnienie warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, następuje poprzez wykazanie przez Wykonawcę, że posiada doświadczenia zawodowe rozumiane jako należyte wykonanie jednego podobnego zamówienia. Wobec tego Zamawiający nie wymagał identyczności wykonanego zamówienia, a jego podobieństwa. W ocenie Zamawiającego bezspornie dokonanie dostawy dot. modernizacji symulatora jazdy samochodu ciężarowego należy uznać za wykonanie podobnego zamówienia, rodzajowo tożsamego. Z założenia więc modernizacja symulatora jest bardziej skomplikowana niż dostarczenie nowego symulatora, co w ocenie Zamawiającego świadczy o posiadaniu przez wykonawcę odpowiedniej wiedzy i doświadczenia do prawidłowej realizacji udzielanego zamówienia przez Zamawiającego. Celem dokonania oceny przez Zamawiającego spełniania warunku przez wykonawcę w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia jest

ustalenie, że wykonawca jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, przez pryzmat posiadanej wiedzy fachowej i nabytego doświadczenia w realizacji danego typu zamówień. Współpraca z Uniwersytetem Technicznym w Monachium i Fabryką Volswagena w Dreźnie, w zakresie ww. dostaw, potwierdzona odbiorami dostarczonych urządzeń bez zastrzeżeń, jest wystarczająca dla Zamawiającego dla przyjęcia, że Autocomp spełnił warunek w postępowaniu dot. posiadania wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie oświadczenia o odbiorze urządzeń dot. dostaw dla Uniwersytetu Technicznego w Monachium i Fabryki Volswagena w Dreźnie była dla Zamawiającego wystarczające dla uznania, że wykonawca wykonał te dostawy należycie. Przepisy prawa, w tym przepisy Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), nie statuują wymagań formalnych, które powinny spełniać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. Tym samym zatem na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia można przedłożyć każdy dokument, wystawiony przez podmiot, na rzecz którego dane zamówienie było realizowane, który będzie potwierdzał należyte wykonanie zamówienia, czyli prawidłowość jego wykonania. Wśród takich dokumentów wymienia się również protokoły obioru prac, wykonanych bez zastrzeżeń na rzecz podmiotu wystawiającego takie dokument. Powyższe stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i potwierdzone orzecznictwem sądowym. W związku z tym zarzut Odwołującego dot. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez niewykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego AUTOCOMP MANAGMENT i nieodrzućenie oferty tego wykonawcy za nieuzasadniony.

Ponadto, Zamawiający twierdził, że chybiony jest zarzut naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AUTOCOMP MANAGMENT w związku z tym, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W opinii Zamawiającego AUTOCOMP MANAGMENT zaoferowanie urządzenia o lepszym parametrze tj. o większym zakresie przemieszczenia kątownego kabiny symulatora wzdłuż osi poprzecznej, należy uznać, za spełniające wymóg określony SIWZ a ofertę za zgodną z treścią siwz.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uznał także zarzuty Odwołującego dotyczące oferty konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX za niezasadne. Po pierwsze, w opinii Zamawiającego, zupełnie nieuzasadniony jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjumna podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, gdyż załączone pełnomocnictwo udzielone Martinowi H. przez Prezesa Zarządu Autosim AS Johannes J. jest podpisane, tj. podpis znajduje się na kopii oryginału pełnomocnictwa z dnia 02.08.10 sporządzonego w języku angielskim. Do oferty załączono jednocześnie tłumaczenie tego dokumentu na język polski, na którym podpis nie widnieje. Zdaniem Zamawiającego także dalszy zarzut Odwołującego dotyczący pełnomocnictwa dla ustanowionego pełnomocnika Rafała G. do reprezentowania wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, polegający na tym,

