

Sygn. akt: KIO/UZP 801/08

WYROK
z dnia 19 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Barbara Bettman
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 19 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Produkcji Elementów Budowlanych „KONTENER” Sp. z o.o., 09-400 Płock, ul. Kostrogaj 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministra Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, 00-911 Warszawa, ul. Nowowiejska 26 a** protestu ~~protestów~~* z dnia 15 lipca 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: BEES-POL Sp. z o.o. i DREHTAINER GmbH Spezial Container und Fahrzeugbau** reprezentowane przez **BEES-POL Sp. z o.o., 00-961 Warszawa, ul. Fort Wola 22** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Produkcji Elementów Budowlanych „KONTENER” Sp. z o.o., 09-400 Płock, ul. Kostrogaj 8**

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 **Przedsiębiorstwo Produkcji Elementów Budowlanych „KONTENER” Sp. z o.o., 09-400 Płock, ul. Kostrogaj 8**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 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 **Przedsiębiorstwo Produkcji Elementów Budowlanych „KONTENER” Sp. z o.o., 09-400 Płock, ul. Kostrogaj 8**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Minister Obrony Narodowej w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa kontenerów mieszkalnych w latach 2008-2010.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą pzp”.

Ogłoszenie o niniejszym postępowaniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 lutego 2008 roku pod nr 2008/S 42-058395.

Zamawiający pismem z dnia 8 lipca 2008 roku poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Bees - Pol Sp. z o.o. oraz Drehtainer GmbH Spezial Container und Fahrzeugbau za cenę 5 414 360 zł.

Czynność ta została oprotestowana przez Odwołującego – Przedsiębiorstwo Produkcji Elementów Budowlanych „Kontener” Sp. z o.o. w dniu 15 lipca 2008 roku. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp przez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w związku z art. 24 ust. 4 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania,
3. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp przez dokonanie wyboru oferty, która podlega odrzuceniu jako niezgodna z ustawą,
4. art. 26 ust. 3 ustawy pzp przez wezwanie do uzupełniania uwierzytelnionej kopii przysięgłego tłumaczenia pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
5. art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp przez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz,
6. art. 9 ust. 2 ustawy pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w języku polskim,
7. art. 7 ust. 1 ustawy pzp przez naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że z załączonych do oferty Bees - Pol – Drehtainer dokumentów nie wynikają informacje, pozwalające stwierdzić, że wykonawca spełnia określony przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) warunek w zakresie doświadczenia, polegający na wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat od dnia wszczęcia postępowania co najmniej jednej dostawy kontenerów 20 - stopowych mieszkalnych o łącznej wartości wykonanych dostaw nie niższej niż 4 500 000 zł brutto.

Odwołujący podniósł, że do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą być brane pod uwagę jedynie dostawy ujęte w wykazie, potwierdzone stosownymi referencjami.

Zadanie wymienione w poz. 2 wykazu w ofercie Konsorcjum (dostawa na rzecz Ministerstwa Obrony w Australii) nie może być brane pod uwagę, gdyż brak informacji na temat wartości

zrealizowanej dostawy. Dane odnoszące się do dostawy wykazanej w poz. 1 wykazu (dostawa na rzecz Wojskowej Agencji Materiałowej w Holandii) nie stanowią potwierdzenia wymaganego doświadczenia z uwagi na brak jednoznacznej informacji dotyczącej wartości dostawy wyrażonej w złotych. Na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu Konsorcjum przedstawiło informację, że wartość 622 kontenerów mieszkalnych 20 stopowych wynosiła ponad 2 500 000 Euro, nie określono jednak wartości tego zamówienia w złotych polskich. Konsorcjum, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, wskazało, że podstawę przeliczenia wartości zrealizowanej dostawy powinien stanowić kurs euro z dnia 16 maja 2008 tj. z dnia otwarcia ofert. W ocenie Odwołującego przyjęty kurs euro jest nieprawidłowy, bowiem nie można przyjmować do wartości dostaw zrealizowanych w latach 2006 - 2007 kursu obowiązującego w dniu otwarcia ofert. Odwołujący poddał również w wątpliwość prawidłowość wezwania do wyjaśnienia dokumentów, które były uprzednio uzupełnione przez Konsorcjum.

