

Sygn. akt: KIO/UZP 531/08

WYROK
z dnia 13 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: IBCOL Polska Sp. z o.o., 02-956 Warszawa, ul. Rumiana 86 (Lider), SCHIEBEL Elektronische Gerate GmbH, Margaretenstraße 112, 1050 Wien, Austria (Partner)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Minister Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, 00-911 Warszawa, ul. Nowowiejska 26A** protestu z dnia 20 maja 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty i nakazuje przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego.

2. Kosztami postępowania obciąża Ministra Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, 00-911 Warszawa, ul. Nowowiejska 26A

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: IBCOL Polska Sp. z o.o., 02-956 Warszawa, ul. Rumiana 86 (Lider), SCHIEBEL Elektronische Geraete GmbH, Margaretenstraße 112, 1050 Wien, Austria (Partner),**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ministra Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, 00-911 Warszawa, ul. Nowowiejska 26A** na rzecz **Konsorcjum: IBCOL Polska Sp. z o.o., 02-956 Warszawa, ul. Rumiana 86 (Lider), SCHIEBEL Elektronische Geraete GmbH, Margaretenstraße 112, 1050 Wien, Austria (Partner),** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 **Konsorcjum: IBCOL Polska Sp. z o.o., 02-956 Warszawa, ul. Rumiana 86 (Lider), SCHIEBEL Elektronische Geraete GmbH, Margaretenstraße 112, 1050 Wien, Austria (Partner).**

U z a s a d n i e

Postępowanie o zamówienie publiczne (nr 161/L/MON/ZZSL/PN/ZO/2007) prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę lekkich przenośnych wykrywaczy min, zostało wszczęte przez Ministra Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, Warszawa, ul. Nowowiejska 26 zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2007/S 182-222475 w dniu 21.09.2007 r.

Zamawiający w dniu 14.04.2008 r. przekazał faxem jednemu pozostałemu uczestnikowi przedmiotowego postępowania, tj. Konsorcjum: IBCOL Polska Sp. z o.o., ul. Rumiana 86, 02-956 Warszawa oraz SCHIEBEL Elektronische Geraete GmbH;

Margeretenstrasse 112, 1050 Wiedeń zwanym dalej: „Konsorcjum IBCOL Polska Sp. z o.o.” albo „Protestującym lub Odwołującym” pismo, w którym wezwał w/w do uzupełnienia złożonej oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: „Pzp”.

Wyjaśnił, iż dokonując ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum IBCOL Polska Sp. z o.o. zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 28.03.2008 r. (rozstrzygnięcie z 07.04.2008 r.) nie będącym przedmiotem niniejszego odwołania, uznał, iż w/w Wykonawca nie przedłożył wraz z ofertą właściwych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu opisanych w Rozdz. V pkt. 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Zamawiający, jak napisał wymagał złożenia wraz z ofertą „Wykazu wykonanych dostaw wykrywaczy min (.....)” o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 600.000,00 zł. Załączone, zaś do „Wykazu ...(.....)” dokumenty – „Załączniki potwierdzające należyte wykonanie dostawy” nie pozwalają z całą pewnością stwierdzić, czy przedmiotem dostaw były wykrywacze min – dokumenty potwierdzają jedynie dostawy części i akcesoriów do nich. Stwierdził również, iż w/w dokumenty nie potwierdzają jednoznacznie, że dostawy dotyczyły wykrywaczy min (dorzucanych jako kompletne), także z ich treści, zdaniem Zamawiającego nie wynikał, że dostawy niniejsze zostały wykonane należyście. W tym miejscu, zwrócił uwagę na pkt 21 tłumaczenia protokołów odbioru (str 75 i 82 oferty) i zawarty w tych miejscach zapis odwołujący się do „dodatkowych dokumentów”, o których nie ma żadnej wiedzy.

Wzywając do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów, zastrzegł, iż oczekuje, że przekazane dokumenty będą wskazywały jednoznacznie na fakt należytego wykonania dostaw wykrywaczy min, a nie tylko elementów składowych i części tych urządzeń. Ponadto, stwierdził, iż dokumenty przekazane w ramach uzupełnienia powinny potwierdzać zgodnie z Rozdz. V pkt 2 SIWZ należyście wykonane i udokumentowane dostawy wykrywaczy min w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy dokumentów w tym okresie).

