

Sygn. akt: KIO 2360/12

WYROK

z dnia 13 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Renata Tubisz
Justyna Tomkowska
Agnieszka Trojanowska**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 Listopada 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2012 r. przez **konsorcjum wykonawców: H..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „HEDAR” 43-170 Łaziska Górne ul. Hutnicza 3 jako Lider Konsorcjum z udziałem Grawil sp. z o.o. Włocławek, B..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Drog-Bus” Paniówka, J..... O..... Usługi Transportowo Mostowe Chełm Śląski, Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „Drogpol” sp. z o.o. Poraj, Z..... W..... Firma Transportowo – Usługowo - Handlowa Katowice w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach 40-017 Katowice, ul. Myśliwska nr 5**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FBSerwis S.A. 01-040 Warszawa (Lider konsorcjum) i Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. Wrocław** zgłaszającego się po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **konsorcjum wykonawców: H..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „HEDAR” 43-170 Łaziska Górne ul. Hutnicza 3 jako Lider Konsorcjum z**

udziałem Grawil sp. z o.o. Włocławek, B..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Drog-Bus” Paniówka, J..... O..... Usługi Transportowo Mostowe Chełm Śląski, Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „Drogpol” sp. z o.o. Poraj, Z..... W..... Firma Transportowo – Usługowo -Handlowa Katowice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum wykonawców: H..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „HEDAR” 43-170 Łaziska Górne ul. Hutnicza 3 jako Lider Konsorcjum z udziałem Grawil sp. z o.o. Włocławek, B..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Drog-Bus” Paniówka, J..... O..... Usługi Transportowo Mostowe Chełm Śląski, Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „Drogpol” sp. z o.o. Poraj, Z..... W..... Firma Transportowo – Usługowo - Handlowa Katowice tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od konsorcjum wykonawców: H..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „HEDAR” 43-170 Łaziska Górne ul. Hutnicza 3 jako Lider Konsorcjum z udziałem Grawil sp. z o.o. Włocławek, B..... Ł..... Zakład Wielobranżowy „Drog-Bus” Paniówka, J..... O..... Usługi Transportowo Mostowe Chełm Śląski, Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „Drogpol” sp. z o.o. Poraj, Z..... W..... Firma Transportowo – Usługowo -Handlowa Katowice na rzecz Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach 40-017 Katowice, ul. Myśliwska nr 5

kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Przedmiotem zamówienia jest „Zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Katowicach z podziałem na części” Część IV zamówienia obejmująca zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Gliwicach, utrzymanie PPO Żemica, SPO Łany, SPO Kleszczów, SPO Łany, SPO Bojków, SPO Ostropa wraz ustawieniem i demontażem zasłon przeciwśnieżnych oraz uzupełniający zakup siatki przeciwśnieżnej wraz z osprzętem (tj. linka naciągowa, odciagi poprzeczne, kotwy) i palików drewnianych numer postępowania nadany przez zamawiającego: 62/Z-1/ZUD/2012. Ogłoszenie o zamówieniu: zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2012/S 160-267278

Odwołanie wniesiono od czynności zamawiającego oraz od zaniechania czynności przez zamawiającego składających się na ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej o których to czynnościach i zaniechaniu czynności wnoszący odwołanie został zawiadomiony przez zamawiającego faksem w dniu 18 października 2012 roku

Na podstawie przepisów art. 180 i następných ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Pzp, ustawa), wniesiono odwołanie w zakresie Części IV przetargu, to jest: od czynności wadliwego badania i oceny ofert, w szczególności oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (konsorcjum): FBSerwis S.A. w Warszawie i Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego „Zaberd” S.A. we Wrocławiu (Konsorcjum FBSerwis); oraz od zaniechania czynności wykluczenia tych wykonawców z postępowania i odrzucenia oferty tych wykonawców, jak również od, będącej konsekwencją wadliwego badania i oceny ofert, czynności wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Czynnościom i zaniechaniom czynności zamawiającego zarzucono naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 6) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FBSerwis, pomimo że oferta tych wykonawców zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na wadliwym zastosowaniu w cenie ofertowej jednolitej stawki podatku od towarów i usług w wysokości 8 % do całości usług i dostaw objętych przedmiotem zamówienia, podczas gdy prawidłowy sposób obliczenia ceny wymagał zastosowania dwóch stawek podatku od towarów i usług, to jest zarówno stawki w wysokości 8 % co do usług odśnieżania wchodzących w skład przedmiotu zamówienia oraz stawki w wysokości 23 % co do dostaw siatki przeciwśnieżnej, linki naciągowej, odciągów poprzecznych, kotew i palików drewnianych - wchodzących w skład przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4) i art. 24 ust. 4 Pzp w związku z punktem 6.5. Tomu III SIWZ -

Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Zimowego Utrzymania Dróg Krajowych - poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum FBService z postępowania i uznania oferty konsorcjum za odrzuconą, pomimo że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego potencjału technicznego konsorcjum przedstawiło w wykazie sprzętu solarki producenta chorwackiego RASCO, które to solarki są wyposażone w system monitoringu pracy solarki niekompatybilny z wymaganym przez zamawiającego oprogramowaniem typu DNAS 1.0 (wchodzącym w skład Systemu Monitoringu Zimowego Utrzymania obowiązującego w GDDKiA Oddział Katowice);

- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 1) Pzp w związku z art. 23 ust. 2 Pzp i w związku z art. 9 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FBService, pomimo że oferta nie została podpisana zgodnie z wymaganiami ustawy przez osobę do tego odpowiednio uprawnioną, ponieważ J..... A....., który podpisał ofertę w imieniu konsorcjum, nie posiada umocowania do podpisania oferty w imieniu obu wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, a jedynie w imieniu Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego „Zaberd” S.A.;
- 4) art. 24 ust. 2 pkt. 3) Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum FBService z postępowania i uznania oferty konsorcjum za odrzuconą, pomimo że konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia oferty przedstawiło dokument pełnomocnictwa dla J..... A..... zawierający nieprawdziwą datę jego wystawienia sugerującą, że pełnomocnictwo zostało udzielone w dniu 26 września 2012 roku. podczas gdy w rzeczywistości pełnomocnictwo zostało udzielone i podpisane dopiero po upływie terminu składania ofert, co ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania, ponieważ skutkuje koniecznością odrzucenia oferty jako podpisanej przez osobę nie mającą odpowiedniego umocowania do podpisania oferty w imieniu konsorcjum;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp w związku z postanowieniami punktów 9.5. i 10. Tomu I SIWZ - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FBService, pomimo że w ofercie konsorcjum dla przedmiotowej Części IV przetargu nie ma wymaganych Załączników (formularzy kalkulacji cenowych) o numerach 6, 9 i 10, natomiast błędnie zostały zawarte w tej ofercie Załączniki o numerach 6, 9 i 10 dla Części II przetargu;
- 6) art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 i 2 Pzp oraz w związku z art. 24 ust. 1 pkt. 8 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum FBService do przedstawienia zaświadczeń właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczących niekaralności Członków Zarządu FBService S.A., to jest dotyczących Prezesa Zarządu A..... B..... R....., Wiceprezesa Zarządu E..... A..... T..... i Członka Zarządu P..... G..... L..... - w zakresie określonym

w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy;

- 7) art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe badanie i ocenę ofert oraz wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Nadto z ostrożności procesowej zarzucam wyżej oznaczonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt. 12) Pzp, polegające na dokonaniu badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ wbrew art. 36 ust. 1 pkt. 12 Pzp Zamawiający w treści SIWZ nie określił należytego sposobu obliczenia ceny ofertowej, to jest nie wskazał konkretnych stawek podatku VAT i nie określił zasad ich zastosowania w kalkulacji ceny ofertowej, co w rezultacie doprowadziło do niemożliwości należytej oceny złożonych ofert i do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w przypadku jakiegokolwiek decyzji Zamawiającego co do oceny ofert w tym zakresie.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu, aby unieważnił czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie zamawiającemu, aby powtórzył czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie zamawiającemu, aby na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1), 2) i pkt. 6) Pzp odrzucił ofertę Konsorcjum FBSerwis,
4. nakazanie zamawiającemu, aby na podstawie art. art. 24 ust. 2 pkt. 3) i 4) oraz art. 24 ust. 4 Pzp wykluczył Konsorcjum FBSerwis z postępowania i uznał ofertę konsorcjum za odrzuconą;
5. nakazanie zamawiającemu, aby dokonał wyboru oferty Konsorcjum Grawil jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,

względnie o:

6. nakazanie zamawiającemu, aby unieważnił czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
7. nakazanie zamawiającemu, aby powtórzył czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
8. nakazanie zamawiającemu, aby na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Konsorcjum FBSerwis do przedstawienia zaświadczeń właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczących niekaralności Członków Zarządu FBSerwis S.A., to jest dotyczących Prezesa Zarządu A..... B..... R.....,

Wiceprezesa Zarządu E..... A..... T..... i Członka Zarządu P..... G..... L.....
- w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy,

względnie o:

9. nakazanie zamawiającemu, aby unieważnił czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
10. nakazanie zamawiającemu, aby unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. jako obarczone wadą w zakresie nie podlegającej naprawieniu treści SIWZ dotyczącej opisu sposobu obliczenia ceny oferty, co uniemożliwia wybór oferty najkorzystniejszej bez naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, a co za tym idzie, uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nadto odwołujący wniósł o przyznanie na rzecz wnoszących odwołanie wykonawców zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocników oraz dojazdów na rozprawę według norm przepisanych.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów:

1. wskazanych w treści odwołania dokumentów należących do dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub załączonych do niniejszego odwołania;
2. następujących dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których kopie załączono do niniejszego odwołania:
 - 1) pełnomocnictwo z dnia 13 września 2012 roku udzielone pełnomocnikowi – H..... Ł..... - przez mocodawcę Grawil Sp. z o.o. we Włocławku (oryginał u zamawiającego w ofercie złożonej przez Konsorcjum Hedar);
 - 2) pełnomocnictwo z dnia 13 września 2012 roku udzielone pełnomocnikowi – H..... Ł..... - przez mocodawcę B..... Ł..... (oryginał u zamawiającego w ofercie złożonej przez Konsorcjum Hedar);
 - 3) pełnomocnictwo z dnia 13 września 2012 roku udzielone pełnomocnikowi – H..... Ł..... - przez mocodawcę J..... O..... (oryginał u zamawiającego w ofercie złożonej przez Konsorcjum Hedar);
 - 4) pełnomocnictwo z dnia 13 września 2012 roku udzielone pełnomocnikowi – H..... Ł..... - przez mocodawcę Przedsiębiorstwo Usługowo- Handlowe „Drogpol” Sp. z o.o. (oryginał u zamawiającego w ofercie złożonej przez Konsorcjum Hedar);
 - 5) pełnomocnictwo z dnia 13 września 2012 roku udzielone pełnomocnikowi – H..... Ł..... - przez mocodawcę Z..... W..... (oryginał u zamawiającego w ofercie złożonej przez Konsorcjum Hedar);

- 6) informacja z KRS dotycząca wykonawcy (mocodawcy) Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „Drogpol” Sp. z o.o.;
- 7) informacja z KRS dotycząca wykonawcy (mocodawcy) Grawil Sp. z o.o.;
- 8) pełnomocnictwo z dnia 24 października 2012 roku udzielone przez H.....a Ł..... w imieniu Konsorcjum Hedar dla pełnomocników - radcy prawnego T..... N..... i adwokata T..... J.....;

na okoliczność ustalenia, że odwołanie zostało wniesione przez należycie umocowanego pełnomocnika;