Podniósł także, iż wezwanie do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. jest czynnością jednokrotną.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 Odwołujący podniósł, że uczestnicy Konsorcjum załączyli do oferty pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w formie oryginału sporządzonego w języku niemieckim, do oferty załączono także kopię tłumaczenia (bez podpisu tłumacza) poświadczoną za zgodność z oryginałem przez Pana Michała Jaworskiego. Ponieważ do pełnomocnictwa nie mają zastosowania przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane, należy uznać że również tłumaczenie udzielonego pełnomocnictwa musi być złożone w oryginale. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że pełnomocnictwo nie jest dokumentem, który może być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Odwołujący podniósł zatem, że oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 9 ust. 2 ustawy pzp, gdyż brak złożenia oryginału tłumaczenia stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania w języku polskim.

W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego, polegające na wezwaniu do uzupełnienia braków w zakresie tłumaczeń dokumentów obcojęzycznych przez uzupełnienie pieczętki „za zgodność z tłumaczeniem”, należy uznać za niedopuszczalne i naruszające przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp., który nie zezwala na wzywianie do uzupełnienia pełnomocnictwa.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zaproponowane przez Konsorcjum kontenery mieszkalne Drehtainer Model No TL Mia2002B, specyfikami on NO:TI MIA 2002B-S, które zaprojektowane zostały w 2002 roku, biorąc pod uwagę postęp techniczny oraz znajomość branży, nie spełniają wysokich wymagań technicznych stawianych przez Zamawiającego i ujętych w załączniku nr 1 do siwz. Jednakże Zamawiający nie stworzył instrumentu, który pozwoliłby na weryfikację zgodności parametrów technicznych oferowanego modelu kontenera z wymaganiami.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 lipca 2008 roku (doręczone w dniu 16 lipca) dnia 18 lipca 2008 roku Konsorcjum Bees- Pol Sp. z o.o. oraz Drehtainer GmbH, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą przystąpiło do postępowania protestacyjnego, wykazując swój interes prawny i wnosząc o oddalenie protestu.

W uzasadnieniu Przystępujący wskazał, że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wzywając Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów złożonych w sposób nieprawidłowy tj. z pominięciem pewnych danych. Wskazał, że w okresie od stycznia 2006 do 21 grudnia 2007 roku, czyli w okresie realizacji dostawy wykazanej na potwierdzenie spełniania warunku średni kurs Euro wahał się od 3,51 do ponad 4 zł, zatem bez wątplenia uzupełniony we wskazanym terminie dokument potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wyjaśnienie dokumentów może dotyczyć zarówno dokumentów złożonych w ofercie, jak również dokumentów uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy pzp przez wezwanie do uzupełnienia kopii przysięgłego tłumaczenia pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum oraz zarzutu naruszenia w tym zakresie art. 9 ust. 2 ustawy pzp Przystępujący wskazał, że pełnomocnictwo jako dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania, o którym mowa w art. 25 ust.1 ustawy może być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W ocenie Przystępującego do takiego pełnomocnictwa znajdują również zastosowanie postanowienia § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Dodatkowo Przystępujący wskazał na postanowienia rozdziału V pkt 5 siwz, z których wynika, że wszystkie dokumenty (z wyłączeniem oświadczeń z pkt 1 ppkt 1 i kopii pełnomocnictw) mają być złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Zgodnie zaś z rozdziałem V pkt 6 siwz pozostałe dokumenty wchodzące w skład oferty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski poświadczonym przez wykonawcę. W ocenie Przystępującego złożenie pełnomocnictwa w pierwotnej formie poświadczonej przez osobę uprawnioną do reprezentowania wykonawcy wraz z pieczęcią świadcząca o poświadczeniu

zgodności tłumaczenia z oryginalnym tekstem pełnomocnictwa spełnia wymagania Zamawiającego. Ponadto Przystępujący, nie zgadzając się z Odwołującym stwierdził, że zakres umocowania wynika z oryginalnego dokumentu pełnomocnictwa a nie z jego kopii, tłumaczenia czy innego rodzaju powielenia.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności warunków technicznych oferowanych kontenerów z wymaganiami Przystępujący podniósł, że jest to zarzut oparty jedynie na domniemaniu i „doświadczeniu zawodowym Odwołującego” i nie znajduje uzasadnienia faktycznego.

