

WYROK
z dnia 20 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2013 r. przez wykonawcę **HEWEA Centrum Techniki Cargo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 50-077 Wrocław, ul. Kazimierza Wielkiego 41/8** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 50-316 Wrocław, ul. Bolesława Prusa 75-79,**

przy udziale wykonawcy **BRZAZGACZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 50-305 Wrocław, ul. Stefana Jaracza 59a/11,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **HEWEA Centrum Techniki Cargo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 50-077 Wrocław, ul. Kazimierza Wielkiego 41/8** i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **HEWEA Centrum Techniki Cargo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 50-077 Wrocław, ul. Kazimierza Wielkiego 41/8,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2) zasądza od wykonawcy HEWEA Centrum Techniki Cargo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 50-077 Wrocław, ul. Kazimierza Wielkiego 41/8 na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 50-316 Wrocław, ul. Bolesława Prusa 75-79, kwotę 1962 zł 87 gr (słownie: tysiąc dziewięćset sześćdziesiąt dwa złote osiemdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu i udziału strony w posiedzeniu i rozprawie.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie dostawy - zamówienie sektorowe - której przedmiotem jest: »wyprodukowanie i dostarczenie wielozadaniowego specjalnego pojazdu pogotowia technicznego w ramach projektu pn. „Poprawa jakości i bezpieczeństwa systemu komunikacji publicznej Wrocławia poprzez działania podejmowane przez MPK Sp. z o.o.” współfinansowanego przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013 w ramach Priorytetu nr 3 „Rozwój infrastruktury transportowej na Dolnym Śląsku (Transport)”, Działania nr 3.3 „transport miejski i podmiejski”.«

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 17.12.2012 r., nr 2012/S 242-398252.

Odwołujący: wykonawca HEWEA Centrum Techniki Cargo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, wniósł odwołanie od czynności i zaniechania czynności przez zamawiającego, polegających na:

- a) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy BRZAZGACZ Sp. z o.o. i EFFER S.p.A., zwanego w skrócie „Konsorcjum”, wobec niewykazania przez Konsorcjum spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- b) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum, jako niespełniającej warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej w skrócie „SIWZ”,
- c) wybraniu oferty Konsorcjum, jako najkorzystniejszej,
- d) zaniechaniu wybrania oferty odwołującego.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniu zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- art. 7 ust. 1 przez wybór oferty Konsorcjum i zaniechanie wyboru oferty odwołującego,

jako jedynej niepodlegającej odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum, jako najkorzystniejszej,
- b) wykluczenia Konsorcjum wobec niewykazania przez ten podmiot spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- c) wybrania oferty odwołującego.

Odwołujący uzasadnił legitymację czynną we wniesieniu odwołania, następująco. W wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów ustawy Pzp, interes *prawny* odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem skutkiem zaskarżonych czynności zamawiającego jest pozbawienie odwołującego możliwości realizacji zamówienia, chociaż odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, a ponadto odpowiadającą potrzebom zamawiającego, będącą jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu i zgodną z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał.

W dniu 29 stycznia 2013 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej przesyłając mu faksem pismo z dnia 28.01.2013 r. oraz doręczając pismo dniu 30 stycznia 2013 r. za pośrednictwem Poczty Polskiej.

I. Przesłanki wykluczenia konsorcjum BRZAZGACZ Sp. z o.o./EFFER S.p.A.

1. Niewykazanie skutecznego umocowania spółki Brzazgacz do reprezentowania spółki EFFER S.p.A.

Na stronie 3 tłumaczenia wyciągu z rejestru spółki EFFER S.p.A., w punkcie *Uprawnienia Zarządu* opisano, że prawo do zarządzania spółką przysługuje członkom zarządu (...) *o ile do tego celu nie są wymagane szczególne pełnomocnictwa w przypadkach wymaganych przepisami prawa (...).* Dowód: strona 21 oferty Konsorcjum, załącznik nr 1.