- 9) formularze kalkulacyjne nr 6, 9 i 10 z oferty Konsorcjum FBSerwis - na okoliczność ustalenia, że w ofercie tej do wyceny całego zamówienia zastosowano jedną stawkę podatku VAT w wysokości 8 %, a nadto że formularze te sporządzono błędnie dla Części II przetargu, a nie dla właściwej Części IV;
- 10) faktury VAT wystawione przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Drogpol” Sp. z o.o. dla Zamawiającego na dostawy siatki przeciwśnieżnej i palików drewnianych oraz na usługi montażu i demontażu płotków i siatki przeciwśnieżnej - na okoliczność ustalenia, że Zamawiający przyjmował bez zastrzeżeń faktury VAT, w których do usług utrzymania zimowego stosowano stawkę VAT 8 %, a do dostaw siatki przeciwśnieżnej i palików drewnianych stosowano stawkę VAT 23 %;
- 11) pismo z dnia 22 października 2012 r. skierowane przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Drogpol” Sp. z o.o. do Schmidt Polska Sp. z o.o. oraz pismo z dnia 22 października 2012 r. skierowane przez Aebi Schmidt Polska Sp. z o.o. do Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „Drogpol” Sp. z o.o. - na okoliczność ustalenia, że wykazane i oferowane w ofercie Konsorcjum FBSerwis solarki RASCO nie posiadają systemu monitoringu pracy solarki kompatybilnego z wymaganym przez zamawiającego oprogramowaniem typu DNAS 1.0 (wchodzącym w skład Systemu Monitoringu Zimowego Utrzymania obowiązującego w GDDKiA Oddział Katowice);
- 12) pismo z dnia 9 października 2012 roku skierowane przez Zamawiającego do Konsorcjum FBSerwis - na okoliczność ustalenia, że pełnomocnictwo dla J..... A..... załączone do oferty nie zawierało umocowania do podpisania oferty w imieniu spółki FBSerwis S.A. oraz że Zamawiający w tym zakresie wezwał Konsorcjum do uzupełnienia oferty;
- 13) pismo Konsorcjum FBSerwis z dnia 11 października 2012 roku wraz z nowym pełnomocnictwem dla J..... A..... oraz z nowym wykazem sprzętu (Formularz 3.3. Potencjał Techniczny) - na okoliczność ustalenia, że pełnomocnictwo dla J.....

A..... zostało sporządzone i podpisane dopiero po wezwaniu Konsorcjum do uzupełnienia oferty w tym zakresie, że Konsorcjum przedstawiło pełnomocnictwo z nieprawdziwą datą jego sporządzenia i podpisania w dniu 26 września 2012 roku oraz że Konsorcjum FBSerwis wykazało i zaoferowało w ofercie solarki RASCO bez kompatybilnego systemu monitorowania pracy solarek;

Nadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki - na okoliczność ustalenia, że solarki Rasco nie posiadają systemu monitoringu pracy solarki kompatybilnego z wymaganym przez zamawiającego oprogramowaniem typu DNAS 1.0 oraz że bez zgody producenta oprogramowania DNAS 1.0 nie jest możliwe uzyskanie kompatybilności systemu monitoringu pracy solarek RASCO z oprogramowaniem DNAS 1.0.

Nadto wniósł o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków:

- 1) A..... B..... R..... - wezwanie na adres: 00-844 Warszawa, ul. Grzybowska 61/A610;
- 2) J..... A..... - wezwanie na adres: 03-289 Warszawa, Kąty Grodzkie 123H;

- na okoliczność ustalenia, że pełnomocnictwo dla J..... A..... do podpisania oferty w imieniu Konsorcjum FBSerwis zostało sporządzone i podpisane po upływie terminu składania ofert i po wezwaniu Konsorcjum FBSerwis przez Zamawiającego do uzupełnienia oferty.

Nadto wniósł o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków:

- 1) A..... B..... R..... - wezwanie na adres: 00-844 Warszawa, ul. Grzybowska 61/A610;
- 2) E..... A..... T..... - wezwanie na adres: 00-132 Warszawa, ul. Grzybowska 61/1505;
- 3) P..... G..... L..... - wezwanie na adres: 00-132 Warszawa, ul. Grzybowska 12/14 M.25;

- na okoliczność ustalenia, że świadkowie przebywają w Polsce tymczasowo w związku z pełnieniem przez nich funkcji członków zarządu w spółce FBSerwis S.A., a ich stałe miejsce zamieszkania znajduje się poza granicami Polski.

Wnoszę o zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia na rozprawie oryginałów dokumentów zgłoszonych wyżej jako dowody w sprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu przedmiotowego odwołania, ponieważ w

razie jego uwzględnienia oferta złożona przez odwołującego, jako najtańsza, będzie ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu dla Części nr IV.

Pismem z dnia 31 października 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum: FB Serwis S.A. i Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego „ZABERD” S.A. (wykonawca wybrany lub przystępujący), który wniósł o oddalenie odwołania wskazując na interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Wniosek został zgłoszony w terminie dwóch dni od dnia wniesienia odwołania. Do odwołania załączono pełnomocnictwo z dnia 20.09.2012r. od konsorcjum dla konsorcjanta FB Serwis(lider konsorcjum), pełnomocnictwo z dnia 29 października 2012r. udzielone przez lidera konsorcjum dla J..... A..... do wnoszenia środków ochrony prawnej, pełnomocnictwo z dnia 26.09.2012r. od lidera konsorcjum dla J..... A..... do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pełnomocnictwo z dnia 26 września 2012r. lidera konsorcjum dla J..... A..... do reprezentowania FB Serwis S.A. oraz wypisy z KRS dla FB Serwis S.A, i Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego „ZABERD” S.A.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Co do interesu do wniesienia odwołania

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z pkt 9 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wynika, że na Część IV zamówienia złożono dwie oferty to jest odwołujący za cenę 4.656.163,32 a po uwzględnieniu konsekwencji rachunkowych na kwotę 4.683.473,06 zł. i wykonawca wybrany(przystępujący) 4.200.258,24zł. a po uwzględnieniu konsekwencji rachunkowych na kwotę 4.200.469,92zł. Kryterium oceny ofert w postępowaniu to cena – 100%. W związku z powyższym odwołujący ma bezsprzeczny interes we wniesieniu odwołania.