Zamawiający pismem z dnia 25 lipca 2008 roku protest w całości oddalił i podtrzymał decyzję wyboru oferty Konsorcjum Bees- Pol Sp. z o.o. i Drehtainer.

Argumentując swoje stanowisko Zamawiający wyjaśnił, że wypełniając dyspozycję art. 26 ust. 4 ustawy pzp wezwał Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia czy wykazane w załączonym do oferty wykazie wykonanych dostaw kontenery opancerzone są kontenerami 20' mieszkalnymi. W sytuacji gdyby wykazane kontenery opancerzone nie były kontenerami mieszkalnymi 20' należało podać wartość wykonanych dostaw kontenerów mieszkalnych wykazanych w załączniku do oferty. W związku z wyjaśnieniami dotyczącymi wyspecyfikowania wartości dostaw w euro, Zamawiający ponownie wezwał do udzielenia precyzyjnych wyjaśnień dotyczących wysokości kursu, na podstawie którego przeliczono wartość podaną przez Wykonawcę na PLN oraz podania informacji o instytucji, która kurs ustaliła i daty obowiązywania kursu.

W ocenie Zamawiającego złożone wyjaśnienia są wystarczające dla uznania spełnienia warunku w zakresie doświadczenia. Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem Odwołującego, że dokonywał ponownego wezwania do uzupełnienia oferty, bowiem w jego ocenie wezwał on Wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Zdaniem Zamawiającego przyjęty do przeliczeń na PLN kurs z dnia otwarcia ofert jest właściwy, w siwz nie podano kursu wg, którego należałoby przeliczyć wartość dostaw wyrażoną w innej niż PLN walucie.

Zamawiający podnosi, że gdyby nawet przyjąć sugerowany przez Odwołującego kurs z dnia daty realizacji dostaw, to tym bardziej Konsorcjum Bees - Pol Sp.zo.o. oraz Drehtainer spełniłoby warunek udziału w postępowaniu, bo średni kurs euro ustalony przez NBP w okresie realizacji dostaw tj. w latach 2006- 2007 wahał się w przedziale od 3,6042 do 4,0164, a więc był wyższy niż ten z otwarcia ofert.

Zamawiający wyjaśnił, że wykazane w poz. 2 wykazu dostaw zamówienie obejmujące dostawy kontenerów 20' mieszkalnych nie były brane pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Nie zgadzając się z zarzutem naruszenia art. 9 ust. 2 ustawy pzp i zasady prowadzenia postępowania w języku polskim, Zamawiający wyjaśnił, że w siwz dopuścił składanie dokumentów w języku obcym wraz z tłumaczeniem na język polski poświadczonym przez Wykonawcę. Pełnomocnictwo zostało złożone wraz z ofertą, zatem zarzut wezwania do jego uzupełnienia jest bezpodstawny.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący wniósł w dniu 30 lipca 2008 roku odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty zawarte w proteście i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Bees - Pol - Drehtainer.
2. powtórzenia czynności oceny złożonych ofert,
3. wykluczenia Konsorcjum Bees - Pol - Drehtainer i odrzucenia jego oferty.
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący przekazał kopię odwołania w dniu 30 lipca 2008 roku Zamawiającemu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego pismem z dnia 4 sierpnia 2008 roku przystąpiło Konsorcjum Bees- Pol sp. z o.o. oraz Drehtainer GmbH, podtrzymując swoje stanowisko przedstawione w przystąpieniu do protestu i wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników i reprezentantów stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji w jedynym kryterium oceny ofert jakim jest cena, czyli bezpośrednio po ofercie uznanej za najkorzystniejszą posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wymaganego doświadczenia zawodowego skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

W pkt IV pkt 1.1 siwz „Opis warunków udziału w postępowaniu”, Zamawiający postawił wymóg, aby wykonawca biorący udział w postępowaniu wykazał, że w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej jedną dostawę kontenerów 20' (stopowych) mieszkalnych. Łączna wartość wykazanych dostaw nie powinna być niższa niż 4 500 000 PLN brutto.