Odwołujący uznał, że skoro w wyciągu z rejestru znalazł się opis o *przypadkach wymaganych przepisami prawa*, to nie ma wątpliwości, że takie przypadki w istocie mają miejsce, a obowiązkiem Konsorcjum było odniesienie się do tego opisu i ewentualne wykazanie, iż nie zachodzi żadna okoliczność mogąca uczynić ww. pełnomocnictwo prawnie nieskutecznym. Zwrócił uwagę na to, że cena zaoferowana przez Konsorcjum (4.650.000 zł brutto) jest równoważnością ok. 1.100.000 EUR, co odpowiada ok. 70% kapitału spółki EFFER S.p.A. Podobnie, jak w wielu innych krajach, obowiązująca w Polsce ustawa z dnia 25 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037, z późn. zm.) wprowadza ograniczenia w rozporządzaniu prawem lub zaciąganiu zobowiązań o wartości

odpowiadającej znacznej części kapitału zakładowego (np. art. 230 i 394). Odwołujący stwierdził, że wydaje się nieprawdopodobnym, by prawo Republiki Włoskiej dopuszczało udzielenie w imieniu spółki bezwarunkowego i nieograniczonego pełnomocnictwa, bez zachowania jakiejś szczególnej formy (np. uchwały zgromadzenia wspólników lub akcjonariuszy), podmiotowi z siedzibą w innym kraju, którego kapitał zakładowy wynosi zaledwie ok. 1200 EUR (5000 zł). Wątpliwości w tym zakresie są tym większe, że spółka Brzazgacz dołączyła do oferty odnoszący się do niej odpis z rejestru przedsiębiorców KRS, gdzie w Dziale 4, w Rubryce 3 i 4, jest mowa o dokonanym zabezpieczeniu majątku spółki, toczącym się postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości czy prowadzonej egzekucji oraz o tym, że majątek tej spółki nie wystarcza ani na zaspokojenie kosztów jej upadłości ani kosztów egzekucji z jej majątku. *Dowód: strona 45 oferty Konsorcjum, załącznik nr 2.*

Wskazane opisy w rejestrze KRS dla spółki BRZAZGACZ, która powstała niecały miesiąc przed złożeniem oferty w postępowaniu, powinny budzić nie tylko wątpliwości, ale niepokój zamawiającego, a w konsekwencji spowodować zweryfikowanie z należytą starannością prawnej skuteczności ww. pełnomocnictwa.

W żadnym miejscu oferty złożonej przez Konsorcjum nie ma potwierdzenia, ani w postaci przedłożonego dokumentu ani choćby w formie oświadczenia, że prawo Republiki Włoskiej nie nakłada na członków zarządu spółek kapitałowych analogicznych ograniczeń, jakie opisano w polskim Kodeksie spółek handlowych. W konsekwencji tego faktu odwołujący uznał, że nie wykazano, iż pełnomocnictwo z dnia 08/01/2013, udzielone przez Lorenzo Cipriani spółce BRZAZGACZ sp. z o.o., jest prawnie skuteczne i wiążące dla spółki EFFER S.p.A.

2. Niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez BRZAZGACZ Sp. z o.o.

Z treści pisma Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 27/12/2012 r., którego kopia stanowi stronę 50 oferty Konsorcjum, wynika, że nie jest ono dokumentem, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 4 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). Bez wpływu na tę konstatację pozostaje także treść pisma ZUS z dnia 25/01/2013 r. Na podstawie obowiązującej od 1 stycznia 2009 r. ustawy z dnia 7 listopada 2008 r. o zmianie ustawy - Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 209, poz. 1318), wspólnicy jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością (taką jest lider Konsorcjum, tj. Brzazgacz Sp. z o.o.), składają do ZUS zgłoszenie siebie, jako płatnika składek na własne ubezpieczenia - mogą tego dokonać również za pośrednictwem sądu rejestrowego - obowiązek taki spoczywa na nich od momentu rejestracji spółki. Zgodnie z art. 82 ustawy z

dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027, z późn. zm.), jeżeli ubezpieczony prowadzi więcej niż jedną pozarolniczą działalność, składka na ubezpieczenie zdrowotne jest opłacana od każdego rodzaju działalności.

Poza sporem jest to, że spółka BRZAZGACZ, nie figuruje w Rejestrze Płatników Składek KSI ZUS - potwierdzają to ww. pisma ZUS. Jednak sam fakt nie figurowania w ww. rejestrze w żaden sposób nie potwierdza tego, że jedyny wspólnik spółki BRZAZGACZ Sp. z o.o., będący jednocześnie prezesem zarządu tej spółki, tj. Jarosław Brzazgacz, złożył do ZUS, w wymaganym terminie (tj. w dniu rejestracji spółki), zgłoszenie siebie, jako płatnika składek i, że opłaca on te składki. Zatem, brak jest jednoznacznego potwierdzenia, że w związku z powstaniem i działalnością spółki BRZAZGACZ Sp. z o.o. nie występuje zaległość w opłacaniu składek na ubezpieczenia zdrowotne lub społeczne. W tej sytuacji niczyjej wątpliwości nie może budzić fakt, że lider Konsorcjum, tj. spółka BRZAZGACZ, nie wykazał braku podstaw do jej wykluczenia z postępowania.