że pełnomocnictwo to zostało udzielone przez osobę której umocowanie nie zostało wykazane jest wobec powyższego niezasadny. Po drugie, Zamawiający zwraca uwagę, że oferta złożona przez konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX podpisana była przez obu wykonawców (tj. osoby upoważnione do ich reprezentacji). Wobec tego Zamawiający stwierdził, że złożona oferta była więc ważna. Pełnomocnictwo dla pełnomocnika wykonawców Rafała G. zostało złożone przez konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX na wezwanie Zamawiającego z dnia 10.09.2010 r. do uzupełnienia braków oferty, w celu zniesienia braku formalnego oferty i jej zgodności z art. 23 ust. 2 ustawy, który stanowi, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu. Taki dokument został uzupełniony przez wykonawcę w wyznaczonym terminie. Zamawiający twierdził, że brak wskazania daty w tym pełnomocnictwie nie powoduje, że jest ono nieważne, gdyż data nie jest istotnym elementem treści pełnomocnictwa. Jednocześnie wobec podpisania oferty konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX przez obu wykonawców, a nie tylko przez pełnomocnika, ustalenie daty udzielenia pełnomocnictwa jest drugorzędne i nie mające znaczenia dla oceny oferty. Zamawiający podnosił, że uzupełnienie pełnomocnictwa dla pełnomocnika Rafała Grzeszczyka do reprezentowania wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, nie potwierdza ani spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, ani, że oferowana dostawa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. W związku z tym nie może mieć do niego zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę, odpowiedź na odwołanie oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba postanowiła nie dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcy AUTOCOMP MANAGMENT przystępującego po stronie Zamawiającego, gdyż w ocenie Izby wykonawca nie wypełnił obowiązku wynikającego z dyspozycji art. 185 ust. 2 ustawy, zgodnie z którą wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od daty otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej

bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W powyższym przepisie ustawy ustawodawca jasno wskazał, że dla skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego wymagane jest doręczenie Prezesowi Izby zgłoszenia przystąpienia w formie bądź to pisemnej bądź elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Podkreślić należy, że w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych brak jest wskazania, że złożenie przystąpienia w formie faksu jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby.

Z ustaleń Izby wynika, że przystąpienie do postępowania odwoławczego zostało skutecznie wniesione – formie pisemnej – dopiero w dniu 5 października 2010 r. a więc z uchybieniem terminu, który upływał w dniu 4 października 2010 r. Izba. W związku z tym, Izba uznała, że wykonawca AUTOCOMP MANAGMENT nie przystąpił skutecznie do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. Zarzuty dot. AUTOCOMP MANAGMENT

Izba, dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzuty w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, podniesione w odwołaniu potwierdziły się.

- 1. Zarzuty dot. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp*

Zgodnie z rozdziałem 6 pkt II siwz „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków” w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia Zamawiający wskazał, że wykonawcy powinni wykazać, iż posiadają doświadczenie zawodowe rozumiane, jako należyte wykonanie 1 podobnego zamówienia w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 000 000 PLN. Zgodnie z ppkt 1 w celu potwierdzenia spełnienia warunku w tym zakresie Wykonawcy winni byli załączyć do oferty: wykaz wykonanych dostaw zgodny z załącznikiem nr 5 do siwz wraz z dokumentami, że dostawy zostały wykonane należycie.

Wykonawca AUTOCOMP MANAGMENT w ofercie (str. 21) przedstawił wykaz wykonanych dostaw sporządzony według zał. Nr 5 do siwz, w którym znalazły się cztery pozycje (1 - 4). W wykazie podano m. in.:

- 1) W pozycji 2 wykazu wskazano zadanie: „Badawczy symulator samochodu ciężarowego w Technicznym Uniwersytecie Monachium”, zamawiający – Uniwersytet Techniczny w Monachium, wartość dostawy 550.000 Euro. W kolumnie „Termin realizacji, data odbioru (miesiąc – rok)” podano: „lata 2008 i 2006”.
- 2) W pozycji 4 wykazu wskazano zadanie: „Badawczo – testowy stymulator VW”, zamawiający – Niemcy, Fabryka Volkswagen Dresden, wartość dostawy „pow. 2 mln. zł.”. W kolumnie „Termin realizacji, data odbioru (miesiąc – rok)” podano: „instalacja - 2001 r., modernizacja – 2008 r.”.

Do powyższego wykazu w zakresie dostawy z pkt. 2 wykazu dołączono referencję podpisaną przez prof. dr inż Berndt H.