Konsorcjum Bees - Pol – Drehtainer na potwierdzenie spełniania wyżej określonego warunku udziału w postępowaniu przedstawiło wykaz wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw kontenerów 20' mieszkalnych (załącznik nr 5, strona 26 i 27 oferty). Wykaz został sporządzony w języku angielskim, do oferty zostało dołączone jego tłumaczenie na język polski. We wskazanym załączniku Konsorcjum wykazało realizację dwóch dostaw:

1. na rzecz Wojskowej Agencji Materiałowej w Holandii, gdzie przedmiotem dostawy było 179 kontenerów opancerzonych 622 kontenery polowe mieszkalne, dostawa realizowana była w okresie 01.01.2006 do 31.12.2007 roku.

W kolumnie 3 „wartość brutto (PLN)” Konsorcjum wskazało, że wartość dostawy wyniosła 33,5 miliona Euro = 146, 964 mil PLN.

2. na rzecz Ministerstwa Obrony Australia, gdzie przedmiotem dostawy były kontenery opancerzone, kontenery polowe mieszkalne, dostawa realizowana była w okresie od 01.01.2006 do 31.12.2007 roku. W kolumnie 3 „wartość brutto (PLN)” Konsorcjum wskazało, że „ze względu na informacje niejawne możliwe podanie ilości a nie sumy”.

Zamawiający w dniu 9 czerwca 2008 roku skierował do Konsorcjum, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy prośbę o udzielenie wyjaśnień dotyczących ustalenia czy wykazane w poz 1 wykazu dostaw kontenery opancerzone są kontenerami 20 - stopowymi mieszkalnymi, których miały dotyczyć wykazane jako doświadczenie realizacji. Jednocześnie w sytuacji, gdyby się okazało, że wykazane kontenery opancerzone nie są 20' kontenerami mieszkalnymi Zamawiający zwrócił się o wyspecyfikowanie wykonanych dostaw kontenerów 20' mieszkalnych wykazanych w załączonym do oferty wykazie.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego - pismem z dnia 13 czerwca 2008 roku, w określonym przez Zamawiającego terminie, Konsorcjum udzieliło wyjaśnień i dołączyło m.in. referencje z Holenderskiej Wojskowej Agencji Materiałowej, w którym potwierdzono, że „Drehtainer GmbH dostarczył Holenderskiej Armii kilka typów, m.in.: 38 opancerzonych kontenerów, 141 opancerzonych kontenerów oraz 622 polowe kontenery obozowe (dla Kampów) na łączną kwotę 33,5 mln euro, bez podatku wartości dodanej (VAT). Porozumienia dotyczące dostaw wspomnianych powyżej kontenerów były zawarte w okresie grudzień 2005 – kwiecień 2006. Kontenery były dostarczone w 2006 i 2007” . Jednocześnie Konsorcjum załączyło do wyjaśnienia oryginał referencji wystawiony przez Wojskową Agencję Materiałową z dnia 11 czerwca 2008 roku sporządzony w języku angielskim wraz jego tłumaczeniem na język polski potwierdzonym przez osobę upoważnioną do reprezentowania Konsorcjum, z którego wynika, że „ 622 kontenery polowe dla Kampów były 20 stopowymi kontenerami mieszkalnymi”. Jednocześnie potwierdzono, że „wartość wspomnianych 622 kontenerów wynosiła ponad 2 500 000 euro”.

W dniu 23 czerwca 2008 roku, Zamawiający, powołując się na art. 26 ust. 4 ustawy zwrócił się ponownie o udzielenie wyjaśnień dotyczących uzupełnionego dokumentu, potwierdzającego wykonanie dostaw na wartość ponad 2 500 000 euro w zakresie podania wysokości kursu, na podstawie którego wykonawca przeliczył podaną w dokumencie kwotę PLN wraz z informacją o instytucji, która ten kurs ustaliła i daty obowiązywania kursu.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 25 czerwca 2008 roku Konsorcjum wyjaśniło, że jako podstawę przeliczenia wartości dostawy, ujętej w wykazie należy przyjąć kurs euro z dnia otwarcia ofert tj. z dnia 16 maja 2008 roku w wysokości 3,3884.

Skład orzekający zważył co następuje:

Wymóg co do wartości wymaganego doświadczenia zawodowego został w siwz wyrażony w walucie polskiej i określony na poziomie nie mniejszym niż 4 5000 000 PLN brutto. Jednocześnie Zamawiający nie sformułował sposobu, w jaki będzie dokonywał przeliczenia wartości wykazanych dostaw, na wypadek gdyby Wykonawcy wykazali się zrealizowanymi dostawami w walucie innej niż PLN.

Konsorcjum w ofercie z dnia 16 maja 2008 roku na stronie 27 w poz. 1 wykazu wykonanych dostaw przedstawiło dostawę, której wartość wyniosła 33, 5 mln euro. Jednocześnie wartość tej dostawy została wyrażona w walucie polskiej, co jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w siwz. Zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami w ramach zamówienia wykazanego w pozycji 1 wykazu dostaw Konsorcjum dostarczyło 622 kontenery mieszkalne 20', których wartość wyniosła 2 500 000 euro, która to wartość jest bezsprzecznie wyższa niż wymagana przez Zamawiającego w siwz.

W ocenie składu orzekającego Izby aby można było stwierdzić, że nie został spełniony warunek kwotowy w zakresie wymaganego doświadczenia, przy wartości dostawy wynoszącej 2 500 000 euro, kurs złotego w stosunku do euro musiałby być niższy od 1,8.

Biorąc pod uwagę wartość dostawy kontenerów mieszkalnych 20', zrealizowaną na rzecz Wojskowej Agencji Materiałowej, wykazaną w pozycji 1 wykazu wykonanych dostaw i wnoszącą 2,5 mln euro oraz archiwalne kursy złotego w stosunku do euro, opublikowane na stronach internetowych Narodowego Banku Polskiego, jakie obowiązywały w okresie od 1.01.2006 do 31.12.2007 (czyli w okresie realizacji dostaw), należy uznać, że wartość wykazanej dostawy przekracza niewątpliwie równowartość kwoty 4 500 000 zł brutto.

Skład orzekający w tym zakresie podziela argumentację przedstawioną przez Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, że nawet gdyby przyjąć najmniej korzystny kurs euro, ogłoszony przez NBP i obowiązujący w okresie realizacji dostaw tj. w latach 2004-2007 to i tak wartość zrealizowanej dostawy byłaby większa od wymaganej przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Skład orzekający nie uwzględnił zarzutu dotyczącego braku wykazania się dostawami kontenerów mieszkalnych, jakich wymagał Zamawiający. Przedstawione w wyniku uzupełniania oferty dokumenty wystawione przez Wojskową Agencję Materiałową z Holandii z dnia 11 czerwca 2008 roku potwierdzają jednoznacznie realizację dostaw 622 kontenerów 20 stopowych mieszkalnych o wartości przekraczającej 2 500 000 euro, zatem nie znajduje uzasadnienia powoływanie się przez Odwołującego na treść pierwotnych dokumentów potwierdzających realizację tego zamówienia, załączonych do oferty. Również przedstawiony w trakcie rozprawy oryginalny dokument w języku niemieckim wraz z jego przysięgłym tłumaczeniem na język polski nie może stanowić dowodu na okoliczność, że firma Drehtainer nie dostarczała kontenerów mieszkalnych. Dokument ten poświadcza jedynie, że Zakład Budowy Maszyn Zręb -Chojnice S.A. wyprodukował na zlecenie Drehtainer m.in. kontenery i konstrukcje stalowe, kontenery składowe polowe, kontenery na towary niebezpieczne i nie może być dowodem na okoliczność, że wykazane w ofercie dostawy nie obejmują kontenerów mieszkalnych.