Powziąwszy informację o treści oferty Konsorcjum, odwołujący zwrócił uwagę zamawiającego na opisaną przesłankę wykluczenia Konsorcjum z postępowania - miało to miejsce jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty. *Dowód: pismo odwołującego z dnia 23.01.2013 r. (Znak: Sz/ma/a), załącznik nr 3.*

Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, zatem niczyjej wątpliwości nie może budzić to, że Konsorcjum powinno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu.

Z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby powyższa argumentacja nie okazała się wystarczająca dla uwzględnienia wprost wniosków zawartych w ww. punktach a), b) i c), odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum, jako niespełniającej warunków SIWZ oraz wybrania oferty odwołującego.

II. Przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum BRZAZGACZ Sp. z o.o. i EFFER S.p.A.

1. Ograniczenie przebiegu pojazdu w zestawie holowniczym do 10%.

Zamawiający, celem potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania techniczne lub funkcjonalne, wymagał od wykonawców dołączenia do oferty, zgodnie z załącznikiem nr 4 formularza ofertowego (załącznikiem do SIWZ), kart katalogowych dla oferowanego sprzętu w zakresie oferowanego pojazdu oraz żurawia. W wykonaniu obowiązku wynikającego z SIWZ, Konsorcjum przedłożyło kartę katalogową producenta dla podwozia MAN TGS 41.440 8x8 BB oznaczonego indywidualnym symbolem L96SLG03. Na stronie 3/11 tego dokumentu, wyszczególnione są dopuszczalne masy, wynoszące:

- Masa całkowita pojazdu: 32000 kg,
- Masa całkowita zestawu: 35500 kg. *Dowód: strona 67 oferty Konsorcjum, załącznik nr 4.*

W dalszej części ww. karty katalogowej, na stronie 10/11, wyszczególnione jest dodatkowe wyposażenie fabryczne, m. in. *KSW Pakiet dla 50T obejmujący zmianę felg i opon ZW001*. Z wpisu tego można wnioskować, że pojazd będzie dysponował dopuszczalną masą całkowitą 50 ton (50000 kg). *Dowód: strona 74 oferty Konsorcjum, załącznik nr 5.*

Powyższy wniosek znajduje potwierdzenie na stronie 11/11 karty katalogowej, gdzie w punkcie pn. *Powyższe zestawienie zawiera* znalazł się wpis *Techniczne DMC pojazdu 50 ton dla prędkości 89 km/h*. W tym samym miejscu znalazł się także wpis *DMC zestawu max. 90 ton dla 10% przebiegu rocznego*. *Dowód: strona 75 oferty Konsorcjum, załącznik nr 6.*

Z treści wpisu wynika w sposób jednoznaczny, że dla 90 % przebiegu pojazdu oferowanego przez Konsorcjum, jeden z jego najważniejszych parametrów wymaganych opisem SIWZ, tj. dopuszczalna masa całkowita zestawu, wynosi tylko tyle, ile podano na stronie 3/11 karty katalogowej (strona 67 oferty Konsorcjum), tj. 35500 kg. W tej sytuacji, skoro dopuszczalna masa zestawu nie przekracza dopuszczalnej masy samego pojazdu, to oczywistym jest, że taki pojazd nie może służyć do holowania czegokolwiek. Uwadze zamawiającego umknęło ważne zastrzeżenie i ograniczenie zawarte w ofercie Konsorcjum. Specjalny pojazd pogotowia technicznego, którego dotyczy postępowanie, jest przeznaczony do operowania na stosunkowo krótkich trasach w granicach aglomeracji wrocławskiej, na terenie której działalność prowadzi zamawiający. Specyfika działania tego rodzaju pojazdów polega w większości wypadków na dotarciu na miejsce zdarzenia drogowego lub awarii i odholowaniu niesprawnego pojazdu (autobusu lub tramwaju) do zajezdni - wynika to z treści punktów 2.1.2 i 2.1.3 Opisu Przedmiotu Zamówienia, zwanego w skrócie „OPZ”. Ograniczenie możliwości holowania do zaledwie 10% przebiegu dyskwalifikuje pojazd zaoferowany przez Konsorcjum nie tylko, jako *specjalny pojazd pogotowia technicznego*, ale nawet jako zwykły pojazd holujący, o którym mowa w art. 31 ustawy z dnia 30 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. Nr 98, poz. 602, z późn. zm.).