W dniu 18.04.2008 r. Konsorcjum IBCOL Polska Sp. z o.o. przesłał dokumenty, które jego zdaniem (pismo przewodnie – strona 1) potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu opisane w Rozdz. V pkt. 2 SIWZ (83 strony): wykaz wykonanych dostaw wykrywaczy min (strona 2) oraz załączniki potwierdzające należyte wykonanie dostawy, w których jednoznacznie stwierdzono, w jego mniemaniu, iż przedmiotem dostawy były wykrywacze min (strony od 3 do 83). Poinformował także, iż załączone dokumenty potwierdzają zarówno dostawę kompletnych wykrywaczy min, nie zaś dostawę części i akcesoriów do wykrywaczy min, jak również należyte wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający po analizie uzupełnionych dokumentów, w dniu 13.05.2008 r. wykluczył Konsorcjum IBCOL Polska Sp. z o.o. z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz uznał jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp stwierdzając, iż:

1. uzupełniony dokument nie potwierdza należytego wykonania dostawy miniaturowych zestawów wykrywaczy min typu MIMID przez Schiebel Elektronische Geraete GmbH na rzecz Departamentu Sił Powietrznych 84 Skrzydło Podtrzymania Walki, wskazanego jako Odbiorca w „Wykazie wykonanych dostaw (...)”;
2. uzupełniony „Wykaz wykonanych dostaw (...)” został sporządzony na druku do postępowania nr 75/L/MON/ZZSL/PN/ZO/2007

W dniu 20.05.2008 r. Konsorcjum IBCOL Polska Sp. z o.o., wniosło na podstawie art. 180 w związku z art. 179 Pzp protest (wpływa bezpośrednio do kancelarii) na:

1. naruszenie zasady udzielania zamówień publicznych w myśl art. 7 ust.1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania przez Zamawiającego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. czynności wykluczenia Protestującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz uznanie jej za ofertę odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp;
3. zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Protestującego jako najkorzystniejszej.

Oprotestowanej czynności Zamawiający zarzuca naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 Pzp. Wykazując interes prawny, stwierdził, iż wykluczenie z postępowania wykonawcy, tj. Protestującego, który nie podlega wykluczeniu, a którego oferta zgodnie z kryteriami oceny musiałaby być uznana za najkorzystniejszą, odbiera mu możliwość uzyskania zamówienia. Niniejszy wnioś o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Protestującego z przedmiotowego postępowania.

Protestujący podniósł, iż Zamawiający w celu potwierdzenia warunku opisanego w Rozdz. IV pkt 1 ppkt 1 SIWZ żądał od Wykonawców wykazu wykonanych dostaw wykrywaczy min w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia o łącznej wartości tych dostaw nie mniejszej niż 600.000,00 zł. Wykaz ten musiał być sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ. Dodatkowo, jak podnosi Protestujący Zamawiający żądał dołączenia do wykazu stosownych dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należycie.

W mniemaniu Protestującego, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, przedstawił on odpowiednie dokumenty potwierdzające dostawy wykrywaczy min w okresie ostatnich trzech lat na wartość brutto nie mniejszą niż 600.000,00 zł, potwierdzając również, iż zostały one wykonane należycie. Wyjaśnił, iż dokumentem potwierdzającym był wykaz dostaw sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należycie. Niniejsze złożył w odpowiedzi na wezwanie.

Ponadto, stwierdził, iż uzupełnione dokumenty potwierdzają należyte wykonanie dostawy, o czym świadczy m.in. „Raporty kontroli i odbioru towaru” zaakceptowane przez Odbiorcę (Departament Sił Powietrznych 84 Skrzydło Podtrzymania Walki). W części „Kontrola wykonania umowy” Protestujący wskazuje, że określono, iż Odbiorca akceptuje jakość dostawy. Wyjaśnia, iż z raportów tych wynika, iż odbiór wyszczególnionych części został przeprowadzony przez osobę podpisującą Raport i pod nadzorem i jest zgodny z umową „za wyjątkiem jak tutaj opisane lub w dodatkowych dokumentach”. Zauważa, iż we wskazanym dokumencie ani w żadnym innym piśmie czy dokumencie nie opisano żadnych zastrzeżeń, należy przyjąć, iż odbiorca potwierdził należyte dokonanie dostaw bez żadnych zastrzeżeń. Powołuje się w tym względzie także na oświadczenie brzmiące: „Certyfikat Zgodności: Poświadczam, że firma Schiebel Elektronische Geraete GmbH realizuje dostawy lub usługi na podstawie niniejszej umowy kurierem lub dostawą lotniczą zgodnie z wszelkimi stosownymi wymaganiami. Ponadto oświadczam, że jakość dostaw lub usług jest zgodny z podaną jakością i pod każdym względem spełniają one wymagania umowy, w tym specyfikacje, rysunki, wymagania dotyczące konserwacji, opakowania, wymogi oznaczenia oraz fizycznej identyfikacji przedmiotu (numer części) oraz ich ilość zgodna jest z liczbą podaną w dokumencie”.