Zatem zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy w związku z art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy nie zasługują na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego złożenia pełnomocnictwa w niewłaściwej formie skład orzekający ustalił następujący stan faktyczny:

W dziale V pkt 5 „Forma składanych przez Wykonawcę dokumentów” Zamawiający postawił wymóg, że „Kopie pełnomocnictw muszą być podpisane przez osoby /podmioty udzielające takiego pełnomocnictwa. Wszystkie pozostałe dokumenty, o których mowa w niniejszym dziale są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę (przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy w niniejszym postępowaniu)”. W odniesieniu do dokumentów składanych w języku obcym Zamawiający wymagał ich złożenia wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę.

Dodatkowo w pkt 6 działu V siwz Zamawiający wymagał, aby pozostałe dokumenty wchodzące z skład oferty sporządzone w języku obcym były składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę.

Konsorcjum reprezentowane przez Bees - Pol Sp.z.o.o. dołączyło do oferty oryginalne pełnomocnictwo sporządzone w języku niemieckim, z zachowaniem formy pisemnej wraz z jego tłumaczeniem na język polski (strona 11-14 oferty). Tłumaczenie pełnomocnictwa zostało podpisane „za zgodność z oryginałem” przez Prezesa Zarządu Bees- Pol Sp. z o.o., działającego zgodnie z udzielonym mu pełnomocnictwem z dnia 7 kwietnia 2008 roku, które upoważniało go do m.in. poświadczania za zgodność wszelkich dokumentów oraz udzielania wszelkich wyjaśnień, składania oświadczeń woli w imieniu Konsorcjum, jak również złożenia oferty w imieniu Konsorcjum.

Zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2008 roku wezwał do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa, uznając że przedłożony w ofercie dokument nie spełnia wymagań siwz i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, bowiem na załączonych dokumentach znajdują się pieczęcie „za zgodność z oryginałem” a brak jest pieczęci bądź adnotacji „za zgodność z tłumaczeniem”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum w dniu 13 czerwca 2008 roku załączyło ponownie dokumenty tłumaczone na język polski opatrzone pieczęcią „za zgodność z tłumaczeniem” i podpisem osoby upoważnionej do reprezentowania Konsorcjum.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny sprawy, skład orzekający zważył co następuje:

Przepisy § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605) określają, że dokumenty winny być składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Ustawodawca wskazał również, że dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez wykonawcę. Przytoczone postanowienia rozporządzenia, jak również postanowienia siwz nie nakładają obowiązku potwierdzenia za „ zgodność z tłumaczeniem” dokumentów, będących tłumaczeniem na język polski, za wystarczające uznaje się zatem poświadczenie dokumentów za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Przepisy cytowanego wyżej rozporządzenia określają wykaz i formę dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a zatem mają zastosowanie wyłącznie do dokumentów wymienionych enumeratywnie w tym rozporządzeniu. W ocenie składu orzekającego Izby, pełnomocnictwo nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków, zatem nie jest uzasadnione stosowanie w odniesieniu do jego formy przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów. Prawo zamówień publicznych nie reguluje kwestii formy pełnomocnictw, zatem znajdują tu zastosowanie, zgodnie z art. 14 ustawy pzp przepisy art. 98 i nast. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93). Z treści art. 9 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 99 i art. 78 kodeksu cywilnego należy wywieść wniosek, że pełnomocnictwo w prawie zamówień publicznych powinno być udzielone w formie pisemnej, dla zachowania której wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Co do zasady należy zatem uznać, że pełnomocnictwo winno być złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza.

W rozpatrywanym stanie faktycznym pełnomocnictwo zostało udzielone w formie pisemnej i w formie oryginału sporządzonego w języku niemieckim zostało załączone do oferty, co spełnia wyżej określone wymagania co do formy tego dokumenty. Jego tłumaczenie, czyli dokument wtórny, który nie jest źródłem udzielonego pełnomocnictwa, a jedynie tłumaczeniem dokumentu został złożony w formie poświadczonej za zgodność z oryginałem i podpisanej przez osobę upoważnioną do reprezentowania Konsorcjum. Złożenie tłumaczenia dokumentu w formie poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę należy uznać za wystarczające. Zatem nie ma potrzeby przedstawiania oryginalnego tłumaczenia dokumentu, który został w oryginale załączony do oferty.