Zamawiający liczył się z możliwością ograniczenia niektórych parametrów przedmiotu zamówienia - np. udźwigu żurawia nad kabiną (p. 3.3.24. OPZ) - jednak w żadnym miejscu SIWZ nie ma mowy o dopuszczeniu jakiegokolwiek ograniczenia funkcjonalności pojazdu, czym jest w istocie ograniczenie jego przebiegu.

2. Wylot spalin wyprowadzony na niewłaściwą stronę.

W punkcie 3.2.8.2. OPZ zamawiający opisał, że wylot spalin z układu wydechowego oferowanego pojazdu powinien być *kierowany na stronę lewą w górę za kabiną kierowcy*.

Na stronie 4/11 karty katalogowej producenta podwozia MAN TGS 41.440 8x8 BB, oznaczonego indywidualnym symbolem L96SLG03, w punkcie *Układ dolotowy i wydechowy* znalazł się opis *Wydech wyprowadzony do góry z prawej strony (206AP)*. Wynika z tego w sposób jednoznaczny, że w pojeździe zaoferowanym przez Konsorcjum, spaliny byłyby wyprowadzone na stronę przeciwną w stosunku do tej, którą zamawiający wskazał w SIWZ.

Dowód: strona 68 oferty Konsorcjum, załącznik nr 7.

Treść oferty w sensie ścisłym to rodzaj i zakres oferowanego świadczenia - w przedmiotowej sprawie są to parametry i właściwości oferowanego pojazdu, które zostały przez Konsorcjum opisane wyłącznie w zestawieniu konfiguracyjnym. Odwołujący zwrócił uwagę na to, że zamawiający, nie dostrzegłszy braków w ofercie Konsorcjum, uznał ją za najkorzystniejszą, co skutkowałoby tym, że Konsorcjum byłoby związane swoją ofertą, w konsekwencji czego zamawiający otrzymałby świadczenie niezgodne z jego potrzebami wyrażonymi w SIWZ.

Zatem, nie może budzić wątpliwości to, że oferta Konsorcjum powinna zostać zasadnie odrzucona, jako że pojazd zaoferowany przez Konsorcjum nie spełnia warunków zawartych w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe odwołujący uznał, że odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BRZAZGACZ Sp. z o.o. we Wrocławiu i EFFER S.p.A. w Rovereto (TN) Włochy, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwani w skrócie „przystępującym”, w wyniku spełnienia przesłanek skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

Odwołujący spełnia przesłanki warunkujące wniesienie odwołania, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest jednym z dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu, którzy złożyli ważne oferty. Przy jedynym kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 100%, oferta odwołującego z ceną 5.290.000 zł uzyskała 88 pkt, natomiast oferta przystępującego z ceną 4.650.000 zł uzyskała 100 pkt. Zatem, jakiegokolwiek udowodnione zarzuty dotyczące przystępującego, jako wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu, czy złożonej przez niego oferty, wykazujące naruszenie przepisów ustawy Pzp, mające wpływ na wybór tej oferty, jako najkorzystniejszej, stwarzają po stronie odwołującego możliwość uzyskania zamówienia.

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie zarzutów, poza wskazaniem odpowiednich stron wybranej oferty i zgłoszeniem wątpliwości, które trudno podzielić w takim stopniu, by możliwe było obarczenie zamawiającego obowiązkiem dalszej analizy dokumentów podmiotowych przystępującego oraz

porównywalnych, w obu ofertach, parametrów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia, jako że obaj wykonawcy oferują pojazd tego samego producenta MAN, na indywidualne zamówienie wykonawców, uwzględniające wymagania przedstawione w SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, że jest to piąte postępowanie w tym przedmiocie zamówienia, w którym uczestniczą ci sami wykonawcy, tworząc nieco zmienione w składzie konsorcja, i wszelkie składane i podważane w postępowaniu dokumenty były wielokrotnie przedmiotem szczegółowych analiz ze strony zamawiającego.

Ad I.