Co do przedmiotu odwołania.

Przedmiotem odwołania jest czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, której w ocenie odwołującego wykonawca powinien być wykluczony z postępowania oraz oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona.

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowania, korespondencji toczącej się w trakcie postępowania, pism przedłożonych przez odwołującego w tym zgłoszonych przez niego wniosków dowodowych w odwołaniu oraz dokumentów złożonych w przystąpieniu wykonawcy wybranego Izba ustaliła co następuje.

- 1) Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 6) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, pomimo że oferta tych wykonawców zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na wadliwym zastosowaniu w cenie ofertowej jednolitej stawki podatku od towarów i usług w wysokości 8 % do całości usług i dostaw objętych przedmiotem zamówienia, podczas gdy prawidłowy sposób obliczenia ceny wymagał zastosowania dwóch stawek podatku od towarów i usług, to jest zarówno stawki w wysokości 8 % co do usług odśnieżania wchodzących w skład przedmiotu zamówienia oraz stawki w wysokości 23 % co do dostaw siatki przeciwśnieżnej, linki naciągowej, odciągów poprzecznych, kotew i palików drewnianych - wchodzących w skład przedmiotu zamówienia.

Izba dokonała następujących ustaleń. W pkt 9.5. Opis sposobu przygotowania ofert Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) str.11 widnieje zapis „Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” i Formularze załączników przewidziane odpowiednio dla danej części zamówienia, na którą Wykonawca składa ofertę (Kalkulacje, kosztorysy, tabela wartości elementów scalonych) W pkt 10 Opis sposobu obliczenia ceny oferty SIWZ str. 13 ppkt 10.1. widnieje zapis „Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę odpowiednio w oparciu o kalkulacje i kosztorysy, załączone odpowiednio dla danej części zamówienia, na którą wykonawca składa ofertę i których wzór został umieszczony w Rozdziale 2 Tomu I SIWZ (załączniki)”. Rozdział 2 nosi tytuł Formularz oferty i Formularze załączników do oferty dla Części IV. W rozdziale tym znajduje się Formularz oferty, w którego pkt 3 zawarto zapisy dotyczące ceny z których wynika, że wykonawca ma podać cenę brutto w złotych za wykonanie Przedmiotu zamówienia, zgodnie z załączoną do oferty Tabelą wartości elementów scalonych. Tabela wartości elementów scalonych stanowi załącznik nr 10 i poprzedzona jest dziewięcioma załącznikami o tytułach „kalkulacja”, „kosztorys” i jej wartość końcowa jest sumą wartości podanych w załącznikach nr 7,8,9 (opisanych poniżej). Poprzedzające Tabelę elementów scalonych (załącznik Nr 10) kalkulacje i kosztorysy mieszczą się w załącznikach od 1 do 9, które kolejno zawierają tabele uśrednionych ceny jednostkowych netto ryczału miesięcznego zimowego utrzymania dróg w zakresie odśnieżania i zwalczania gołoledzi. Przy czym załączniki od 1 do 5 w tym 4a zawierają kalkulacje uśrednionej ceny jednostkowej ryczału miesięcznego dla

wyszczególnionych w załącznikach sprzętach (nośniki z solarką i pługiem, nośniki z pługiem, nośniki z solarką, nośniki typu UNIMOGA, ładowarki z obsługą wytwórni solanki) z uwzględnieniem amortyzacji, remontów, robocizny, kosztów pośrednich, zysku, w których wykonawca podaje ceny jednostkowe ryczału miesięcznego netto. Załącznik Nr 6 dotyczy kalkulacji uśrednionej ceny jednostkowej za 1 km pracy dla 1 jednostki sprzętowej obejmującej zużycie paliwa, koszty pośrednie, zysk z „Ogółem cena jednostkowa netto”. Załącznik Nr 7 to kosztorys ofertowy dla poszczególnych sprzętów z ceną jednostkową ryczału miesięcznego netto w zł. z uwzględnieniem ceny usługi za jeden miesiąc, za sezon, za dwa sezony z „Razem netto”. Załącznik Nr 8 to kosztorys ofertowy uśrednionej ceny jednostkowej za 1 km pracy jednostek sprzętowych przy założeniu obsługi 1000 km miesięcznie przez każdą jednostkę sprzętu z „Razem netto” dla 8 jednostek. Załącznik Nr 9 to kosztorys ofertowy dla odśnieżania i zwalczania gołoledzi, ustawiania, demontażu płotków drewnianych, siatki przeciwśnieżnej, uzupełniających zakupów siatki przeciwśnieżnej, linki naciągowej do montażu siatki, odciągów poprzecznych do montażu siatki, kotew do montażu siatki, palików drewnianych z „Razem netto”. Ostatni załącznik Nr 10 to wyżej wymieniona Tabela wartości elementów scalonych z wyszczególnieniem „Cen Razem netto” według załączników nr 7,8,9 z cenami usługi za 2 sezony z podaniem „Ogółem netto” i „Ogółem brutto”. Odwołujący załączył do odwołania faktury wystawione zamawiającemu przez Drogoł sp. z o.o. to jest jednego z członków konsorcjum (odwołujący) gdzie na zakup palików drewnianych, siatki przeciwśnieżnej, demontaż płotków i siatki przeciwśnieżnej naliczony był podatek VAT w wysokości 23% oraz 8% na dowód, że w aktualnym postępowaniu oferenci powinni różnymi stawkami VAT obciążyć zakupy i dostawy(faktura VAT nr FA/151/2011/ZP, FA/134/2011/ZP, FA/28/2012/ZP, FA/22/2012/ZP). W projekcie umowy §4 ust.2 przewidziano ”Podstawą do rozliczenia wykonanej usługi będą ceny jednostkowe zawarte w przedłożonych do oferty kalkulacjach cen jednostkowych, kosztorysach ofertowych i tabeli wartości elementów scalonych jak poniżej..... Do cen jednostkowych netto wskazanych powyżej zostanie naliczony podatek od towarów i usług obowiązujący według stanu prawnego na dzień wystawienia faktury” (Tom II SIWZ projekt Umowy). Z kolei w Formularzu ofertowym widnieje zapis w pkt 10 ”OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się z istotnymi dla Stron postanowieniami umowy, określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z ofertą, na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”.

- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4) i art. 24 ust. 4 Pzp w związku z punktem 6.5. Tomu III SIWZ - Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Zimowego Utrzymania Dróg Krajowych -

poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum FBSerwis z postępowania i uznania oferty konsorcjum za odrzuconą, pomimo że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego potencjału technicznego konsorcjum przedstawiło w wykazie sprzętu solarki producenta chorwackiego RASCO, które to solarki są wyposażone w system monitoringu pracy solarki niekompatybilny z wymaganym przez zamawiającego oprogramowaniem typu DNAS 1.0 (wchodzącym w skład Systemu Monitoringu Zimowego Utrzymania obowiązującego w GDDKiA Oddział Katowice).

Izba ustaliła co następuje. Odwołujący przywołał na poparcie punkt 6.5. Tomu III SIWZ pn. Wymagania dla urządzeń do produkcji solanki, zwalczania śliskości oraz załadunku środków chemicznych, zgodnie z którym „(...)Dane muszą być gromadzone w sposób narastający i dzienny oraz być kompatybilne z oprogramowaniem typu DNAS 1.0., który wchodzi w skład Systemu Monitoringu Zimowego Utrzymania, obowiązującym w GDDKiA Oddział Katowice(...)”. Z Formularza ofertowego wykonawcy wybranego wynika, że pkt 1 „Składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia dla części IV obejmującej zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie (...) 2.”Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SIWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania”. Do oferty załączone jest oświadczenie wykonawcy wybranego na Formularzu 3.3. Potencjał Techniczny z którego wynika, że przedkłada się wykaz narzędzi i urządzeń technicznych celem wykazania spełniania opisanego przez Zamawiającego warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. W Tabeli wyszczególniony został sprzęt specjalistyczny w sześciu pozycjach. Załączone jest zobowiązanie z dnia 26 września 2012r. udostępnienia zasobów w trybie art.26 ust.2b ustawy przez FERROSER INFRAESTRUCTURAS S.A. zasobów potencjału technicznego. Odwołujący oprócz powyżej cytowanego pkt 6.5. Tomu III przywołał następujące zapisy SIWZ. Punkt 7.2.3. Tomu I SIWZ pkt 4 zgodnie z którym w przypadku złożenia oferty na część IV zamówienia – Wykonawca musi wykazać potencjał techniczny. W tabeli wymieniono 5 pozycji sprzętu specjalistycznego. W uwadze pod tabelą zapisano mi. Wyżej wymieniony sprzęt musi być sprawny technicznie. Również w Tomie I pkt 8.2. zamawiający zastrzegł w Uwadze, że dopuszcza się możliwość zmiany na etapie realizacji zamówienia podmiotów trzecich, jeśli te podmioty będą brały udział w realizacji zamówienia Odwołujący przywołał także § 2 ust.1 umowy Tom II SIWZ o treści „Wykonawca zobowiązuje się zrealizować Przedmiot Umowy za pomocą sprzętu i w ilości wskazanej w Wykazie sprzętu zimowego utrzymania, załączonego przez

Wykonawcę do oferty”. Jako dowód braku kompatybilności odwołujący do odwołania przedłożył pismo z dnia 22.10.2012 członka konsorcjum DROGPOL sp. z o.o. do Schmidta Sp. z o.o. odnośnie informacji nt. Systemu Monitoringu Zimowego Utrzymania Dróg typu DNAS 1.0. W piśmie tym postawiono pytanie: Czy jest możliwe, aby solarki typu SOLID RASCO były wyposażone w system DNAS 1.0. lub jakkolwiek inny, który byłby z nim kompatybilny. W dniu 22.10.2012r. ASH Aebi Schmidt udzielił następującej odpowiedzi: Program DNAS 1,0 jest częścią systemu do odczytywania informacji o pracy posypywarek. Gromadzi dane dotyczące parametrów posypywania takich jak: szerokość posypywania, gęstość posypywania, prędkość jazdy, dystans posypywania, ilości wysypywanych materiałów, ilości zużytej solanki, itd. Jedynym właścicielem tego systemu jest firma Aebi Schmidt. System ten może współpracować z wybranymi produktami firmy Aebi Schmidt. Nie ma możliwości technicznych i prawnych by system ten pracował z posypywarkami firmy Rasco z Chorwacji. System ten pracuje w kilku oddziałach GDDKiA między innymi w 2001r. zakupił go Oddział Katowice. Z dokumentacji postępowania odnoszących się do zmiany treści SIWZ i udzielonych wyjaśnień w dniu 12 września 2012r. wynika, że zamawiający przed podpisaniem umowy z wykonawcą dokonał sprawdzenia wskazanego w Wykazie sprzętu zimowego utrzymania (tj. Potencjał techniczny), w bazie wykonawcy (pytanie i odpowiedź nr 2), dopuszcza się możliwość zmiany na etapie realizacji podmiotów trzecich z których zasobów się korzysta zgodnie z zapisami SIWZ w Tomie I pkt.8.2 (pytanie i odpowiedź nr 3), kontrola sprzętu odbywać się będzie w bazie wykonawcy (pytanie i odpowiedź nr 4).

3) art. 89 ust. 1 pkt. 1) Pzp w związku z art. 23 ust. 2 Pzp i w związku z art. 9 ust 1 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FB Serwis, pomimo że oferta nie została podpisana zgodnie z wymaganiami ustawy przez osobę do tego odpowiednio uprawnioną, ponieważ J..... A....., który podpisał ofertę w imieniu konsorcjum, nie posiada umocowania do podpisania oferty w imieniu obu wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, a jedynie w imieniu Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego „Zaberd” S.A.; Izba w zakresie tego zarzutu ustaliła co następuje. Zamawiający pismem z dnia 09.10.2012r. w trybie art.26 ust.3 ustawy wezwał wykonawcę wybranego w zakresie pełnomocnictwa J..... A..... do jego uzupełnienia. Bowiem z treści pełnomocnictwa z dnia 26.09.2012r. wynika umocowanie do reprezentowania spółki FB SERWIS a nie reprezentowania całego konsorcjum. Z pełnomocnictwa z dnia 20.09.2012r. FB Serwis może reprezentować to konsorcjum przez osoby upoważnione do jego reprezentowania. Według zamawiającego zakres umocowania J..... A..... dla skuteczności podjętych działań powinien pokrywać się z zakresem umocowania dla lidera konsorcjum to jest reprezentacji całego konsorcjum a nie tylko do działania w imieniu spółki FB Serwis. W

związku z tym zamawiający wezwał do złożenia prawidłowego umocowania. Z oferty wykonawcy wybranego wynika, że wykonawca ten załączył pełnomocnictwo dla J..... A..... z dnia 26 września 2012r. do jednoosobowego reprezentowania spółki FB Serwis w postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. W dniu 11 października 2012r. FB Serwis odpowiadając na wezwanie zamawiającego z dnia 09.10.2012r przedłożył pełnomocnictwo, z którego wynika umocowanie do działania w imieniu obydwu partnerów Konsorcjum czyli FB Serwis jako lidera konsorcjum i Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. jako partnera konsorcjum. W ofercie wykonawcy wybranego znajduje się również pełnomocnictwo z dnia 20.09.2012r. w którym partnerzy konsorcjum to jest spółka FB Serwis S.A. w Warszawie i spółka Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. we Wrocławiu ustanawiają jako pełnomocnika spółkę FB Serwis S.A. w tym do złożenia oferty przetargowej.

4) art. 24 ust. 2 pkt. 3) Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum FB Serwis z postępowania i uznania oferty konsorcjum za odrzuconą, pomimo że konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia oferty przedstawiło dokument pełnomocnictwa dla J..... A..... zawierający nieprawdziwą datę jego wystawienia sugerującą, że pełnomocnictwo zostało udzielone w dniu 26 września 2012 roku. podczas gdy w rzeczywistości pełnomocnictwo zostało udzielone i podpisane dopiero po upływie terminu składania ofert, co ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania, ponieważ skutkuje koniecznością odrzucenia oferty jako podpisanej przez osobę nie mającą odpowiedniego umocowania do podpisania oferty w imieniu konsorcjum; Dla rozpoznania odwołania w tym zakresie Izba przyjęła ustalenia dokonane powyżej to jest w punkcie trzecim.

5) art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp w związku z postanowieniami punktów 9.5. i 10. Tomu I SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FB Serwis, pomimo że w ofercie konsorcjum dla przedmiotowej Części IV przetargu nie ma wymaganych Załączników (formularzy kalkulacji cenowych) o numerach 6, 9 i 10, natomiast błędnie zostały zawarte w tej ofercie Załączniki o numerach 6, 9 i 10 dla Części II przetargu; Izba ustaliła co następuje. Przeprowadzono dowody z dokumentacji SIWZ w zakresie załączników 6,9,10 dla zadań Części II i IV zamówienia. Z zestawienia zawartości tych tabel wynika, że przedmioty zamówienia a tym samym zakres pozycji w tabelach dotyczących Części II i IV różnią się co do zakresu przedmiotu zamówienia. Izba również dokonała porównania wzorów załączników 6,9,10 dla Części IV z SIWZ i załączników 6,9,10 w ofercie wykonawcy wybranego oznaczonych dla Części II zamówienia i stwierdziła, że odpowiadają one zakresowi przedmiotu zamówienia dla Części IV zamówienia to jest dla części zamówienia objętej niniejszym odwołaniem.

6) art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 i 2 Pzp oraz w związku z art. 24 ust. 1 pkt.

8 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum FBService do przedstawienia zaświadczeń właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczących niekaralności Członków Zarządu FBService S.A., to jest dotyczących Prezesa Zarządu A..... B..... R....., Wiceprezesa Zarządu E..... A..... T..... i Członka Zarządu P..... G..... L..... - w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy; Izba ustaliła w ofercie znajdują się w zapytania o udzielenie informacji o osobie dla członków zarządu odwołującego dotyczących Prezesa Zarządu A..... B..... R....., Wiceprezesa Zarządu E..... A..... T..... i Członka Zarządu P..... G..... L..... miejsca zamieszkania na terenie Polski.

7) art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe badanie i ocenę ofert oraz wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Izba zważyła

1. Zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 6 ustawy zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny jest niezasadny, ponieważ oferta błędów w zakresie stawek VAT nie zawiera. Bowiern zamawiający nie wymagał od oferenta podania w ofercie stawki podatku VAT. Zgodnie z cytowanym powyżej punktem 3 Formularza ofertowego zamawiający wymagał podania ceny brutto bez wyodrębnienia stawki podatku VAT lub też samej kwoty podatku VAT. W opisanych powyżej załącznikach (od 1 do 8) służących ustaleniu wartości elementów scalonych ceny zamawiający wymagał podania cen netto bez określenia podatku VAT. W załączniku nr 9 kosztorys ofertowy dla odśnieżania i zwalczania gołodzi, ustawiania, demontażu płotków, siatki, uzupełniających zakupów siatki, linki, odciągów, kotew do montażu siatki, palików zamawiający również żądał podania ceny netto (Razem netto) bez podania stawki podatku VAT i ceny brutto, pomimo że w Tabeli tej znajdują się zarówno usługi i dostawy. Czyli w załącznikach od 1 do 9 w tym 4a stanowiących kalkulacje i kosztorysy Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie przewidywała wyliczania stawki podatku VAT a jedynie ceny netto co opisano powyżej. W Załączniku Nr 10 Tabela wartości elementów scalonych odnosząca się do całości przedmiotu zamówienia ale nie w poszczególnych jej pozycjach tylko w wartości ogółem ujęto pozycje ogółem netto i brutto odnoszące się do wartości zarówno na usługi i dostawy. Nie mają znaczenia dla sprawy powoływane w poczet dowodów faktury jakie wystawiał jeden z członków konsorcjum (odwołujący) dla zamawiającego na dostawy gdzie podane są stawki podatku VAT w

wysokości 23 procent i 8 procent. Przedmiotem zamówienia jest „zimowe utrzymanie dróg krajowych” obejmujące odśnieżanie, usuwanie gołoledzi w co wchodzi również utrzymanie zapór przeciwnieźnych z ich budową lub uzupełnianiem zapór już istniejących. Reasumując w obowiązującym SIWZ zamawiający nie oczekiwał od oferentów podawania stawek VAT czy ich kwot. Zamawiający konsekwentnie do załączników opisanych powyżej wymagał od oferentów wyceny netto, co znalazło odzwierciedlenie w przywołanym powyżej §4 projektu umowy, z którego wynika, że do cen jednostkowych podanych w ofercie zostanie naliczony podatek VAT według obowiązujących stawek na dzień wystawienia faktury. W związku z tym wobec tak sformułowanych warunków SIWZ zarzut błędu w obliczeniu ceny nie został przez odwołującego wykazany.

2. Zarzut nr 2 jest niezasadny. Wykonawca jak powyżej opisano zaoferował wymagany w SIWZ sprzęt techniczny w zakresie zarówno ilości jak i jego rodzaju zgodnie z wymogiem SIWZ. Złożył również wymagane w SIWZ oświadczenia co do dysponowania sprzętem oraz jego stanu technicznego. Przy czym zgodnie z SIWZ i wyjaśnieniami zamawiającego z dnia 12.09.2012r. sprawdzanie sprzętu odbywać się będzie przed podpisaniem umowy w bazie wykonawcy. Natomiast co do wymogu kompatybilności monitoringu sprzętu wykonawcy z posiadanym monitoringiem zamawiającego to w pkt 4.5.2. Tomu III Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Zimowego Utrzymania Dróg Krajowych (SST) zawarta jest informacja, że w wyniku prowadzonego postępowania przetargowego na opracowanie systemu monitorowania pracy sprzętu zimowego utrzymania dróg krajowych zawarł zamawiający umowę z dnia 23.03.2012r. z firmą WASKO S.A. W sprawach związanych z systemem monitorowania pracy sprzętu wykonującego zadania zimowego utrzymania dróg należy kontaktować się z wyżej wymienioną firmą. Zamawiający do SST załączył umowę zawartą z firmą WASKO S.A. w której § 7 reguluje zobowiązania tej firmy wobec wykonawców zimowego utrzymania dróg gdzie dostawca zobowiązany jest do zagwarantowania dostępności urządzeń. W związku z powyższym przywołane przez odwołującego w poczet dowodów pisma firmy Aebi Schmidt o braku kompatybilności sprzętu odwołującego z obowiązującym systemem monitoringu u zamawiającego są bezprzedmiotowe, skoro firma WASKO S.A. obsługująca zamawiającego ma obowiązek udzielenia stosownych licencji zapewniających kompatybilność sprzętu wskazanych przez zamawiającego wykonawców. W powyższym zakresie przewidziana współpraca pomiędzy wykonawcą wybranym a firmą WASKO S.A. znajduje również odzwierciedlenie w obowiązujących wykonawcę zapisach umowy stanowiącej integralną część SIWZ. Bowiem §1 ust.2 projektu umowy przewiduje, że szczegółowy zakres i sposób

wykonania usługi określa niniejsza umowa wraz z następującymi dokumentami stanowiącymi jej integralną część to jest między innymi Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia Tom III – Szczegółowa Specyfikacja Techniczna Zimowego Utrzymania Dróg Krajowych. Reasumując z postanowień SIWZ wynika, że na etapie badania ofert zgodnie z przywołanymi postanowieniami pkt 7.2.2. zamawiający sprawdza czy oferenci dysponują sprzętem technicznym opisanym w SIWZ. Natomiast dopiero po wyborze oferty a przed podpisaniem umowy wykonawcy powinni zabezpieczyć posiadany sprzęt w monitoring kompatybilny z obowiązującym monitoringiem u zamawiającego a co zabezpiecza zamawiający przez zawartą umowę z firmą WASKO S.A. Tym samym zarzut braku kompatybilności monitoringu sprzętu wykonawcy wybranego z monitoringiem u zamawiającego jest bezprzedmiotowy na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym Izba oddaliła wniosek dowodowy odwołującego powołania biegłego na ustalenie braku kompatybilności sprzętu wykonawcy wybranego w zakresie monitoringu obowiązującego u zamawiającego uznając, że rozpoznanie tego zarzutu nie wymaga wiadomości specjalnych i służyłoby tylko do przewlekłości postępowania odwoławczego. Podsumowując zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4) i art. 24 ust. 4 Pzp w związku z punktem 6.5. Tomu III SIWZ jest bezprzedmiotowy dla rozpoznania odwołania. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.

3. Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 1) Pzp w związku z art. 23 ust. 2 Pzp i w związku z art. 9 ust 1 Pzp na okoliczność podpisania oferty wykonawcy wybranego przez J..... A....., któremu pełnomocnictwa udzielił Lider konsorcjum to jest spółka FB Serwis. Zgodnie z art.89 ust.1 pkt 1 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Artykuł 23 ustawy reguluje wspólne ubieganie się wykonawców o udzielenie zamówienia. Z ustępu 2 tegoż artykułu ustawy wynika, że wykonawcy w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dalej przywołany przez odwołującego art. 9 ust.1 ustawy reguluje obowiązującą w prawie zamówień publicznych zasadę zachowania pisemnej formy prowadzenia postępowania. Na podstawie tak przywołanych przepisów ustawy odwołujący podniósł zarzut braku upoważnienia do podpisania oferty, pomimo że wykonawca wybrany wezwany w trybie art.26 ust.3 ustawy uzupełnił pełnomocnictwo co ustalono powyżej. Niemniej w ocenie odwołującego dokument pełnomocnictwa został na pewno sporządzony po terminie składania ofert to jest dopiero po wezwaniu

zamawiającego. W tej sytuacji odwołujący uważa, że oferta powinna być odrzucona. Odwołujący na rozprawie powołując się na doświadczenie zawodowe i życiowe oświadczył, że niemożliwym jest aby wykonawca mając prawidłowe pełnomocnictwo przedłożył nieprawidłowe. W związku z tym data na poprawionym według wskazań zamawiającego pełnomocnictwie doręczonym po wezwaniu zamawiającego na pewno jest antydatowana a pełnomocnictwo faktycznie zostało wystawione dopiero po wezwaniu, które nastąpiło po upływie terminu składania ofert. Odwołujący uważa, że zamawiający w ten sposób naruszył wymóg z art. 26 ust.3 ustawy, zgodnie z którym złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, ponieważ takie rozumowanie z powołaniem się tylko na doświadczenie życiowe i zawodowe odwołującego niweczy instytucję uzupełniania dokumentów. Izba oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez odwołującego co zeznań świadków – członków zarządu spółki FB Serwis na okoliczność ustalenia daty sporządzenia pełnomocnictwa po wezwaniu zamawiającego uznając, że są to kwestie nie wymagające dla rozstrzygnięcia podniesionych zarzutów wzywania wskazanych w odwołaniu świadków. W związku z powyższym oraz faktem, że odwołujący nie wskazał żadnych na tę okoliczność dowodów Izba zarzut uznała za niewykazany w myśl obowiązującej zasady, że obowiązek wykazania faktu leży po stronie wywodzącego z tego faktu skutki prawne (art. 6 k.c. w związku z art. 14 ustawy).

4. Izba uznając za niewykazany zarzut w powyższym punkcie trzecim dotyczącym antydatowania pełnomocnictwa nie uznaje jednocześnie zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy dotyczącego nie wykluczenia z postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie daty na pełnomocnictwie J..... A..... Skoro odwołujący nie wykazał, że pełnomocnictwo zostało wystawione dopiero po wezwaniu w trybie art.26 ust.3 ustawy to nie ma miejsca złożenie nieprawdziwych informacji co wyklucza spełnienie podstawowej przesłanki z art. 26 ust.3 ustawy.

5. Co do zarzutu odwołującego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp w związku z postanowieniami punktów 9,5, i 10. Tomu I SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FB Serwis, pomimo że w ofercie konsorcjum dla przedmiotowej Części IV przetargu nie ma wymaganych Załączników (formularzy kalkulacji cenowych) o numerach 6, 9 i 10, natomiast błędnie zostały zawarte w tej ofercie Załączniki o numerach 6, 9 i 10 dla Części II przetargu. Na podstawie dowodów przeprowadzonych na rozprawie Izba ustaliła, że pomimo nazwania załączników

6,9,10 dla Części zamówienia nr II to zawartość tych załączników w ofercie wykonawcy wybranego odpowiadają wzorom załączników 6,9,10 dla zadania nr IV czyli objętego niniejszym odwołaniem. W związku z powyższym decyduje treść załączników a nie ich forma. Izba uznała zaistniałą okoliczność jako oczywistą omyłkę pisarską i nie zakwalifikowała jej do art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art.87 ust.2 pkt 3 ustawy. W związku z powyższym zarzut odwołującego nie potwierdził się. Załączniki nr 6,9,10 dla Części IV zamówienia znajdują się w ofercie chociaż przez omyłkę pisarską zostały nazwane dla Części nr II zamówienia.

6. Co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 i 2 Pzp oraz w związku z art. 24 ust. 1 pkt. 8 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum FB Serwis do przedstawienia zaświadczeń właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania z kraju Hiszpania to zarzut nie potwierdził się. Wskazane w odwołaniu osoby mają miejsce zamieszkania na terenie Polski. Izba oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez odwołującego co zeznań świadków – członków zarządu spółki FB Serwis na okoliczność ustalenia, że świadkowie przebywają w Polsce tymczasowo w związku z pełnieniem przez nich funkcji członków zarządu w spółce FB Serwis S.A., a ich stałe miejsce zamieszkania znajduje się poza granicami kraju uznając, że są to kwestie nie wymagające dla rozstrzygnięcia podniesionych zarzutów wzywania wskazanych w odwołaniu świadków. Izba nie uznała zarzutu opierając się na treści § 2 ust.2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009r. Nr 226, poz. 1817) , które operuje pojęciem „miejsce zamieszkania”. Sformułowanie użyte w ww Rozporządzeniu odpowiada zapytaniom o karalność, w których użyto również określenia „miejsce zamieszkania” W związku z tym Izba uznała za przedmiotowe rozpoznawanie czy świadkowie przebywają tymczasowo. W tym stanie rzeczy zarzut nie potwierdził się.

7. Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe badanie i ocenę ofert oraz wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej. W związku z tym, że żaden z powyżej przedstawionych zarzutów nie potwierdził się to również za nie potwierdzone Izba uznała wskazane naruszenie artykułów w niniejszym punkcie.

W związku z powyższym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ nie stwierdzono naruszeń powyżej wskazanych przepisów ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 2) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzać uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzać od odwołującego na rzecz zamawiającego 3.600,00zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący:.....

.....

.....