Protestujący podnosi, iż mimo, że jak wynika z „Raportu kontroli i odbioru towaru” głównym dostawcą był Schiebel Technology, Inc, 70 Main Street, Suite 11, Warrenton VA 20186-3346, Stany Zjednoczone, dokument ten potwierdza także, iż transport może być dokonany również z Schiebel Elektronische Geraete GmbH, Margeretenstrasse 112, 1050 Wiedeń. Dodatkowo wskazuje, iż Schiebel Technology, Inc potwierdził należyte dostarczenie miniaturowych zestawów wykrywaczy min typu MIMID w liczbie 107 sztuk, numer seryjny 6665-01-506-6219, o całkowitej kwocie 366 903 \$ w dniu 21.12.2006 r., zgodnie z kontraktem nr FA8213-06-C-0104 przez Schiebel Elektronische Geraete GmbH, zaznaczając, iż przesyłki zostały dostarczone należycie i na czas.

Odnosząc się do złożenia „Wykazu wykonanych dostaw wykrywaczy min” na innym formularzu niż ten, który wskazał Zamawiający Protestujący uznał, iż powyższe nie może skutkować jego wykluczeniem. Powołuje się w tym względzie na wyrok z dnia 06.07.2006 r. , sygn. akt: UZP/ZO/0-1935/06 wskazując iż uchybienie formalne, jakim jest złożenie

dokumentu w innej formie niż wymagał Zamawiający, nie może być, powodem wykluczenia Wykonawcy, a w następstwie tego odrzucenia jego oferty, gdyż w każdym przypadku decyduje treść oferty, a nie jej forma. Istotny z punktu widzenia badania czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w SIWZ jest zatem, zdaniem Protestującego, czy rzekomy wykaz zawiera wszystkie wymagania wskazane przez Zamawiającego. Wykaz przedstawiony przez Protestującego zawiera, jego zdaniem określenie przedmiotu dostawy, nazwę odbiorcy, określenie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy, a zatem wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje umożliwiające prawidłowe dokonanie oceny, czy Protestujący spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ.

W dniu 21.05.2008 r. Zamawiający poinformował Protestującego o zawieszeniu terminu związania ofertą wobec wpłynięcia jego protestu. Z uwagi na fakt, iż oferta Protestującego była jedyną pozostałą ważną ofertą Zamawiający nie dokonał wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Rozstrzygnięcie protestu poprzez jego oddalenie nastąpiło faxem 30.05.2008 r. Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o wykluczeniu Protestującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu i odrzuceniu jego oferty z dnia 13.05.2008 r. zgodnie z jego uzasadnieniem. Dodatkowo, stwierdził, iż:

Po pierwsze, wśród dokumentów uzupełnionych przez Wykonawcę znajduje się potwierdzenie należytego wykonania dostawy miniaturowych zestawów wykrywaczy min typu MIMID zrealizowanych przez Schiebel Elektronische Geraete GmbH z siedzibą w Austrii na rzecz Schiebel Technology, Inc z siedzibą w Stanach Zjednoczonych. Wykonawca w „Wykazie wykonanych dostaw ...(..)” oświadczył, że wykonał dostawę na rzecz Departamentu Sił Powietrznych 84 Skrzydło Podtrzymania Walki oraz załączył dokumenty (str. 82 i 83 załącznika do pisma z dnia 18.04.2008 r.), potwierdzające należyte wykonanie dostawy na rzecz Schiebel Technology, Inc z siedzibą w Stanach Zjednoczonych. Z kopii umowy oraz formularzy „Raportów Kontroli i Odbioru Towaru” jednoznacznie wynika, że oferentem/dostawcą miniaturowych zestawów wykrywaczy min typu MIMID na rzecz Departamentu Sił Powietrznych 84 Skrzydło Podtrzymania Walki był Schiebel Technology, Inc z siedzibą w Stanach Zjednoczonych nie biorący udziału w niniejszym postępowaniu. Zamawiający podkreśla, iż zgodnie treścią samego protestu, w gestii Protestującego był jedynie transport z Schiebel Elektronische Geraete GmbH z siedzibą w Austrii.

Po drugie, podniósł, iż w piśmie wykluczającym nie kwestionował formy uzupełnionego i złożonego ponownie dokumentu „Wykaz wykonanych dostaw ..(..)”, podniósł

jedynie, że uzupełniony wykaz został sporządzony na druku do postępowania nr 75/L/MON/ZZSL/PN/ZO/2007

Ponadto, w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający zaznaczył także, iż Protestujący w uzupełnionym „Wykazie wykonanych dostaw ...(...)” próbował udowodnić spełnianie warunku udziału w postępowaniu poprzez przedstawienie przedmiotu zamówienia i odbiorcy innych niż w ofercie pierwotnej. A co za tym idzie przedstawił inne dokumenty (niż pierwotnie) mające potwierdzić należyte wykonanie tej dostawy.

W dniu 04.06.2008 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 Pzp wnosząc tak jak w proteście. Odwołujący podtrzymał także całą argumentację wynikającą z protestu

Dodatkowo, odnosząc się do treści rozstrzygnięcia, w którym Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący: „próbował udowodnić spełnianie warunku udziału w postępowaniu poprzez przedstawienie przedmiotu zamówienia i odbiorcy innych niż w ofercie pierwotnej”, podniósł, że pominięcie przez Zamawiającego dokumentów uzupełnionych przez Odwołującego z w/w powodu rażąco narusza przepisy Pzp. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 26 ust. 3 Pzp nadanym przez przepisy art. 1 pkt 8 lit. a ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Pzp oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 82, poz.560), Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, 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 wykonawcę 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. Powyższe oznacza, jak podnosi Odwołujący, że Wykonawcy mają możliwość wykazania innych niż pierwotnie zrealizowanych zamówień, które będą potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powołuje się także w tym względzie na stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w „Odpowiedziach na pytania Miast Organizatorów RURO 2012” (źródło: <http://www.uzp.gov.pl>).

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 04.06.2008 r. wpływ bezpośredni do kancelarii.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym: SIWZ, ofertami, w szczególności ofertą Odwołującego i po wysłuchaniu stron na rozprawie, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Wykonawca ten złożył ofertę, która pozostała jedyną ważną w przedmiotowym postępowaniu i zgodnie z kryteriami oceny musiałaby być uznana za najkorzystniejszą, działanie Zamawiającego odbiera mu możliwość uzyskania niniejszego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W SIWZ zawarto następujące zapisy:

W Rozdz. IV SIWZ: „Opis warunków udziału w postępowaniu” w pkt 1: „Warunki udziału w postępowaniu” Zamawiający napisał, iż Wykonawca musi spełniać warunki określone w art. 22 ust. 1 Pzp, w szczególności zaś: (ppkt 1) musi posiadać niezbędne doświadczenie, tzn. wykazać należyście wykonane i udokumentowane (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych równie wykonywane) dostawy wykrywaczy min w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), o łącznej wartości brutto tych dostaw nie mniejszej ni 600 000,00 zł.

Z kolei w Rozdz. V SIWZ: „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” w pkt. 2, Zamawiający ustalił, iż: „W celu potwierdzenia spełnienia warunku opisanego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 1 SIWZ, Wykonawca składa wraz z ofertą wykaz wykonanych (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych równie wykonywanych) dostaw wykrywaczy min w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), o łącznej wartości brutto tych dostaw nie mniejszej ni 600 000,00 zł. Ww. wykaz dostaw wykrywaczy min musi by sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik Nr 5 do SIWZ. W wykazie należy podać: przedmiot, wartości, daty wykonania i zamawiających lub odbiorców dostaw. Do wykazu należy załączyć stosowne dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należyście. Dokumenty te muszą być wystawione przez Zamawiających lub Odbiorców wskazanych w ww. wykazie dostaw”. Ponadto, zastrzegł, iż:

„Jeżeli wartość dostaw określona zostanie w „Wykazie dostaw wykrywaczy min” w walucie innej niż PLN, Zamawiający dokona przeliczenia na PLN wg średniego kursu NBP z dnia wszczęcia postępowania”.