1. Uprawnienie prezesa zarządu i głównego właściciela przedsiębiorstwa EFFER S.p.A. Lorenzo Cipriani do udzielenia pełnomocnictwa firmie BRZAZGACZ Sp. z o.o., jako pełnomocnikowi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, że do oferty został dołączony oryginalny dokument wraz z tłumaczeniem na język polski: Protokół Nr CEW/183/2013/CBO0227 z 8/1/2013 Izby Handlowej, Rzemieśniczej i Rolniczej w Trento - Dział Rejestru Przedsiębiorstw - Poświadczenie wpisu do działu zwykłego, Informacje dotyczące statutu, Uprawnienia Zarządu, w których podano, że: *prawo do zarządzania spółką przysługuje wyłącznie członkom zarządu, którzy dokonują działań niezbędnych do osiągnięcia przedmiotu działalności spółki, o ile do tego celu nie są wymagane szczególne pełnomocnictwa w przypadkach wymaganych przepisami prawa lub niniejszym artykułem* [klauzula wskazująca organ zarządzający spółką]. W dalszej części opisu podano, że: *prawo do reprezentowania spółki przysługuje jednemu zarządcy [prezesowi zarządu jednoosobowego]*. W dokumencie tym wskazano, że prezesem zarządu spółki jest Lorenzo Cipriani. Prezes zarządu jest jednocześnie głównym właścicielem przedsiębiorstwa EFFER S.p.A., został uprawniony do jednoosobowej reprezentacji spółki bez żadnych ograniczeń, zatem należało uznać, że również do ustanawiania pełnomocników. W świetle powyższego, brak jest podstaw do podważenia pełnomocnictwa udzielonego w dniu 08/01/2013 r. przez wskazanego prezesa zarządu firmie BRZAZGACZ Sp. z o.o., jako pełnomocnikowi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący, w przypadku powzięcia wątpliwości skutkujących wniesieniem odwołania, jako strona wszczynająca spór, winien był przedstawić dowód wskazujący na niezgodność pełnomocnictwa z uprawnieniem prezesa zarządu, zgodnie z zasadą kontradyktoryjnego postępowania przed Izbą i obowiązkiem dowodzenia twierdzeń obciążającym strony i uczestników postępowania. Przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, jak też przepis art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp, stanowi, że odwołujący zobowiązany jest wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17.06.2009 r., IV CSK 71/09 (LEX nr 737288) wskazał, że (...) *przedstawienie przez stronę dowodu w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach, z których wywodzi dla siebie korzystne skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem procesowym, lecz ciężarem procesowym, wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie. To interes strony, jakim jest wygranie procesu, nakazuje jej podjąć wszelkie możliwe czynności procesowe w celu udowodnienia przez stronę faktów, z których wywodzi korzystne skutki prawne.*

Odwołujący nie przedstawił dowodu, zarzut podtrzymał twierdząc, że zamawiający powinien był powziąć wątpliwości i wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie obowiązującego prawa w Republice Włoskiej. Poza wątpliwościami, odwołujący nie sprecyzował zarzutu przez określenie okoliczności faktycznych wskazujących naruszenie prawa i przepisu ustawy, powołując wyłącznie przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący, słusznie cofnął na rozprawie drugi zarzut z tej grupy, odnoszący się do odpisu KRS BRZAZGACZ Sp. z o.o. - *w Dziale 4, w Rubryce 3 i 4, jest mowa o dokonanych zabezpieczeniu majątku spółki, toczącym się postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości czy prowadzonej egzekucji oraz o tym, że majątek tej spółki nie wystarcza ani na zaspokojenie kosztów jej upadłości ani kosztów egzekucji z jej majątku (dowód: strona 45 oferty Konsorcjum, załącznik nr 2).* Przedstawiony opis stanowi standardowy formularz i w odpisie KRS dotyczącym spółki, pozostawiono pola bez żadnych wpisów (nie stwierdzono negatywnych okoliczności).

2. Zarzut: Niewłaściwe zaświadczenie właściwego Oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych dotyczące wykonawcy BRZAZGACZ Sp. z o.o.

Do oferty przystępującego dołączono zaświadczenie ZUS I Inspektoratu we Wrocławiu z dnia 27/12/2012 r., w którym stwierdzono, że na dzień wystawienia dokumentu BRZAZGACZ Sp. z o.o. nie figuruje w Rejestrze Płatników Składek KSI ZUS. W drugim dokumencie złożonym przez wykonawcę w toku postępowania (zaświadczenie ZUS z dnia 25/01/2013 r.) również określono w nawiązaniu do pierwotnego dokumentu, że spółka nie jest płatnikiem składek ZUS, ponieważ nie zgłosiła do ubezpieczeń pracowników, zleceniobiorców (Dz. U. z 1998 Nr 137, poz. 887, z póź. zm.).

