

WYROK
z dnia 20 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Stanisław Sadowy
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach 16.10.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: TENDER 2008/055 z Liderem TOP AUTO – Andrzej Arefiew, 15-641 Białystok, Krupniki 25** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Wojewódzka Policji w Białymstoku, 15-003 Białystok, ul. Sienkiewicza 65** protestu / protestów* z dnia 10.09.2008 r.

przy udziale wykonawców:

1. Hyundai Motor Poland Sp. z o.o., ul. Migdałowa 4, 02-796 Warszawa,
2. Konsorcjum firm: Świetłany Topczewskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą PH-U TOP MOTORS – Świetłana Topczewska, Kolonia Porosły 1F, 16-070 Choroszcz (lider Konsorcjum); SOLIX Sp. z o.o., ul. Lubelska 40, 10-408 Olsztyn; TECHNOTOP Sp. z o.o., Konopnica 164A, 21-030 Motycz,
3. Konsorcjum firm: AS MOTORS Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa (lider konsorcjum); KIA Motors Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 393, 02-801 Warszawa

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

1

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: TENDER 2008/055 z Liderem TOP AUTO – Andrzej Arefiew, 15-641 Białystok, Krupniki 25** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: TENDER 2008/055 z Liderem TOP AUTO – Andrzej Arefiew, 15-641 Białystok, Krupniki 25**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: TENDER 2008/055 z Liderem TOP AUTO – Andrzej Arefiew, 15-641 Białystok, Krupniki 25** na rzecz **Komendy Wojewódzkiej Policji w Białymstoku, 15-003 Białystok, ul. Sienkiewicza 65**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: TENDER 2008/055 z Liderem TOP AUTO – Andrzej Arefiew, 15-641 Białystok, Krupniki 25**.

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Policji w Białymstoku, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę 447 szt. samochodów osobowych oznakowanych Policji”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 9 lipca 2008 r., nr 2008/S 131-174720.

2

Zamawiający pismem z dnia 4 września 2008 r., poinformował Konsorcjum: General Motors Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Andrzeja Arefiewa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TOP AUTO Andrzej Arefiew z siedzibą w Białymstoku (lider konsorcjum) zwane dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Swiętłana Topczewskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PH-U „TOP MOTORS” Swiętłana Topczewska z siedzibą w Kolonii Porosły 1F (lider konsorcjum), SOLIX Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, TECHNOTOP Sp. z o.o. z siedzibą w Konopnicy, zwaną dalej „PH-U „TOP MOTORS””. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał faksem w tej samej dacie.

Pismem z dnia 10 września 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego, tj.:

1. badania ofert, poprzez przyjęcie, że wykonawcy: PH-U „TOP MOTORS” oraz konsorcjum firm: AS MOTORS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, KIA Motors Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „AS MOTORS” nie podlegają wykluczeniu z postępowania, a oferty PH-U „TOP MOTORS”, AS MOTORS oraz HYUNDAI MOTOR POLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „HYUNDAI” nie podlegają odrzuceniu,
2. oceny ofert, poprzez przyjęcie, że w/w oferty podlegają ocenie (punktacji ofert),
3. wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzez wadliwe jej wskazanie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 10, ust. 2 pkt 2-4, art. 89 ust. 1 pkt 1-2, pkt 5, pkt 8, art. 91 ust. 1, art. 2 pkt 5, art. 92 ustawy Pzp oraz przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (art. 17) oraz ustawy o finansach publicznych (art. 35 ust. 4)

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. powtórzenie czynności badania ofert oraz odrzucenie wadliwych ofert z postępowania,
2. powtórzenie czynności oceny ofert (punktacji ofert), tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu tylko do ważnych ofert,
3. zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż:

1. PH-U „TOP MOTORS”:
 - nie spełnił warunku postępowania dotyczącego złożenia wadium, gdyż wadium w postaci gwarancji bankowej złożone zostało przez lidera konsorcjum, w jego imieniu, a nie w imieniu konsorcjum.
 - oferta zawiera wadliwą reprezentację. Członkowie konsorcjum umocowali do podpisania oferty Swiętlanę Topczewską bez możliwości dalszej substytucji, a

3

ofertę podpisał Stanisław Topczewski, nie posiadając stosownego umocowania.

- w ofercie konsorcjanta SOLIX Sp. z o.o. brak jest aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego na nazwisko „Chmielewska”.

2. AS MOTORS:

- złożył ofertę na „Formularzu ofertowym” we własnym imieniu, a nie w imieniu konsorcjum.
- nie spełnił warunków udziału w postępowaniu dotyczącego realizacji jednej dostawy o wartości 2 000 000,00 zł wskazanego rodzaju pojazdów. Wskazane

referencje są wystawione przez Dealera KIA z siedzibą w Warszawie na wykonawcę KIA AS MOTORS i nie stanowią dostawy i należytego jej wykonania.

- nie wskazał zakresu podwykonawstwa, danych poddostawcy urządzeń oraz nie zamieścił oświadczenia, że w zakresie zabudowy wykonawca użyje podwykonawcy, jak również nie przedłożył dokumentów homologacyjnych dotyczących belki sygnalizacyjnej.

3. HYUNDAI:

- nie spełnił warunków udziału w postępowaniu dotyczącego realizacji jednej dostawy o wartości 2 000 000,00 zł wskazanego rodzaju pojazdów. Załączone referencje są wystawione przez firmę leasingową BLP z siedzibą w Warszawie na wykonawcę HYUNDAI, nie dotyczą jednej lecz wielu dostaw i nie potwierdzają należytego ich wykonania.
- poświadczył dokument nie widząc oryginału. Informacje bankowe potwierdzono w dniu 18 sierpnia 2008 r., podczas gdy dokument ten przesłano w dniu 19 sierpnia 2008 r.
- oświadczył, iż użyje podwykonawcy w zakresie zabudowy (firmę Arkom Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Henryków Uroczę), a w ofercie brak jest dokumentów homologacyjnych dotyczących belki sygnalizacyjnej.
- zaoferował pojazd ze zbyt małym bagażnikiem.

Pismem z dnia 11 września 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawcy: PH-U „TOP MOTORS”, AS MOTORS oraz HYUNDAI otrzymali faksem w tej samej dacie).

Pismem z dnia 15 września 2008 r. wykonawca PH-U „TOP MOTORS” przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego w dniu 16 września 2008 r.).

4

Pismem z dnia 13 września 2008 r. wykonawca AS MOTORS przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego w dniu 16 września 2008 r.).

Pismem z dnia 12 września 2008 r. wykonawca HYUNDAI MOTOR POLAND przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego faksem w tej samej dacie)

Pismem z dnia 17 września 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) wskazując, iż:

1. zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy PH-U „TOP MOTORS” oraz odrzucenia jego oferty uznał za nieprawdziwe, gdyż:
 - a) Zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby gwarancja wadialna obejmowała swoim zakresem całe konsorcjum, regulacji takich nie zawiera także ustawa Pzp, a zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą „złożenie gwarancji wadialnej wystawionej na rzecz jednego z członków konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty”.
 - b) działający w imieniu lidera konsorcjum Stanisław Topczewski był prawidłowo umocowany do złożenia oferty w imieniu konsorcjum. Lider konsorcjum został upoważniony przez pozostałych konorcjantów do podpisywania dokumentów „zgodnie z zasadami reprezentacji obowiązującymi w PH-U „TOP MOTORS”, a zasadą reprezentacji w PH-U „TOP MOTORS” jest upoważnienie Stanisława Topczewskiego do dokonywania wszelkich czynności w imieniu PH-U „TOP MOTORS”.
 - c) na stronie 41 oferty znajduje się informacja z Krajowego Rejestru Karnego wystawiona na nazwisko Małgorzaty Chmielewskiej. – Prezesa Zarządu SOLIX Sp. z o.o.
2. zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy AS MOTORS oraz odrzucenia jego oferty uznał za nieprawdziwe, gdyż:
 - a) pełnomocnictwo załączone do oferty wskazuje AS MOTORS jako jej lidera. Jest on więc uprawniony do występowania w imieniu konsorcjum .
 - b) przedłożone referencje potwierdzają wykonanie dostawy o określonej wartości. Wykonawcy mieli przedstawić wykaz zrealizowanych dostaw o określonej wartości, a nie wykazywać, że je wytworzyli i dostarczyli.

- c) brak oświadczenia o podwykonawcach, oznacza to, iż żaden podmiot zewnętrzny nie będzie uczestniczył w dostawie pojazdów.
 - d) Zamawiający w SIWZ nie wymagał wykazania oferowanego przez wykonawcę urządzenia sygnalizacji świetlnej.
3. zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy HYUNDAI oraz odrzucenia jego oferty uznał za nieprawdziwe, gdyż:

5

- a) przedłożone referencje potwierdzają wykonanie dostawy o określonej wartości,
- b) kwestionowana informacja z banku potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem. Wykonawca został wezwany w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do jego uzupełnienia, co wyznaczonym terminie uczynił.
- c) Wykonawca nie wskazał w ofercie typów i modeli poszczególnych urządzeń, które będą montowane przez podwykonawców, a zarzuty Odwołującego są jedynie jego przypuszczeniami.
- d) Zamawiający w SIWZ nie wymagał wykazania oferowanego przez wykonawcę urządzenia sygnalizacji świetlnej.
- e) Zaoferowany bagażnik spełnia wymogi SIWZ, a Zamawiający dokonał wyliczeń przestrzeni bagażowej pojazdu i jej objętość wynosi 260,66 litrów.

Pismem z dnia 22 września 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 24 września 2008 r.), podtrzymując wszystkie zarzuty i wnioski podniesione w proteście. Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP oraz Zamawiającego w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 22 września 2008 r.

Odwołujący cofnął na rozprawie zarzut braku w ofercie PH-U „TOP MOTORS” informacji z Krajowego Rejestru Karnego na nazwisko „Chmielewska”.

Pismem z dnia 23 września 2008 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 1 października 2008 r. (pismem z dnia 30 września 2008 r.) wykonawca HYUNDAI przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

W dniu 1 października 2008 r. (pismem z dnia 30 września 2008 r.) wykonawca AS MOTORS przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

W dniu 8 października 2008 r. (pismem z dnia 3 października 2008 r.) wykonawca PH-U „TOP MOTORS” przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

6

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący nie złożenia wadium przez konsorcjum, w imieniu którego działają PH-U „TOP MOTORS” nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale IX SIWZ „Wadium” (s. 12 SIWZ) określił wysokość wadium na kwotę 360.000,00 zł. Jednocześnie wskazał formy, w jakich należy wnieść wadium, dookreślając (rozdział IX, pkt 2 – s. 12 SIWZ), iż wadium może być wnoszone (...) w gwarancjach bankowych.

PH-U „TOP MOTORS” do oferty złożonej przez konsorcjum, w imieniu którego działało, załączyło „Gwarancję bankową przetargową (wadialną) nr 66/ROKB/2008” z dnia 18 sierpnia 2008 r. (s. 24-25 oferty), z której wynika, iż została wystawiona na rzecz PH-U „TOP-MOTORS”

Izba ustaliła, iż z treści oferty złożonej przez PH-U „TOP-MOTORS” wynika, iż PH-U „TOP-MOTORS” nie składało oferty indywidualnie, a jedynie w ramach konsorcjum wykonawców. Tym samym jest oczywiste, iż złożone wadium należy przypisać konsorcjum. Brak w treści gwarancji nazwy konsorcjum nie ma znaczenia dla oceny skutków prawnych udzielonej gwarancji oraz ewentualnych roszczeń Zamawiającego. Oferta złożona przez konsorcjum jest bowiem prawidłowo zabezpieczona wadium, mimo iż w jej treści został uwidoczniiony tylko jeden konsorcjant.

Zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby gwarancja wadium obejmowała swoim zakresem całe konsorcjum, regulacji takich nie zawiera także ustawa Pzp, a zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą „o ile zamawiający nie zawarł w SIWZ wyraźnego wymogu, że każdy z wykonawców występujących wspólnie ma oddzielnie wnieść wadium, złożenie gwarancji zapłaty wadium wystawionej na rzecz jednego z członków konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty tego konsorcjum” (wyrok SO w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt II Ca 489/06). W niniejszym postępowaniu nie zastrzeżono wymogu wniesienia wadium przez każdego z konsorcjantów. Tak więc zarzut, iż wadium wniósł jedynie jeden z konsorcjantów, a co za tym idzie, iż wadium nie zostało wniesione jest nie trafny.

Z treści przedłożonej gwarancji bankowej wynika jednoznacznie sposób jej realizacji, w tym, iż zabezpiecza ona roszczenia Zamawiającego z tytułu wadium w kwocie nie przekraczającej 360.000,00 zł, a wystawca gwarancji bankowej - jak Przystępujący PH-U „TOP-MOTORS” oświadczył na rozprawie – wiedział, iż PH-U „TOP-MOTORS” (lider konsorcjum) działa w jego imieniu. Wystawcy gwarancji bankowej przedłożono umowę konsorcjum.

7

Nietrafny jest także zarzut braku pełnomocnictwa do wniesienia wadium. Izba w tym zakresie podziela stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 241/08, iż „(...) nie ma odrębnej regulacji co do posiadania pełnomocnictwa do wniesienia wadium w przypadku konsorcjum wykonawców. Istnieje jedynie obowiązek (...) do złożenia wadium do zamawiającego przed upływem składania ofert”.

Tak więc w świetle powyższych rozważań brak jest podstaw do twierdzenia, iż Konsorcjum nie zabezpieczyło swojej oferty wymaganym wadium.

Zarzut wadliwej reprezentacji w ofercie konsorcjum, w imieniu którego działa PH-U „TOP MOTORS”, nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale IV SIWZ „Wykaz oświadczeń, dokumentów, jakie powinni dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” pkt 9 a) zamieścił postanowienie „dot. Konsorcjum – wykonawcy muszą ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jego upoważnienie musi być udokumentowane pełnomocnictwem załączonym do oferty, podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli wszystkich wykonawców (...) wskazujące na podmiot uprawniony do występowania w imieniu całego konsorcjum lub do reprezentowania ich w postępowaniu”. Ponadto w rozdziale VI „Opis sposobu przygotowania ofert” wskazano, iż w przypadku, kiedy ofertę składa kilka podmiotów wspólnie, oferta oraz wszystkie załączniki muszą być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania każdego z podmiotów, a upoważnienie musi być udokumentowane pisemnym pełnomocnictwem podpisanym przez uprawnionych przedstawicieli.

Do oferty złożonej przez PH-U „TOP-MOTORS” załączona została umowa konsorcjum zawarta w dniu 14 sierpnia 2008 r. pomiędzy PH-U „TOP MOTORS”, SOLIX Sp. z o.o. oraz TECHNOTOP Sp. z o.o. (s. 9-12 oferty), w myśl postanowień której, strony utworzyły konsorcjum z liderem PH-U „TOP-MOTORS”, ustalając jednocześnie lidera pełnomocnikiem konsorcjum. Przedmiotową umowę, w imieniu PH-U „TOP MOTORS”, podpisał Stanisław T.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2008r. (s. 13 oferty) członkowie Konsorcjum upoważnili PH-U „TOP-MOTORS” jako Lidera Konsorcjum do podpisywania dokumentów w imieniu i za zgodą członków Konsorcjum, w tym oferty przetargowej, wszelkiej korespondencji i umowy o realizację przedmiotu zamówienia publicznego w trybie przetargu przy czym zgodnie z nieograniczonego, „reprezentowaną zasadami reprezentacji obowiązującymi w PH-U TOP-MOTORS”. Przedmiotowe pełnomocnictwo, w imieniu PH-U

Do oferty zostało załączone również pełnomocnictwo z dnia 11 kwietnia 2006 r. (s. 26 oferty), w którym Swiętłana Topczewska, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PH-U „TOP MOTORS” Swiętłana Topczewska z siedzibą w Kolonii Porosty 1F, udzieliła pełnomocnictwa Stanisławowi T. do zarządzania i prowadzenia firmy, jak również do zawierania wszelkich umów w zakresie jej działalności, dokonywania rozliczeń finansowych (...) a także podejmowania innych czynności. Nadto przedmiotowe pełnomocnictwo upoważnia pełnomocnika do występowania przed instytucjami sądowymi, administracyjnymi, urzędowymi, bankami, władzami, przedsiębiorcami oraz w stosunku do podmiotów gospodarczych.

Bezspornym jest, iż firmy PH-U „TOP MOTORS”, SOLIX Sp. z o.o. oraz TECHNOTOP Sp. z o.o. zawarły umowę konsorcjum, jak również to, iż liderem konsorcjum ustanowiono PH-U „TOP MOTORS”, którego właścicielem jest Swiętłana Topczewska.

Bezspornym jest także, że umowę konsorcjum oraz upoważnienie przez członków Konsorcjum dla PH-U „TOP-MOTORS” (Lidera Konsorcjum) w imieniu PH-U „TOP-MOTORS” podpisał Stanisław T.

Z treści upoważnienia dla lidera konsorcjum wyraźnie wynika, iż PH-U „TOP MOTORS” upoważnione jest do podpisywania dokumentów „reprezentowane zgodnie z zasadami obowiązującymi w PH-U TOP-MOTORS”. Tym samym należy stwierdzić, iż w chwili udzielania przedmiotowego upoważnienia członkowie konsorcjum, nie tylko, że umocowali do działania w imieniu konsorcjum PH-U „TOP-MOTORS”, ale poprzez sformułowanie reprezentowaną zgodnie z zasadami reprezentacji obowiązującymi w PH-U TOP-MOTORS” zaakceptowali zasady reprezentacji PH-U „TOP-MOTORS”, tj. fakt, iż osobą umocowaną do reprezentowania PH-U „TOP-MOTORS” jest Stanisław T. Ponieważ oświadczenie woli należy tłumaczyć stosownie do okoliczności, w których zostało złożone, to ustalenie znaczenia oświadczenia będzie podstawą dla określenia wynikających stąd skutków prawnych i ukształtowania stosunków między stronami. Skoro więc członkowie konsorcjum wiedzieli, iż w imieniu lidera konsorcjum działa Stanisław T., to udzielając umocowania do działania w imieniu całego konsorcjum (wszystkich konsorcjantów) odnieśli się do zasad reprezentacji obowiązujących w PH-U „TOP-MOTORS”. Powyższy zapis nie pozostaje w sprzeczności z treścią art. 106 k.c., gdyż umocowanie do ustanowienia

Członkowie substytutu pośrednio może

wynikać z treści pełnomocnictwa głównego.

konsorcjum niewątpliwie, już przy pierwszej czynności (zawarcia umowy konsorcjum) zaakceptowali, iż w imieniu PH-U „TOP-MOTORS” działa Stanisław T, a co znalazło odzwierciedlenie w udzielonym PH-U „TOP-MOTORS” (liderowi konsorcjum) upoważnieniu do wspólnego działania.

Tym samym Izba uznała, iż nieuprawnionym jest pogląd o braku pełnomocnictwa do złożenia oferty oraz reprezentowania Konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzut dotyczący złożenia oferty przez AS MOTORS, a nie przez Konsorcjum nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale IV SIWZ „Wykaz oświadczeń, dokumentów, jakie powinni dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” pkt 9) zamieścił postanowienie „dot. Konsorcjum – wykonawcy muszą ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jego upoważnienie musi być udokumentowane pełnomocnictwem załączonym do oferty, podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli wszystkich wykonawców (...) wskazujące na podmiot uprawniony do występowania w imieniu całego konsorcjum lub do reprezentowania ich w postępowaniu”. Ponadto w rozdziale VI „Opis sposobu przygotowania ofert” wskazano, iż w przypadku, kiedy ofertę składa kilka podmiotów wspólnie, oferta oraz wszystkie załączniki muszą być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania każdego z podmiotów, a upoważnienie musi być udokumentowane pisemnym pełnomocnictwem podpisanym przez uprawnionych przedstawicieli.

AS MOTORS złożyło ofertę, którą podpisał Prezes Zarządu Marek B.

Izba ustaliła, iż do oferty złożonej przez AS MOTORS załączono umowę konsorcjum (s. 50-53 oferty) oraz pełnomocnictwo (s.49 oferty), z treści których jednoznacznie wynika umocowanie dla AS MOTORS (lidera konsorcjum) do działania w imieniu konsorcjum (AS MOTORS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, KIA Motors Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie).

Tym samym, uznając iż „żaden przepis prawa nie obliuguje wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do wpisywania w formularzu ofertowym w miejscu – Wykonawca – wszystkich wykonawców występujących wspólnie. (...) za wystarczające należy uznać wpisanie nazwy lidera konsorcjum do formularza oferty” (KIO/UZP 117/08).

Zarzut niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, poprzez nie wykazanie zrealizowania dostawy o wartości co najmniej 2.000.000,00 zł przez AS MOTORS oraz HYUNDAI nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale III SIWZ „Warunki stawiane wykonawcom ubiegającym się o zamówienie publiczne” (s.1) zamieścił postanowienie, iż o udzielenie zamówienia publicznego mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie (...), tj. wykonawca musi wykazać, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania (...) co najmniej jedną dostawę odpowiadającą swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł lub dwie dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia o łącznej wartości nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł. Na potwierdzenie powyższego wykonawcy, zgodnie z postanowieniami rozdziału VI SIWZ pkt 4 (s.3), zostali

10

zobowiązani do złożenia wykazu wykonanych dostaw (załącznika nr 6) oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie.

AS MOTORS do złożonej oferty załączył referencje z dnia 6 sierpnia 2008 r. wystawione przez GEPARD AUTO CENTRUM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (s. 28 oferty), z treści których wynika, iż AS MOTORS zrealizowało „na przełomie 2007/2008 roku dostawę 100 sztuk samochodów KIA cee d” o wartości 4.500.000,00 zł., oraz rekomenduje firmę jako solidnego i rzetelnego dostawcę.

HYUNDAI do złożonej oferty załączył referencje wystawione w dniu 18 sierpnia 2008r. przez BUSINESS LEASE POLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (s. 28 oferty), z treści których wynika, iż HYUNDAI w latach 2007/2008 wykonała należycie dostawę samochodów osobowych marki Hyundai, modele Getz, i30 i 30 CW, na łączną kwotę 7.156.681,00 PLN z VAT.

Odwołujący podniósł, iż powyższe referencje nie stanowią dostawy, jak również nie potwierdzają należytego jej wykonania w rozumieniu art. 25 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 605 k.c., gdyż brak jest użytkownika końcowego wystawiającego referencje.

Zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez dostawę należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Jest to autonomiczne pojęcie stosowane jedynie na gruncie ustawy Pzp, odmienne od definicji dostawy w rozumieniu art. 605 k.c. Dostawa w rozumieniu ustawy Pzp eliminuje bowiem obowiązek wytworzenia rzeczy przez wykonawcę zamówienia publicznego. Tak więc wykonawcą może być zarówno producent (wytwórca), a także inny podmiot, w tym i pośrednik, a dostawą mogą być objęte zarówno zakupy jednorazowe, jak i powtarzające się. Tym samym należy stwierdzić, iż obydwaj wykonawcy (AS MOTORS i HYUNDAI) wykazali, iż w wymaganym w SIWZ okresie wykonali należycie dostawę, o wymaganej wartości, odpowiadającą swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, spełniając warunek udziału w postępowaniu.

Nieuprawniony jest także zarzut posłużenia się przez AS MOTORS referencjami wystawionymi przez dealera KIA na AS MOTORS, gdyż dostawy mogą być realizowane pomiędzy wszystkimi podmiotami prawa, a nie jest wymagane, aby dostawa była realizowana wyłącznie na rzecz jednostki sektora finansów publicznych.

Całkowicie nietrafny jest zarzut Odwołującego jakoby dostawa realizowana na rzecz podmiotów prywatnych była realizowana w oparciu o umowę pozbawioną wielu istotnych elementów, a które zawierać może jedynie umowa zawierana w wyniku postępowania o zamówienie publiczne. Są to niczym nie poparte przypuszczenia Odwołującego, nie

znajdujące odzwierciedlenia w żadnych dowodach. Każda umowa zawiera bowiem istotne postanowienia (*essentialia negotii*), jak również inne postanowienia (*accidentalia negotii*), a Odwołujący nie wykazał, iż umowy realizowane przez AS MOTORS oraz HYUNDAI były

11

pozbawione istotnych elementów (terminów dostaw, kar w przypadku niewykonania umowy, itp.), mimo, iż, zgodnie z art. 6 k.c., ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne.

Zarzut braku wymaganego oświadczenia o podwykonawcach w ofercie AS MOTORS oraz braku dokumentów homologacyjnych dla urządzeń sygnalizacji świetlnej (belki sygnalizacyjnej) w ofertach AS MOTORS oraz HYUNDAI nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale IV SIWZ (s.5) pkt „Oświadczenia i dokumenty dodatkowe” zamieścił postanowienia:

1. w przypadku zamiaru powierzenia części zamówienia podwykonawcom, wykonawca musi złożyć w ofercie oświadczenie wskazujące części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Podwykonawca musi posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień – załącznik nr 7 „Podwykonawcy”,
2. w celu potwierdzenia, że zaoferowane w ofercie pojazdy spełniają wymagania z zamawiającego, wykonawca do złożonej oferty musi dołączyć wyciąg ze świadectwa homologacji na oferowany pojazd bazowy.

W ofercie AS MOTORS brak jest oświadczenia, z którego treści by wynikało, jakie części zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom.

Natomiast HYUNDAI do złożonej oferty załączył załącznik nr 7, w którym wskazał podwykonawcę – Arkom Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Henryków Urocze, wskazując zakres powierzonych części zamówienia, tj. adaptację i doposażenie pojazdu zgodnie z SIWZ (s.9).

Skład orzekający Izby ustalił, iż Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia o powierzeniu części zamówienia podwykonawcom, wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca zamierza to uczynić.

Z treści oferty złożonej przez AS MOTORS wynika, iż żaden podmiot zewnętrzny nie będzie uczestniczył w dostawie pojazdów (na powyższe wskazuje brak oświadczenia o podwykonawcach, jak i oświadczenie AS MOTORS złożone na rozprawie), tj. iż nie będzie realizował zamówienia z udziałem podwykonawcy, a belki sygnalizacyjne użyte do realizacji zamówienia zostaną przez niego zakupione, natomiast ich montażu dokona sam.

Nadto, jak słusznie podniósł Przystępujący AS MOTORS, należy dokonać rozróżnienia podwykonawcy od dostawy.

Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia wyłącznie w przypadku zamiaru powierzenia części zamówienia podwykonawcom, takiego oświadczenia nie wymagał od wykonawcy, który zamówienie zrealizuje sam.

12

Podwykonawca, zdaniem Izby, to podmiot, któremu w określonej części wykonawca będzie mógł powierzyć zamówienie. Natomiast dostawca to podmiot, który nie będzie realizował przedmiotu zamówienia (nie będzie więc ani wykonawcą ani też podwykonawcą), a jedynie taki podmiot, u którego wykonawca dokona zakupu określonego urządzenia. Tym samym zarzut braku oświadczenia (załącznika nr 7 w ofercie) AS MOTORS jest nie niefaktowy.

Kolejnym zarzutem jest brak świadectwa homologacji dla urządzenia sygnalizacji świetlnej.

Zamawiający w SIWZ (s.5) „Oświadczenie i dokumenty dodatkowe” zażądał od wykonawców „w celu potwierdzenia, że zaoferowany w ofercie pojazdy spełniają wymagania Zamawiającego” załączenia do złożonej oferty wyciągu ze świadectwa homologacji na oferowany pojazd bazowy”. Natomiast w załączniku nr 1 (s. 15 SIWZ) ponadto wskazał, iż „samochód musi posiadać homologację na pojazd bazowy (...), a do każdego pojazdu należy dołączyć wyciąg ze świadectwa homologacji dopuszczającego pojazd do użytkowania na terenie RP”.

Z powyższego wynika, iż Zamawiający na etapie składania ofert nie wymagał przedłożenia wraz z ofertą świadectwa homologacji dla urządzenia sygnalizacji świetlnej. A rzekomo brakujące w ofercie świadectwa homologacji, zgodnie z § 3 ust. 15 pkt e) projektu umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, dołączone mają być „do każdego wydawanego samochodu”.

Oznacza to, iż przedłożenie świadectw homologacji urządzeń sygnalizacji świetlnej wymagane jest dopiero na etapie realizacji zamówienia, a nie na etapie składania ofert.

Natomiast zarówno AS MOTORS, jak i HYUNDAI prawidłowo załączyły do składanych ofert wymagany wyciąg ze świadectwa homologacji dla kompletnych pojazdów (s. 46-48 oferty AS MOTORS, s. 28-30 oferty HYUNDAI), a co jest bezspornym.

Zarzut poświadczenia nieprawdy nie może być rozpatrywany pod kątem wyczerpania znamion czynu z k.k., gdyż należy to do kompetencji innych organów (prokuratury, policji), a jak oświadczył Odwołujący na rozprawie, mimo stawianych zarzutów, zawiadomienia we wskazanym zakresie nie składał.

Niemniej jednak należy podkreślić, iż Zamawiający wymagał od wykonawców przedłożenia informacji bankowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową

HYUNDAI do oferty załączył opinię bankową z dnia 19 sierpnia 2008 r., wystawioną przez Nordea Bank Polska S.A., która nie była potwierdzona za zgodność z oryginałem. Oryginał okazany na rozprawie potwierdził, iż zapis „za zgodność z oryginałem” oraz datą

13

„18.08.2008 r.” znajdował się na czystej karcie, na którą naklejono kserokopię faxu (informacji bankowej).

Konsekwencją braku potwierdzenia za zgodność z oryginałem przedmiotowej informacji było wezwanie wykonawcy (pismem z dnia 3 września 2008 r.), w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż złożony dokument nie został potwierdzony za zgodność z oryginałem a jedynie kartka, na którą był naklejony.

W następstwie powyższego wykonawca przedłożył informację bankową potwierdzoną prawidłowo za zgodność z oryginałem.

Powyższe nie pozostaje w sprzeczności z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z treści którego wynika, iż zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania; oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, zwłaszcza, że celem przedmiotowego przepisu jest umożliwienie takiego uzupełnienia dokumentów, które będą podstawą decyzji o niewykluczeniu wykonawcy z postępowania.

Oznacza to, iż złożenie dokumentu, z treści którego wynika niespełnianie warunków udziału w postępowaniu zobowiązuje Zamawiającego do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co Zamawiający prawidłowo uczynił.

Zarzut zbyt małego bagażnika w pojeździe zaoferowanym przez HYUNDAI nie potwierdził się.

Zamawiający w załączniku nr 3 „Wykaz konfiguracji zaoferowanego pojazdu” (s. 33 SIWZ wskazał jakie wyposażenie i o jakich wymiarach i masach musi pomieścić się w przestrzeni bagażowej zaoferowanego samochodu.

Odwołujący podniósł, iż zaoferowany przez HYUNDAI pojazd ma pojemność 415 l i nie gwarantuje pomieszczenia wymaganego przez SIWZ wyposażenia. Na potwierdzenie powyższego przedłożył opinię ekspertów techniczno-motoryzacyjnych „Rzeczoznawców – PZM” S.A., z której wynika, iż „wymagane wyposażenie nie mieści się do wysokości rolety w przestrzeni bagażnika przedmiotowego pojazdu przy różnym sposobie układania kartonowych wzorców”.

Zamawiający, jak wynika z rozstrzygnięcia protestu, dokonał wyliczenia przestrzeni

sporządzoną przez członków komisji przetargowej, dokonaną celem empirycznego badania pojemności bagażnika, co udokumentowano załączonymi do notatki zdjęciami.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż z materiału przedłożonego przez Zamawiającego wynika, iż wymagane wyposażenie mieści się w zaoferowanym bagażniku. Izba nie znalazła powodów dla uznania, iż członkowie komisji przetargowej powyższego badania dokonali w sposób nierzetelny, uznając, iż istotnie do badania użyto pojemników, czy też waliz, w których określony sprzęt jest faktycznie przewożony. Nie zawsze stanowią one idealny prostopadłościan, a np. pacholki nie są przewożone w pudłach lecz są nałożone jeden na drugi.,

Tymczasem badanie przeprowadzone na zlecenie Odwołującego dokonano, poprzez „umieszczenie kartonowych prostopadłościanów o wymiarach podanych w specyfikacji”, a urządzeń nie przewozi się w pudłach. Dlatego też Izba nie dała wiary opinii przedłożonej przez Odwołującego.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego oświadczenia firmy Pawła Gostkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą TRANSMED Paweł Gostkiewicz, uznając iż przedłożony dowód stwierdza okoliczności, nie będące, na tym etapie, przedmiotem postępowania.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*