Odnosząc się do przedmiotowego stanu faktycznego należy stwierdzić, iż Odwołujący w swojej ofercie zawarł wykaz dostaw oraz dokumenty, które miały potwierdzać, w jego mniemaniu, należyte wykonanie wykazanych dostaw, czyli spełnianie warunku określonego w SIWZ. Zdaniem Izby, po pierwsze działanie Zamawiającego, który uznał przedłożone dokumenty za niewystarczające, dokonując wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp względem Odwołującego były prawidłowe. Dokumenty pozostawiały wątpliwości, które mogły zostać rozwiane albo w trybie art. 26 ust. 3 albo w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Po drugie, Izba pragnie podkreślić, iż podziela pogląd przedstawiony przez Odwołującego w treści odwołania, że jego działanie, tj. przedłożenie nowych dokumentów, w odpowiedzi na wezwanie, tj. innych od tych przedłożonych pierwotnie mieści się w granicach stosowania określonych dla art. 26 ust. 3 Pzp po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r. Stanowisko zaprezentowane w tym względzie w rozstrzygnięciu protestu przez Zamawiającego jest błędne. Przed nowelizacją z dnia 13 kwietnia 2007 r. uzupełnienie dokumentu, z którego wynikało, że wykonawca nie spełnia postawionego warunku było niemożliwe, co skutkowało wykluczeniem z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniem z mocy prawa jego oferty. W obecnym stanie prawnym przyjmuje się, że zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia wykonawcę, który wprowadził żądany dokument, ale nie potwierdza on spełniania warunku (J. Sadowy, Uzupełnienie oświadczeń i dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, [w:] Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r., UZP 2007 r., s.135, patrz także: Odpowiedzi na pytania zgłaszane przez uczestników seminarium szkoleniowego w dniu 26.07.2007 r. – odpowiedź na pytanie nr 3 zgłoszone przez miasto Łódź, strona internetowa UZP). Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie: Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14.05.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-543/07), jak również w orzeczeniach KIO: Wyrok KIO z dnia 30.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 04/08, czy też Wyrok KIO z dnia 18.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 191/08.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez czynności wykluczenia Odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą, skład orzekający Izby uznał ww. zarzut za zasadny.

Najistotniejszą kwestią dla ustalenia zasadności lub też nie wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty jest analiza dokumentów dostarczonych w ramach uzupełnienia pismem z dnia 18.04.2008 r.

Odwołujący przedłożył wykaz wykonanych dostaw wykrywaczy min oraz załączniki potwierdzające należyte wykonanie dostawy, w których jednoznacznie stwierdzono, iż przedmiotem dostawy były wykrywacze min.

Izba analizując przedłożone dokumenty stwierdziła, iż w istocie Odwołujący złożył nowy „Wykaz wykonanych dostaw ...(...)”, w którym oświadczył, że wykonał dostawę na rzecz Departamentu Sił Powietrznych 84 Skrzydło Podtrzymania Walki, a z dokumentów potwierdzających bezsprzecznie należyte wykonanie zamówienia wynika, iż wykonanie dostawy miało miejsce przez Schiebel Technology, Inc z siedzibą w Stanach Zjednoczonych.

Jednakże z powyższego nie należy wnioskować w sposób automatyczny, iż oznacza to, że nie zrealizowała powyższej dostawy zestawów wykrywaczy typu MIMID Schiebel Elektronische Geraete GmbH z siedzibą w Austrii. Teza, iż dostawcą był podmiot nie biorący udział w przedmiotowym postępowaniu jest nieścista.

Analizując całość przedłożonych dokumentów, jak i przedłożoną w postępowaniu przez Odwołującego ofertę (str 103), Izba poddała ocenie dokument, z którego wynika, iż m.in. Schiebel Technology, Inc z siedzibą w Stanach Zjednoczonych jest jednym z oddziałów Schiebel Elektronische Geraete GmbH z siedzibą w Austrii. Z powyższego dokumentu wynika, że centrala Schiebel Elektronische Geraete GmbH mieści się w Austrii, a w innych częściach świata znajdują się jej oddziały.