Wobec skierowanej do zamawiającego uwagi na opisaną przesłankę wykluczenia Konsorcjum z postępowania (przed wyborem najkorzystniejszej oferty - *pismo odwołującego z dnia 23.01.2013 r., znak: Sz/ma/a, załącznik nr 3 do odwołania*), przystępujący złożył

zamawiającemu następujące wyjaśnienia: (...) *Otóż faktycznie udziałowiec jednoosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością podlega zgodnie ze wskazaną ordynacją podatkową rejestracji, jako płatnik składek ubezpieczeniowych. Natomiast składki te nie są płacone przez spółkę, a przez niego samego z własnego konta. Składki te także nie są kwalifikowane, jako koszty prowadzenia działalności, gdyż są z nią niepowiązane. Oferentem sprzętu jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. (...) Potwierdzam, że spółka BRZAZGACZ nie figuruje w Rejestrze Płatników Składek KSI ZUS. W załączniku przekazuję także opinię z ZUS'u, która ponownie stwierdza to samo na dzień 5.01.2013, ale tłumaczy także, co oznacza to sformułowanie użyte w piśmie z 27.12.2012. Otóż oznacza ono, że BRZAZGACZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie jest płatnikiem składek w ZUS! Jednoznacznie wskazuje to, że spółka nie zalega ze składkami, gdyż nigdy nie powstał obowiązek ich uiszczenia ze względu na brak zgłoszonych pracowników i zleceniobiorców do ubezpieczeń. Spędziłem dzisiaj pół dnia w I Inspektoracie ZUS we Wrocławiu tłumacząc sytuację i żądając zaświadczenia o niezaleganiu spółki. Jednoznacznie stwierdzono, że nie wydaje się takich zaświadczeń podmiotom, które nie figurują w rejestrze płatników = nie są płatnikami = nie powstał obowiązek płacenia składek ubezpieczeniowych. Zaświadczenie o niezaleganiu jest drukiem ścisłego zarachowania i wydawane jest tylko podmiotom, wobec których ten obowiązek wystąpił w jakimś terminie, co jest w tym zaświadczeniu ujmowane. Czyli zaświadczenie przedstawione przez BRZAZGACZ Sp. z o.o. jest zgodne z wymaganiami odpowiednich przepisów prawa. Przystępujący dołączył dodatkowe, wskazane wyżej zaświadczenia ZUS z dnia 25.01.2013 r.*

Izba uznała, że wobec obowiązku żądania od wykonawców aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS (...), iż wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne (...) - § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz złożenia przez przystępującego wskazanych zaświadczeń, zamawiający nie jest uprawniony do żądania dalszych dokumentów w tej sprawie. Skoro organ właściwy w sprawie wydał stosowne zaświadczenie, niebudzące wątpliwości, co do jego treści i formy, brak jest podstaw, by eskalować dalsze żądania wobec wykonawcy, gdyż czynność taka może powodować naruszenie przepisów art. 25 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba podziela stanowisko wyrażone w orzecznictwie KIO: - wyrok z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 250/10: *Niezależnie od oceny, czy spółka jawna ubiegająca się o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązana do odprowadzania odrębnych składek na ubezpieczenia zdrowotne skład orzekający Izby, podobnie jak Zamawiający, uznał, że nie jest uprawniony do kwestionowania stanowiska wyrażonego w dokumencie urzędowym, wystawionym przez właściwy organ, który stwierdził,*

że ubiegająca się o udzielenie zamówienia publicznego spółka jawna nie figuruje w Komputerowym Systemie Informatycznym ZUS jako płatnik składek. Powyższe wskazuje na to, że wskazana firma nie jest zarejestrowana tam jako płatnik, tym, samym też nie może być zarejestrowana jako dłużnik wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w zakresie opłacania składek na ubezpieczenia zdrowotne; wyrok z dnia 15 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2092/12: Izba nie jest uprawniona do kwestionowania stanowiska wyrażonego w dokumencie urzędowym, wystawionym przez właściwy organ, który stwierdził, że (...) nie figuruje w Komputerowym Systemie Informatycznym ZUS jako płatnik składek. Oznacza to, że nie może w tym systemie figurować, jako dłużnik wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w zakresie opłacania składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

Izba uznała, że brak jest podstaw do nakazania zamawiającemu żądania dodatkowych dokumentów, jeśli wymagane w SIWZ dokumenty zostały już złożone.