Pismem z dnia 10 września 2010 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 Pzp wystąpił do wykonawcy AUTOCOMP MANAGMENT o złożenie wyjaśnień dotyczących podanych w wykazie dostaw (kolumna nr 6) informacji dotyczących terminu realizacji wskazanych dostaw. Zamawiający wskazywał, że na podstawie podanych w wykazie danych nie można jednoznacznie ocenić czy wykonawca spełnia warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Kolejnym pismem, w tej samej dacie, Zamawiający wystąpił do wykonawcy AUTOCOMP MANAGMENT w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o uzupełnieniu braków oferty w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. W treści pisma wskazywał, że załączone do oferty dokumenty, w zakresie zdań zawartych w wykazie dostaw w pkt. 2 i 3 nie potwierdzają należytego wykonania zadań a jedynie wskazują na zalety oferowanych urządzeń. Wobec tego wykonawca winien uzupełnić dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw.

Pismem z dnia 13 września 2010 r. AUTOCOMP MANAGMENT wyjaśnił, że „ 1. w tabeli „Wykaz wykonanych dostaw” w kolumnie 6 podane zostały lata, w których były realizowane kontrakty na zadania wymienione w kolumnie 2 tej tabeli. Dla uzupełnienia danych w kolumnie 6, podajemy daty z przykładowych dokumentów odbioru wykonanych zadań. I tak: - dla zadania w wierszu 1 tabeli – data odbioru: 28.07.2009 – Załącznik nr 1 do niniejszego pisma, - dla zadania w wierszu 2 tabeli – data odbioru: 07.12.2007 – Załącznik nr 2 do niniejszego pisma,- dla zadania w wierszu 3 tabeli – data odbioru: 03.09.2010 –

Załącznik nr 3 do niniejszego pisma. 2. Załączone do niniejszego pisma kopie świadectw odbiorów przykładowych zadań wymienionych w kolumnie 2 tabeli „Wykaz wykonanych dostaw” w sposób wyczerpujący spełniają warunek (...) gdyż potwierdzają fakt należytego wykonania zamówienia (...).”

W załączniku nr 2 do wyjaśnień pn. „Oświadczenie o odbiorze” wskazano: „Zlecenie: Rozszerzenie funkcjonalności symulatora jazdy FTM FU Munchen zgodnie z ofertą KMW A39-4/07/B i A39-5/07/B z 02.08.2007, zamówienie MAN: 4200030972 z 24.08.2007 i 4200031417 z 30.08.2007, Nr kontraktu KMW: 462 453. Zleceniodawca, MAN Nutzfahrzeuge AG, reprezentowany przez Kierownika Projektu Pana Waltera S. oświadcza niniejszym Zleceniobiorcy, Krauss-Maffei Wegmann GmbH&Co.KG, reprezentowanemu przez Kierownika Projektu Jorg T. odbiór prac z ww. zlecenia, z zastrzeżeniem usunięcia punktów reszkowych stwierdzonych podczas odbioru przez TU Muchen 28.11.2007.” Oświadczenie zawiera datę: Monachium, 07.12.2007 oraz nieczytelne podpisy: MAN, W. S. oraz KMW, J. T.

W załączniku nr 4 do ww. wyjaśnień - „Oświadczenie o odbiorze Rozbudowy symulatora HMI o dodatkowe zobrazowanie wsteczne” wskazano: Zleceniodawca: Volkswagen AG oświadcza dla Zleceniobiorcy Krauss-Maffei Wegmann GmbH&Co.KG. Odbiór prac „Rozbudowa symulatora HMI o dodatkowe zobrazowanie wsteczne” zgodnie z ofertą A 32-1/08/Re: (...) Został stwierdzony jeden punkt reszkowy: wyświetlanie własnego pojazdu w zobrazowaniach przednich, wartość dCurvature, wartości na KMW-sensorach śladów niepoprawne. Okres 12 miesięcznej gwarancji rozpoczyna się 17.10.2008 r. wraz z dostawą do Wolfsburga”. Protokół został opatrzony datą 24.02.2009 r.

Izba po przeprowadzeniu badania i oceny słuszności zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp stwierdziła, że zarzuty potwierdziły się.