Powyższe informacje znajdują pośrednie potwierdzenie na stronach internetowych:

http://www.schiebel.net/pages/html_version.html oraz Wikipedii

http://de.wikipedia.org/wiki/Schiebel_Elektronische_Ger%C3%A4te .

Precyzyjną definicję oddziału przedsiębiorcy zawiera art. 5 pkt 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.), który nakazuje przez oddział rozumieć wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywaną przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznał, iż oddział to działalność wykonywana przez przedsiębiorcę - tyle że poza jego siedzibą lub głównym miejscem wykonywania działalności. Skoro tak, to należałoby przyjąć, że w zasadzie to przedsiębiorca, a nie oddział, jest podmiotem praw i obowiązków wynikających z działalności oddziału. Na tej podstawie można uznać, iż doświadczenie oddziału realizującego dostawę, w tym wypadku Schiebel

Technology, Inc z siedzibą w Stanach Zjednoczonych, jest de facto doświadczeniem Schiebel Elektronische Geraete GmbH z centralą w Austrii.

Jednakże, wobec niewykazania podczas rozprawy przez żadną ze stron w sposób jednoznaczny rodzaju zależności lub ich braku, o których jest mowa powyżej. Biorąc także pod uwagę, iż o tym czy oddział posiada podmiotowość prawną decydują przepisy prawa prywatnego międzynarodowego, a w szczególności art. 9 § 3, zgodnie z którym jeżeli osoba prawna lub fizyczna dokonuje czynności prawnej w zakresie swojego przedsiębiorstwa, jej zdolność podlega prawu państwa, w którym znajduje się siedziba tego przedsiębiorstwa.

Izba uznała, iż zasadnym jest uznanie zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 Pzp., nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności będącej podstawą protestu i odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Izba zauważa, iż w odróżnieniu do art. 87 ust. 1 Pzp, postępowanie wyjaśniające w trybie art. 26 ust. 4 Pzp ma charakter obligatoryjny, tym bardziej, iż w pierwotnej ofercie złożono dokument stanowiący o tym, iż Schiebel Technology, Inc z siedzibą w Stanach Zjednoczonych jest oddziałem Schiebel Elektronische Geraete GmbH, co w powiązaniu z dokumentami dostarczonymi przez Odwołującego w ramach uzupełnienia powinno wywołać u Zamawiającego wątpliwości wymagające wyjaśnień. Niniejsze znajduje potwierdzenie w stanowisku Zamawiającego na rozprawie, który przyznał, iż miał wątpliwości co do powiązań między Schiebel Elektronische Geraete GmbH a Schiebel Technology, Inc z siedzibą w Stanach Zjednoczonych, które próbował rozstrzygnąć za pomocą ogólnie dostępnych informacji.

W ramach wyjaśnień Zamawiający powinien zwrócić się o stanowisko odnośnie omówionych wcześniej powiązań oraz w odniesieniu do statusu Schiebel Technology, Inc zgodnie z prawem austriackim i amerykańskim.

Dodatkowo Izba podkreśla, iż stanowisko przedstawione na rozprawie przez Odwołującego, iż dokument ze strony 83 w ramach uzupełnienia dokumentów, jest zarówno referencją, jak i wykazem, jest błędne. Izba podtrzymuje linię orzeczniczą o wyższości treści nad formą, ale uznaje, że w tym stanie faktycznym nie może mieć ona zastosowania. Wykaz jest dokumentem, czyli oświadczeniem woli składanym przez Wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu przetargowym, zaś dokument potwierdzający należyte wykonanie wykazanego zamówienia jest oświadczeniem woli składanym nie przez Wykonawcę, ale przez osobę trzecią, która potwierdza realizację zamówienia zgodnie z umową. Ponadto,

należy zauważyć na sprzeczność, jaka miałyby miejsce w dokumentach dostarczonych w ramach uzupełnienia, które o tej samej dostawie inaczej stanowią w dwóch różnych miejscach.

Odnosząc się także w tym miejscu do zarzutu załączenia w ramach uzupełnienia - „Wykazu wykonanych dostaw wykrywaczy min” na innym formularzu niż ten, który wskazał Zamawiający, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż jest to kwestia formy a nie treści i nie może być podstawą wykluczenia z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty.

Wobec uznania zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 Pzp., Izba uznał za zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust.1 i 3 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania przez Zamawiającego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jako wynikający z faktu naruszenia przepisów wskazanych na wstępie.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3600 zł., tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

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, 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*