Ad II. Nie zostały potwierdzone zarzuty przedmiotowe dotyczące parametrów pojazdu (1) i właściwości pojazdu (2) w przedmiocie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Jak wskazano w uzasadnieniu, obaj konkurujący ze sobą wykonawcy oferują pojazd tego samego producenta MAN, na podstawie opisów zamieszczonych w wymaganych, załączonych do ofert kart katalogowych. Odwołujący nie wykazał, że zakwestionowane w odwołaniu parametry pojazdu przedstawione w karcie katalogowej przystępującego są niezgodne z opisem wynikającym z SIWZ. Mimo stwierdzenia dokonanego przez odwołującego na rozprawie, mającego dezawuować dane zamieszczone w karcie katalogowej przystępującego, a mianowicie, że sporządzenie karty katalogowej z podaniem symboli, jakie przedstawiono na str. 74-75 oferty przystępującego, jako dodatkowe wyposażenie fabryczne, jest to w sumie przedstawienie tekstu wprowadzonego przez handlowca, a nie przez system komputerowy producenta, Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego i przystępującego odnośnie parametrów opisanych w karcie, potwierdzonych w wyjaśnieniach pochodzących od spółki producenta. Wobec stanowiska odwołującego dotyczącego parametrów i właściwości pojazdu, w sytuacji zaoferowania w obu ofertach pojazdów MAN (żurawie innych producentów), zamawiający okazał ofertę odwołującego. Z porównania kart katalogowych - przystępującego (str. 4/11) i odwołującego (str. 2/11) wynika, że opisy dotyczące konfiguracji dla: TGS41.440 8/8 BB/L 96SL G02, są identyczne w obu ofertach. Pojazdy różnią się masą całkowitą, pojazd odwołującego ZW001 z dozwoloną masą całkowitą zespołu to 84 tony (str. 8/11 karty katalogowej), pojazd przystępującego z dozwoloną masą całkowitą zespołu to 90 ton.

1. Zarzut: Ograniczenie przebiegu pojazdu w zestawie holowniczym do 10% przebiegu rocznego, str. 67, 74-75 oferty.

W części III SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2. Wymagania podstawowe, wskazano, że wyprodukowany i dostarczony wielozadaniowy specjalny pojazd pogotowia technicznego wraz ze sprzętem dodatkowym, osprzętem żurawia oraz narzędziami i akcesoriami do działań ratowniczo - naprawczych, musi spełniać trzy zasadnicze funkcje: dźwigu do podnoszenia uszkodzonych autobusów oraz wykolejonych tramwajów (pkt 2.1.1), holowania pojazdów szynowych przy użyciu sprzęgu (pkt 2.1.2), holowania autobusów (pkt 2.1.3). W pkt 2.1.2 dotyczącym holowania pojazdów szynowych przy użyciu sprzęgu, podano, że funkcja holowania polega przede wszystkim na holowaniu tramwaju po akcji ratowniczej o masie 44 000 kg włącznie lub wkolejeniu tramwajów o masie do 44 000 kg włącznie (str. 1-2 OPZ). W opisie tym istotna jest masa holowanego pojazdu, gdyż determinuje ona parametry wagowe zamawianego pojazdu. Przystępujący zaoferował (wg. karty katalogowej - konfiguracja dla zamawiającego str. 3/11) pojazd MAN: wariant TGS 41.440 8X8 BB o numerze pojazdu podstawowego: L96SLG03. Na str. 67 oferty przedstawione zostały: masa całkowita 32000 kg, masa całkowita zestawu 35500 kg, ze wskazaniem dwóch osi przednich - po 8500 kg i dwóch osi tylnych - po 9500 kg. Przystępujący zamieścił na str. 67 oferty oświadczenie, że *powyższe masy opisują bazowe podwozie. Opcje rozszerzające powyższe masy do: DMC (masa całkowita) pojazdu - 50 ton, DMC (masa całkowita) zestawu - 90 ton.* W opisie: *dodatkowego wyposażenia fabrycznego, pakiet dla 50T - zmiana felg i opon, wydłużenie tylnego zwisu, wymiana opon na Michelin (...)* dodano, że powyższe zestawienie zawiera: Techniczne DMC pojazdu 50 ton dla prędkości 89km/h, DMC zestawu max. 90 dla 10% przebiegu rocznego (ZLS01), następny wariant (opcja): Techniczne DMC zestawu max. 90 ton (ZSL02). Zamawiający oraz przystępujący wyjaśnili w sposób logiczny na rozprawie, że wariant ZSL02 oznacza techniczne DMC pojazdu 50 ton, przy technicznym DMC zestawu max. 90 ton. Powyższe potwierdza wyjaśnienie (korespondencja elektroniczna z dnia 7.02.2013 r. skierowana przez: MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. – M..... W..... do BRZAZGACZ Sp. z o.o. – J..... B.....), o treści: (...) *podwozie wyspecyfikowane pod ten duży żuraw będzie przechodziło wiele modyfikacji zarówno w fabryce MAN'a, jak i w Polsce. Także żeby zwiększyć DMC zestawu pojazdu do 90 t należy wprowadzić kilka modyfikacji w pojeździe (...). W specyfikacji ujęte one są w dwóch punktach rozbudowujących się nawzajem. Modernizacja będzie obejmowała elementy konstrukcyjne, a także system pneumatyczny i elektryczny. Podwozie zgodnie z kolejnym punktem po punkcie mówiącym o 10% rocznego przebiegu, będzie posiadało DMC zestawu pojazdów max. 90 t (90000 kg).*