Opierając się na zawartym w ofercie „wykazie wykonanych dostaw” oraz uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy informacjach i dokumentach mających potwierdzać należyłą realizację dostaw wskazanych w wykazie Izba potwierdziła, że wykonawca AUTOCOMP MANAGMENT nie wykazał spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia postawionych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający a na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego wskazał, że analizując, załączony do oferty „wykaz wykonanych dostaw” Zamawiający stwierdził, że wykonawca AUTOCOMP MANAGMENT wykazał spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez należyte wykonanie dwóch podobnych dostaw wymienione w pkt. 2 i 4 wykazu, tj. dostawę dla Uniwersytetu Technicznego w

Monachium i Fabryki Volkswagena w Dreźnie. Natomiast w stosunku do dostaw wymienionych w pkt. 1 i 3 wykazu wykonawca AUTOCOMP MENAGEMENT nie potwierdził spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Po pierwsze, Izba wyjaśnia, że czynność dokonania prawidłowej oceny przez Zamawiającego spełnienia warunku przez wykonawcę w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia jest niezwykle istotna, ponieważ jej celem jest ustalenie, czy wykonawca jest gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, gdyż posiada niezbędną fachową wiedzę i doświadczenia w realizacji określonego typu zamówień.

Odnosząc się zarówno do dostawy w pkt. 2 jak i w pkt. 4 przedmiotowego wykazu Izba podkreśla, iż zarówno dane zawarte w wykazie jak również przedłożone w trybie art. 26 ust. 3 Pzp przez wykonawcę „protokoły odbioru” wskazują, iż AUTOCOMP MANAGMENT wykonywał, w pierwszym przypadku (pkt. 2 wykazu) rozszerzenie funkcjonalności symulatora, natomiast w drugim przypadku (pkt. 4 wykazu) rozbudowę czy też modernizację symulatora a nie dostawę symulatora. Z przedstawionych przez wykonawcę dokumentów nie wynika, iż w skład ww. zadań wchodziła m. in. dostawa urządzenia. Wobec powyższego Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, który wywodził na rozprawie, iż wykonanie zadania polegającego na rozszerzenie funkcjonalności symulatora czy też czy też modernizacji symulatora jest „czymś więcej” niż dostawą urządzenia, ponieważ w skład ww. zadań wchodzi również dostawa urządzenia.

Nie sposób też przyznać słuszności twierdzeniom Zamawiającego, iż ww. zadania spełniają wymagania Zamawiającego określone w specyfikacji, gdyż jak twierdzi Zamawiający nie wymagał doświadczenia w realizacji identycznych zadań w zakresie przedmiotu zamówienia, a jedynie jego podobieństwa, tj. posiadania doświadczenia zawodowe rozumianego jako należyte wykonanie jednego podobnego zamówienia.

Izba podkreśla, iż przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest dostawa symulatora, ponadto Zamawiający w siwz w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wskazał, iż wymaga załączenia do oferty wykazu wykonanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy zostały wykonane w sposób należyty. Wobec tego oczywistym jest, że przedłożenie dokumentów w zakresie zadań polegających na: rozszerzeniu funkcjonalności symulatora, oraz rozbudowie czy też modernizacji symulatora, z których nie wynika, że przedmiotem ww. zadań była również dostawy urządzenia, nie potwierdza spełnienia warunku w zakresie wykazania się odpowiednim doświadczeniem określonym przez Zamawiającego w siwz.

Kolejno Izba zbadała zarzut, iż dokumenty uzupełnione przez AUTOCOMP MANAGMENT nie potwierdzają należytego wykonania zadań w nich zawartych.

Izba wyjaśnia, że w § 1 ust.1 pkt 3 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), dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”, ustawodawca nie sprecyzował katalogu dokumentów jakie wraz z wykazem wykonanych dostaw może przedłożyć wykonawca w celu potwierdzenia, że dostawy zostały wykonane należycie. Wobec tego zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby dokumentem takim, prócz referencji mogą być również protokoły odbioru poszczególnych zadań.

Izba oczywiście zgadza się z poglądem prezentowanym przez Zamawiającego, że dokonujący badania i oceny dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia zobowiązany jest uwzględniać okoliczność, iż wykonawca nie ma wpływu, ani na formę, ani na treść dokumentu sporządzanego przez zamawiającego, na okoliczność potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Praktyka zamawiających w tym względzie jest różna i nie może prowadzić do obciążenia wykonawcy negatywnymi konsekwencjami takiego stanu rzeczy. Nie mniej jednak Izba wskazuje na cel jakim takie dokumenty mają służyć, a więc potwierdzeniu należytego wykonania konkretnych dostaw, które w przeszłości realizował wykonawca na rzecz konkretnego podmiotu. Wobec tego w treści takich dokumentów winny zleźć się określenia potwierdzające, że realizowane przez wykonawcę zadania zostały wykonane w sposób należyty.

Z treści „Oświadczeń o odbiorze” w zakresie zadań wymienionego w pkt. 2 i pkt. 4 wykazu nie tylko nie sposób wywieść, że zadania zostały wykonane należycie ale zapisy w nich zawarte wręcz wskazują na pewne uchybienia w zakresie punktów resztkowych. Natomiast na rozprawie nie udowodniono, że ww. nieprawidłowości zostały przez wykonawcę usunięte.

Ponadto, „Oświadczenie o odbiorze” dotyczące zadania wykonywanego na rzecz Uniwersytetu Technicznego w Monachium nie zostało wydane przez przywołany Uniwersytet. Na powyższym oświadczeniu znajdują się podpisy innych podmiotów, tj. MAN oraz KMW. Izba podkreśla, co przyznał zarówno Zamawiający jak i Odwołujący na rozprawie, że z treści „Oświadczenie o odbiorze” nie wynika wprost, że ww. zadanie było realizowane na zlecenie Technicznego Uniwersytetu w Monachium.

W kwestii zarzutu dotyczącego wartości zadań zawartych w wykazie wykonanych dostaw (pkt. 2 i pkt. 4 wykazu) Izba podzieliła stanowisko i argumentację Odwołującego, który twierdzi, że zapisy wykazu w tym zakresie są nieprecyzyjne i niejednoznaczne i nie można z nich jednoznacznie wywnioskować, czy realizowane zadania były zrealizowane w przedstawionych w kwotach w wymaganym okresie. Izba ustalił, że Zamawiający co prawda zwracał się do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o uzupełnienie dokumentów

potwierdzających spełnienie warunku w zakresie doświadczenia a także w trybie art. 26 ust. 4 ustawy o wyjaśnienie oferty w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, nie mniej jednak ww. pismach brak jest żądania w zakresie określenia przez wykonawcę wartości realizowanych dostaw w poszczególnych okresach, podczas gdy w wykazie wykonanych dostaw kolumnie „termin realizacji” wykonawca wskazał więcej niż jedną datę.

Izba uznała za błędną argumentację Zamawiającego, polegającą na przyjęciu toku myślenia opartą na wyjaśnieniach wykonawcy, który oświadczył, że dostawy te wykonał odpowiednio w datach 07.12.2007 r. i 24.02.2009 r., a więc w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenia zamówienia. Wobec czego, skoro wartość tych dostaw wynosiła odpowiednio 550.000 euro i pow. 2 mln. zł, Zamawiający uznał, że należy interpretować to w ten sposób, że w tabeli podał wartości wykonanych dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenia zamówienia. Izba wyjaśnia, iż taki sposób rozumowania jest jedynie domniemaniem Zamawiającego, który nie musi znaleźć potwierdzenia w przedmiotowym stanie faktycznym. Powyższą kwestię Zamawiający winien wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Jednak w związku z tym, że Izba uznała w oparciu inne, powyżej wymienione przesłanki, że zadania wymienione przez AUTOCOMP MANAGMENT nie kwalifikują wykonawcy do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, wobec tego wyjaśnienie ww. okoliczności należy uznać za niecelowe.

2. Zarzut dot. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w załączniku nr 4 w tabeli „Zakres wymaganych przemieszczeń liniowych i kątowych kabiny symulatora” określił wymagania 6-ściu parametrów, w tym wymagania dotyczące parametru: „obrót wzdłuż osi poprzecznej-przesunięcie/obrót $\pm 10^{\circ} \pm 1^{\circ}$ ”.

W ofercie AUTOCOMP MANAGMENT w opisie technicznym w tabeli „Dane techniczne: system odtwarzania ruchów kabiny” (str.19 oferty), w zakresie powyższego parametru wykonawca wskazał „obrót wzdłuż osi poprzecznej- przesunięcie/obrót $\pm 21^{\circ} \pm 1^{\circ}$ ”.

Badając słuszność przedmiotowego zarzutu istotnym jest, że Zamawiający w siwz, a w szczególności w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia nie zawarł zapisów, że podane przez niego parametry w zakresie - obrót wzdłuż osi poprzecznej-przesunięcie/obrót - są parametrami minimalnymi, a tym samym, iż dopuszcza symulatory o parametrach lepszych. Wskazane powyżej zapisy specyfikacji jasno wskazują, że w zakresie ww. parametru Zamawiający określił sztywny przedział, tj. $\pm 10^{\circ} \pm 1^{\circ}$.

W związku z powyższym nie sposób uznać za prawidłową ofertę przedłożoną w takim kształcie przez AUTOCOMP MANAGMENT i tylko na podstawie złożonych na rozprawie przez Zamawiającego wyjaśnień przyjąć, że oferta odpowiada treści siwz wbrew wskazanym w jej treści informacjom (obrót wzdłuż osi poprzecznej- przesunięcie/obrót $\pm 21^\circ \pm 1^\circ$). Późniejsze wywodzenie i podnoszenie, że wskazane w ofercie parametry są parametrami lepszymi, jest w sytuacji niniejszego postępowania bezprzedmiotowe i nie może konwalidować ewidentnych niezgodności treści oferty (przedmiotu dostawy) z wymaganiami siwz. W związku z powyższym Izba potwierdziła prawidłowość zarzutu Odwołującego, że oferta AUTOCOMP MANAGMENT jest niezgodna z treścią siwz w wyżej wskazanym zakresie i tym samym winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

II. Zarzuty dot. konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX

1. Zarzut dot. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 104 Kodeksu cywilnego

W oparciu o posiadaną dokumentację Izba ustaliła:

- a) w ofercie konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX na str. 39 - 40 znajdowała się kopia upoważnienia udzielonego Martinowi H. przez Johannesa J. datowanego na dzień 02.08.2010 r. Upoważnienie uprawniało Martina H. – Dyrektora Zarządzającego firmy AUTOSIM AS do podpisania dokumentów ofertowych dla Politechniki Rzeszowskiej, dotyczących zamówienia na symulator autobusu i samochodu ciężarowego.
- b) Oferta ww. konsorcjum została podpisana przez przedstawicieli obu członków konsorcjum: tj. Martina H. (AUTOSIM) oraz Rafała G. (AUTOMEX).
- c) W wyniku pisemnego wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy (pismo z dnia 10.09.2010 r.) konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX uzupełniło brakujące pełnomocnictwo dotyczące ustanowienia pełnomocnika konsorcjum, którym ustanowiono Rafała G. – Dyrektora AUTOMEX Sp. z o.o. Pełnomocnictwo nie zawiera daty i zostało podpisane przez Martina H. (AUTOSIM) oraz Rafała G. (AUTOMEX).

W przedmiocie powyższego zarzutu Izba w całości przyznała słuszność stanowisku i argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego. Za chybiony należy uznać zarzut braku ważnego pełnomocnictwa dla Martina H. uprawniającego do podpisania oferty. Izba potwierdziła, że pełnomocnictwo dla Martinowi H. zostało udzielone przez Prezesa Zarządu AUTOSIM AS Johannesa J. prawidłowo, co potwierdza zawarta na str. 39 oferty kopia oryginału pełnomocnictwa sporządzona w języku angielskim, zawierająca wymagany podpis. Dokument - „Upoważnienie” - na

który powołuje się Odwołujący, jest jedynie tłumaczeniem powyższego pełnomocnictwa, wobec czego nie wymaga sygnowania go podpisem Prezesa Zarządu AUTOSIM AS Johannes J. Wobec tego Izba stwierdza, że oferta została podpisana prawidłowo przez właściwie umocowanych przedstawicieli wykonawców składających ofertę wspólną jako konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX i nie ma w tym przypadku zastosowania przepis art. 104 Kodeksu cywilnego regulujący materię jednostronnej czynności prawnej dokonanej w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu.

Tym samym Izba potwierdziła, że pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia udzielone jako konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX udzielone Rafałowi G. jest pełnomocnictwem ważnym. Ponadto, Izba wskazuje, że pomimo, że powyższe pełnomocnictwo zostało uzupełnione przez konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy to nie można zaliczyć go do katalogu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, ani do dokumentów potwierdzających, że oferowana dostawa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Wobec tego nie można stosować w stosunku do ww. dokumentu regulacji art. 26 ust. 3 ustawy odnoszącej się do przedkładania wymaganych dokumentów, które mają potwierdzać określone okoliczności nie później niż na dzień składania ofert.

Po zbadaniu całokształtu okoliczności niniejszego zarzutu Izba stwierdza, że zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 104 Kodeksu cywilnego nie potwierdził się.

2. *Zarzuty dot. naruszenia art. art. 24 ust. 2 pkt 4 a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp*

Zamawiający w siwz w rozdziale 6 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków” w pkt. V ppkt 4 w tabeli w celu stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy żądał przedłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu do składania ofert. Ponadto, w pkt II ppkt 1.2 oraz ppkt.2.2, pod tabelą wskazał, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w pkt V ppkt 4 ww. tabeli - składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4—8 ustawy. Dokumenty, o których mowa w ppkt 1.2 powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. .

Do oferty konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX (str. 41-42) załączono odpis z policyjnej bazy danych wystawiony przez Komendanta Policji w Troms wraz z tłumaczeniem

wystawiony dla Martina H. W tłumaczeniu podano m. in.: „(...) Zgodnie z postanowieniami § 6 ust. 1 i 2 Ustawy o Rejestrze Przedsiębiorców z dnia 11 czerwca 1971 roku na dzień 14.12.09 nie stwierdzono zapisów o popełnieniu przestępstwa przez ww. osobę”. Dokument zawiera datę wystawienia – 03.08.2010 r.

Izba wskazuje, że przy konstrukcji zapisów w niniejszym zakresie siwz Zamawiający zobligowany był do zastosowania przepisów § 2 ust.1 oraz § 4 ust.1 i 2 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) mających na celu wykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, co też uczynił.

Bezspornym jest, iż wykonawca - konsorcjum AUTOSIM/AUTOMEX - złożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty. Nie sposób się zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a jego oferta odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5, ponieważ w załączonym do oferty odpisie z policyjnej bazy danych, który został wystawiony w dniu 3 sierpnia 2010 r. potwierdzone zostały wymagane okoliczności ale na dzień 14 grudnia 2009 r. i nie spełnia wymogów aktualności. Izba podkreśla, że przepisy przywołanego powyżej rozporządzenia w przedmiotowym zakresie odwołują się jedynie do aktualności dokumentu oraz daty jego wystawienia. Wobec wystawienia spornego dokumentu w dniu 3 sierpnia 2010 r. oczywistym jest, że spełnia on wymóg wystawienia w odpowiedniej dacie. Izba odnosząc się do aktualności dokumentu wskazuje, że Odwołujący, którego zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego obciąża dowód w tej sprawie, nie wykazał na rozprawie, iż załączony „odpis z policyjnej bazy danych” wystawiony dla Martina Hansena jest dokumentem nieaktualnym. Wobec tego Izba potwierdza, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie potwierdziły się.

III. Zarzuty dot. ETC PZL AEOROSPACE INDUSTRIES

1. Zarzut dot. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp

W specyfikacji w rozdziale 12 „Opis sposobu obliczania ceny” w pkt 12.2 Zamawiający stwierdził, że podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w niniejszej specyfikacji oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należynej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

W pkt 9 „Opisu technicznego symulatora jazdy samochodem ciężarowym” wykonawca ETC PZL AEOROSPACE INDUSTRIES zawarł zapis: „Powyższa cena nie zawarł kosztów przystosowania pomieszczeń do instalacji symulatora”.

Izba dokonując oceny powyższego zarzutu nie zgodziła się z argumentacją Zamawiającego przedstawioną na rozprawie, że Zamawiający wykluczył z postępowania a następnie odrzuciła w trybie art. 89 ust 1 pkt. 5 ofertę wykonawcy ETC PZL AEOROSPACE INDUSTRIES, wobec czego Zamawiający uznał, iż odrzucanie oferty w oparciu o inną podstawę prawną jest zbędne.

Izba podkreśla, iż Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością. Wobec tego, Zamawiający winien wykazać wszystkie przesłanki do odrzucenia oferty, a w przypadku ich spełnienia odrzucić ofertę w oparciu wskazując wszystkie podstawy do jej odrzucenia a nie ograniczać się do wybrania jednej z nich, tj. odrzucenie ofertę ETC PZL AEOROSPACE INDUSTRIES w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Izba wyjaśnia, że w przypadku wątpliwości dotyczących treści oferty Zamawiający może skorzystać z możliwości uzyskania wyjaśnień od wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Izba wskazuje, iż niezasadne jest niewykorzystanie możliwości wynikających z przywołanego artykułu. Skorzystanie z jego dyspozycji nie jest *verba legis* czynnością obligatoryjną, lecz uprawnieniem Zamawiającego, to jednak obowiązkiem Zamawiającego działającego z należytą starannością jest wykorzystanie środków wskazanych przez ustawodawcę celem wyjaśnienia treści oferty, która może być poprawna merytorycznie, przed dokonaniem jej odrzucenia. Podkreślić należy, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy stanowią wykładnię oświadczenia woli - oferty i wiążą wykonawcę na równi z treścią oferty. Ich uzyskanie przez zamawiającego mogłoby rozproszyć obawy co do prawidłowej realizacji umowy w przypadku gdy Zamawiający takie wątpliwości posiada.

Jednak w przedmiotowym przypadku Izba potwierdza, że zawarty w ofercie ETC PZL AEOROSPACE INDUSTRIES zapis, iż powyższa cena nie zawarł kosztów przystosowania pomieszczeń do instalacji symulatora, w sytuacji gdy Zamawiający wymagał aby podana w ofercie cena uwzględniała wszystkie wymagania określone w specyfikacji oraz obejmowała wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia nie budził wątpliwości, iż cena zaoferowana przez ww. wykonawcę nie obejmowała wszystkich kosztów wymaganych przez Zamawiającego. Wobec tego, taki zapis w ofercie wykonawcy obligował Zamawiającego do odrzucenia jego oferty również w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

IV. Zarzuty dot. naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ustawy.

Zarzut w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ustawy poprzez wybór oferty wykonawcy, który winien być wykluczony z postępowania a jego ofertę Zamawiający powinien odrzucić Izba uznała, iż powyższy zarzut zasługuje na uwzględnienie. Wobec potwierdzenia przez Izbę, iż doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i uznania, iż wykonawca AUTOCOMP MANAGMENT podlegał wykluczeniu z postępowania a tym samym Zamawiający nie miał prawa uwzględnienia oferty złożonej przez ww. wykonawcę w toku czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponieważ zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. W konsekwencji oferta wykonawcy AUTOCOMP MANAGMENT nie powinna podlegać badaniu i ocenie w oparciu o kryteria oceny ofert, jak również nie powinna być brana przez Zamawiającego pod uwagę w toku czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wobec powyższego Izba uznała, iż doszło w przedmiotowym postępowaniu do naruszenia art. 91 ustawy Pzp.

Wybór oferty najkorzystniejszej dokonany przez Zamawiającego z naruszeniem art. 91 ustawy, w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców skutkuje, uwzględnieniem przez Izbę zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. Izba, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, uznała, że dokonane badanie i ocena złożonych ofert przez Zamawiającego została dokonana w sposób subiektywny i stała w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Tym samym wobec uznania przez Izbę, iż doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający zobligowany był w oparciu o zasadę równego traktowania wykonawców, zarówno do wykluczenia każdego wykonawcy z postępowania, jeżeli wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również do odrzucenia ofert wykonawców w przypadku spełnienia się przesłanek, które zostały przewidziane art. 89 ust. 1 Pzp. Izba podkreśla, iż Zamawiający zaniechał ww. czynności czym naruszył dyspozycję art. 7 ust. 1 ustawy, tj. prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Na rozprawie Odwołujący wycofał zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w odniesieniu do AUTOCOMP MANAGMENT, ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy oraz 87 ust. 1 ustawy, zawarte na stronie 2 odwołania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 91 ustawy w zw. z art. 7 ust.1 ustawy. Izba potwierdza, że naruszenie ww. przepisów miało wpływ na wynik postępowania. Wobec tego

Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Izba wskazuje, iż nakazanie wykonania ww. czynności Zamawiającemu jest równoznaczne z wykluczeniem z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wykonawcy AUTOCOMP MANAGMENT, a w konsekwencji odrzuceniem jego oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy jako niezgodnej z siwz, a także z odrzuceniem oferty wykonawcy ETC PZL AEOROSPACE INDUSTRIES w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 jako niezgodnej ze specyfikacją.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty Odwołującego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3.600 zł. rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....