W ocenie składu orzekającego Izby z treści postanowień siwz nie wynika obowiązek przedstawienia dokumentów tłumaczonych na język polski przez tłumacza przysięgłego. Ponieważ nie ma podstaw prawnych, aby żądać załączenia dokumentów w takiej formie, zatem skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że załączone w ofercie tłumaczenie dokumentu potwierdzone za „zgodność z oryginałem” było wystarczające, a wezwanie Konsorcjum do przedstawienia pełnomocnictwa potwierdzonego „za zgodność z tłumaczeniem” było zbędne i naruszało przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Przepisy prawa zamówień publicznych nie przewidują możliwości uzupełnienia pełnomocnictwa, bowiem pełnomocnictwo nie jest dokumentem, potwierdzającym spełnienie warunków udziału, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp. Wobec tego dokument pełnomocnictwa nie może być objęty zakresem wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Wobec jednak uznania, że tłumaczenie pełnomocnictwa zamieszczone w ofercie Konsorcjum jest właściwe i czynność Zamawiającego, polegająca na wezwaniu do uzupełnienia była zbędna, bezprzedmiotowym jest rozpatrzenie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 9 ust.2 nie znalazł uzasadnienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaoferowania przedmiotu zamówienia niezgodnego z wymaganiami siwz, skład orzekający ustalił następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa kontenerów mieszkalnych w latach 2008-2010 w ilości 200 sztuk.

W dziale I siwz, Zamawiający postanowił, że szczegółowe dane techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia są określone w załączniku nr 1 do siwz – „Wymagania techniczne kontenerów mieszkalnych”. Zamawiający określił precyzyjnie wymogi techniczne i parametry, jakie mają spełniać dostarczone kontenery mieszkalne.

Zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy składający oferty przedstawili opisy techniczne czy parametry oferowanych kontenerów mieszkalnych. Ocenę zgodności technicznej oferowanego przedmiotu dostawy oparł na oświadczeniu złożonym na formularzu oferty w pkt 3, że oferta wykonawcy odpowiada treści siwz.

Jednocześnie z pkt 2 załącznika nr 2 do siwz Zamawiający wymagał, aby kontenery pochodziły z roku produkcji ich dostawy.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny sprawy skład orzekający zważył co następuje:

Odwołujący nie wykazał precyzyjnie, jakie parametry techniczne zaoferowanych przez Konsorcjum modelu kontenerów nie odpowiadają wymogom postawionym w siwz. Zarzut niezgodności treści oferty z treścią siwz, polegający na niezgodności technicznej oferowanych modeli kontenerów z wymogami Zamawiającego nie został w żaden sposób udowodniony i nie znalazł potwierdzenia.

Okoliczność, że Konsorcjum zaoferowało model kontenera pochodzący z roku 2002 nie świadczy o tym, że kontenery te nie będą pochodziły z produkcji odpowiednio 2008, 2009 i 2010 jak również o tym, że nie będą spełniały wszystkich postawionych przez Zamawiającego warunków technicznych, w tym również warunków określonych aktualnym prawem budowlanym.

Oświadczenie z dnia 18 sierpnia 2008 roku przedstawione przez Odwołującego w trakcie rozprawy, podpisane zostało przez osoby upoważnione do reprezentowania Odwołującego, zatem jest dokumentem prywatnym i nie może stanowić dowodu w przedmiotowej sprawie na okoliczność niespełnienia warunków technicznych oferowanych kontenerów.

Biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia oraz okoliczność, że kontenery są produkowane na indywidualne zamówienie zasadne jest postępowanie Zamawiającego, że na etapie złożenia oferty możliwe i uzasadnione jest jedynie uzyskanie oświadczenia Wykonawcy, że oferowane w pkt 1 (tabela) przedmioty zamówienia spełniają wymagania techniczne określone w załączniku nr 1 do siwz. Wykonawcy, biorący udział w postępowaniu złożyli stosowane oświadczenia w pkt 3 i 4 formularza oferty.

Natomiast faktyczna ocena spełniania parametrów technicznych oferowanych kontenerów będzie się odbywać na etapie realizacji poszczególnych dostaw i ich obioru.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*