Na podstawie powyższego Izba uznała, że odwołujący nie wykazał niezgodności oferty

przystępującego w zakresie parametrów oferowanego pojazdu - DMC pojazdu 50 t i DMC zestawu max. 90 t, z wymaganiem pkt 2.1.2 OPZ SIWZ - holowanie tramwaju o masie do 44000 kg włącznie, gdyż opis oznaczony symbolem ZLS02, jako dalsza opcja modernizacyjna, wyłącza opis oznaczony symbolem ZLS01, ograniczenie dla 10% przebiegu rocznego.

2. Zarzut: Wylot spalin wyprowadzony na niewłaściwą stronę, str. 68 oferty.

W OPZ SIWZ pkt 3.2.8.2 zamawiający wymagał, by tłumik wydechu był umiejscowiony według wymagań producenta dla żądanego typu podwozia, natomiast wylot spalin kierowany na stronę lewą, w górę za kabiną kierowcy.

Zarzut odwołującego nie został potwierdzony, gdyż dotyczył odpowiedniego wyprowadzenia tłumika wydechu, który jest umiejscowiony w pojazdach MAN oferowanych przez obu wykonawców za kabiną kierowcy po prawej stronie (*układ dolotowy i wydechowy - 206AP*). Natomiast końcówka rury wydechowej dla wydechu wyprowadzonego do góry (206TA, str. 4/11 karty katalogowej) odpowiada wymaganiom pkt 3.2.8.2 - wylot spalin kierowany na stronę lewą, w górę za kabiną kierowcy. Zarzut wynika z utożsamienia umiejscowienia tłumika wydechu z kierunkiem wylotu spalin.

Powyższe potwierdza wyjaśnienie (korespondencja elektroniczna skierowana przez: MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. – M..... W..... do BRZAZGACZ Sp. z o.o. – J..... B....., w dniu 6.02.2013 r.), z którego wynika, że *dla oferowanego typu podwozia rura wydechowa prowadzona jest w górę za kabiną kierowcy po prawej stronie. Z prawej strony pojazdu między osiami 1-2 znajduje się tłumik układu wydechowego wraz z instalacją SCR do oczyszczania spalin. W celu zapewnienia normy emisji spalin EURO 5 nie zaleca się przestawiania wydechu. Rura wydechowa jest wyprowadzona z tłumika w górę i zakończona kształtką kątową, która powoduje, że wylot spalin skierowany jest w lewą stronę, co oznacza, że wylot spalin jest kierowany na stronę lewą, w górę za kabiną kierowcy.*

Odwołujący nie zakwestionował wyjaśnień złożonych przez zamawiającego i przystępującego oraz przedłożonych dowodów.

Oceniając materiał dowodowy, Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty odwołującego wskazane w odwołaniu: okoliczności faktyczne - wykluczenie przystępującego z postępowania i odrzucenie jego oferty, z podstawą prawną wskazaną w odwołaniu - art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 i § 5 ust. 3 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).

Przewodniczący:

