

Sygn. akt KIO/ UZP 14/08

WYROK
z dnia 6 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Joanna Chabasiewicz

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/rozprawie* w dniu ~~/w dniach~~* 1 lutego 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Rapiscan System Limited Salfords, X-ray House, Surrey, RH1 5 GG, IK** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów, Departament Służby Celnej, Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** protestu ~~/protestów~~* z dnia 26 listopada 2007 r.

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

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje powtórzyć czynność badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Finansów, Departament Służby Celnej, Warszawa, ul. Świętokrzyska 12**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0gr
(słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)
z kwoty wpisu uiszczonego przez **Rapiscan System Limited Salfords, X-ray House, Surrey, RH1 5 GG, IK**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 0 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Finansów, Departament Służby Celnej, Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** na rzecz **Rapiscan System Limited Salfords, X-ray House, Surrey, RH1 5 GG, IK** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego oraz wpisu,
- 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 15936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Rapiscan System Limited Salfords, X-ray House, Surrey, RH1 5 GG, IK**

Uzasadnienie

Zamawiający, **Ministerstwo Finansów, Departament Służby Celnej, Warszawa, ul. Świętokrzyska 12, wszczął postępowanie** 01.10.2007 r. w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę czterech przewoźnych urządzeń rentgenowskich do prześwietlania pojazdów i kontenerów dla grup mobilnych prowadzonego”, Dz. Urz. UE. 2007/S 190-23 1335 z dnia 2007/10/03. Ogłoszenie zostało wywieszone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego.

Stan sprawy:

- 01.10.2007 r. wystosowanie ogłoszenia i zamieszczenie ogłoszenia na tablicy ogłoszeń i na stronie internetowej Zamawiającego;
- 05.11.2007 r. składania ofert – 40 692 900,00 przewidywana kwota, termin związania 60 dni;
- 22.11.2007 r. protest na nieujawnienie niezastrzeżonych informacji Rapiscan Systems Limited;
- 29.11.2007 r. oddalenie protestu na nieujawnienie niezastrzeżonych informacji;
- 17.12.2007 r. ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 24.12.2007 r. protest Rapiscan Systems Limited na wybór oferty;
- 28.12.2007 r. przystąpienie do postępowania prowadzonego w wyniku wniesienia protestu;
- 31.12.2007 r. oddalenie protestu na wybór oferty;
- 04.01.2008 r. odwołanie Rapiscan Systems Limited.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania wykonawcy tj. Konsorcjum w składzie Bumar S Z O.O. i NUCTECH Company Limited (dalej „Konsorcjum”) do uzupełnienia dokumentów a następnie zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy;

- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 2 przez niewykluczenie z postępowania Konsorcjum, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 9 ustawy, przez nieodrzućenie oferty Konsorcjum pomimo, iż oferta jest niezgodna z ustawa;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez nieodrzućenie oferty Konsorcjum, której treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy przez nieodrzućenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę oraz oferty Wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny;
- 6) art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów określonych w specyfikacji;
- 7) art. 7 ustawy przez nieumieszczenie w protokole postępowania informacji mających wpływ na dokonanie oceny ofert oraz innych wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wnosi o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia parametrów ocenianych w ofercie uznanej za najkorzystniejszą;
- 4) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum i odrzucenia jego oferty;
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 6) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podnosi szczegółowe zarzuty:

- 1) brak w ofercie oryginału lub prawidłowo potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii odpisu z KRS dotyczącego jednego z członków Konsorcjum, tj. Bumar Sp. z o.o.;
2. brak możliwości weryfikacji czy wykonawca jest uprawniony do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia;
3. brak możliwości identyfikacji osób, które podpisały ofertę;

4. złożenie w ofercie dokumentów w języku obcym, które nie zostały przetłumaczone na język polski;
5. brak ustanowienia pełnomocnika Konsorcjum;
6. brak identyfikacji podmiotu odpowiedzialnego za realizację umowy, a w konsekwencji brak możliwości ustalenia rzeczywistej ceny oferty;
7. zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę a Wykonawca nie złożył wyjaśnień ewentualnie, wyjaśnienia te należało uznać za niewystarczające;
8. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, której treść jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a także przyznanie najwyższej liczby punktów w kryterium technicznym tej ofercie.

KIO dopuściła dowody z dokumentów i przesłuchania stron.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Skład orzekający KIO uznał za zasadny zarzut wniesiony przez Odwołującego dotyczący braku właściwego ustanowienia pełnomocnika, o którym mowa w art. 23 ust. 2 Pzp. Wywód Odwołującego, że Pan Włodzimierz Staszkiwicz, który podpisał ofertę w imieniu Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie był upoważniony do dokonania tej czynności, znajduje potwierdzenie w dokumentacji sprawy.

Pełnomocnictwo z 2.11.2007 r. udzielone przez BUMAR Sp. z o.o. oraz NUCTECH Co. Ltd., w imieniu której działa Yuan Youzhong zostało udzielone niezgodnie z art. 106 Kc. Zgodnie bowiem z pełnomocnictwem z 8.10.2007 r. udzielonym przez Pana Rong Yonglin (Prezesa Zarządu NUCTECH) Pan Yuan Youzhong nie był upoważniony do ustanowienia dalszych pełnomocników, a w konsekwencji nie mógł udzielić pełnomocnictwa dla Pana Włodzimierza Staszkiwicza.

Art. 106 Kc brzmi:

Art. 106. *Pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa.*

W orzecznictwie nie ma wątpliwości, że pełnomocnictwo dalsze musi być przewidziane w pełnomocnictwie podstawowym. Gdyby miała istnieć sytuacja inna, art. 106 Kc musiałby brzmieć „w razie braku zastrzeżeń, pełnomocnictwo obejmuje umocowanie do dalszego udzielania pełnomocnictw”.

Taka ocena stanu faktycznego znajduje oparcie w ugruntowanej linii orzeczniczej, zgodnie z którą ustanowienie pełnomocnika jest obowiązkiem wykonawców, zaś przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Wyrok UZP/ZO/0–2083/06 z 21.07.2006 r. Jeżeli Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia cyt. „podjęli decyzję o wspólnym działaniu, to muszą uwzględnić konsekwencje takiej decyzji (...). i swoją wolę wyraźnie wyartykułować w pełnomocnictwie składanym wraz z ofertą.”. Konsekwencją braku właściwego ustanowienia pełnomocnika konsorcjum powinno być wykluczenie z postępowania na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 23 ust. 2 Pzp i odrzucenie jego oferty. Uwzględnienie powyższego zarzutu odwołania stanowi samodzielną przesłankę do odrzucenia oferty, jako złożonej przez osobę nieupoważnioną do reprezentowania Konsorcjum, niemniej jednak KIO mając na uwadze ocenę całości stanu faktycznego przedstawionego w odwołaniu ustaliła i zważyła co następuje.

Ad 1. Brak w ofercie oryginału lub prawidłowo potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii odpisu z KRS dotyczącego jednego z członków Konsorcjum, tj. Bumar sp. z o.o.

Zarzut ten znalazł potwierdzenie w ocenie KIO. Osoby potwierdzające za zgodność z oryginałem nie były upoważnione do reprezentowania Wykonawcy.

Ad 2. Brak możliwości weryfikacji czy wykonawca jest uprawniony do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia

Z załączonej do oferty licencji prowadzenia działalności gospodarczej dla spółki Nuotech wynika, iż działalność ta jest ograniczona w zakresie promieniowania rodzaju IV i V wyłącznie do jego użycia, a nie – jak w przypadku promieniowania rodzaju II i III do jego wytwarzania, badania rynku i stosowania.

Stosownie do § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) Zamawiający może żądać aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo

aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składana ofert.

Należy zauważyć, że Zamawiający zarówno w treści specyfikacji jak i ogłoszenia nie zażądał precyzyjnie złożenia zaświadczenia dokumentu uprawniającego do prowadzenia działalności w zakresie promieniowania o precyzyjnie określonym rodzaju.

W związku z tym, że Zamawiający może żądać tylko dokumentów, zgodnych z przytaczanym rozporządzeniem i które to dokumenty zostały wskazane w ogłoszeniu i specyfikacji to w rozpatrywanym przypadku dokumenty załączone do oferty nie budzą wątpliwości, że potwierdzają spełnienie warunków określonych przez Zamawiającego.

Ad 3. Brak możliwości identyfikacji osób, które podpisały ofertę

Skład orzekający KIO uznał, że z oferty i treści innych dokumentów załączonych do oferty można ustalić czyje podpisy widnieją pod ofertą. Niemniej jednak, należy podkreślić, że podpisy te są złożone przez osoby niewłaściwie upoważnione przez Konsorcjum.

Ad 4. Złożenie w ofercie dokumentów w języku obcym, które nie zostały przetłumaczone na język polski

W ofercie Konsorcjum (str. 125 i 126) znalazł się dokument złożony w języku obcym. Dokument nie został przetłumaczony na język polski.

Odwołujący zarzuca, że w takim przypadku Wykonawca powinien być wezwany do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i w razie nieuzupełnienia dokumentu wykonawca powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zarzuty Odwołującego nie znalazły w składzie orzekającym potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym. Zgodnie z postanowieniami specyfikacji, w przypadku załączenia dokumentów w języku obcym niezbędne jest przedstawienie ich tłumaczenia, poświadczonego przez Wykonawcę. Dokument złożony na str. 125 i 126 oferty zawiera w ofercie swój odpowiednik w języku polskim, załączony na str.

128-133. Tłumaczenie przysięgłe z języka chińskiego na język polski czyni zadość wymaganiom specyfikacji w zakresie składania tłumaczeń dokumentów obcojęzycznych. Nie zmienia tego faktu okoliczność, iż Wykonawca dodatkowo załączył do swojej oferty dokument w języku angielskim. W związku z brakiem tłumaczenia tego dokumentu na język polski, Zamawiający nie może brać pod uwagę tego dokumentu podczas dokonywania badania i oceny ofert, a następnie podczas ewentualnej realizacji umowy.

Ad 6. Brak identyfikacji podmiotu odpowiedzialnego za realizację umowy, a w konsekwencji brak możliwości ustalenia rzeczywistej ceny oferty

Odwołujący nie dowiódł, że brak identyfikacji wykonawcy odpowiedzialnego za realizację umowy, może doprowadzić do sytuacji prowadzącej do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów. Dlatego Izba nie podziela zarzutu Odwołującego w tym zakresie.

Ad 7. Zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę a Wykonawca nie złożył wyjaśnień ewentualnie, wyjaśnienia te należało uznać za niewystarczające.

W ocenie KIO zarzut formalny do złożonych wyjaśnień (brak właściwego upoważnienia do reprezentowania Konsorcjum) znalazł potwierdzenie. Tym niemniej Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

Ad 8. Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, której treść jest sprzeczna ze specyfikacją, a także przyznanie najwyższej liczby punktów w kryterium technicznym tej ofercie

Twierdzenia Zamawiającego oraz Odwołującego są oparte wyłącznie na dokumentach opisujących parametry techniczne rozpatrywanego urządzenia. Zaproponowane urządzenie, zdaniem Zamawiającego, spełnia wszystkie parametry techniczne określone w specyfikacji.

Zgromadzony materiał dowodowy nie daje podstaw do stanowczego stwierdzenia, że oferta nie odpowiada wymaganiom postawionym w specyfikacji przez Zamawiającego.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

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*