

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Agnieszka Albin

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wielobranżowe Przedsiębiorstwo AMPEX K. Piegza, W. Krakowiak sp. jawna, 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 165 A (Lider Konsorcjum) i Pani Małgorzata Trestka, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Przewozowe. Małgorzata Trestka”, 42-580 Wojkowice, ul. Plaka 3 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, 40-053 Katowice, ul. Barbary 21 A
protestu z dnia 22 lipca 2008r.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wielobranżowe Przedsiębiorstwo AMPEX K. Piegza, W. Krakowiak sp. jawna, 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 165 A i Pani Małgorzata Trestka, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą

1

„Przedsiębiorstwo Przewozowe. Małgorzata Trestka”, 42-580 Wojkowice, ul. Plaka 3 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 **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wielobranżowe Przedsiębiorstwo AMPEX K. Piegza, W. Krakowiak sp. jawna, 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 165 A i Pani Małgorzata Trestka, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Przewozowe. Małgorzata Trestka”, 42-580 Wojkowice, ul. Plaka 3**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 953 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset pięćdziesiąt trzy złote zero groszy) przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wielobranżowe Przedsiębiorstwo AMPEX K. Piegza, W. Krakowiak sp. jawna, 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 165A i Pani Małgorzata Trestka, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Przewozowe. Małgorzata Trestka”, 42-580 Wojkowice, ul. Plaka 3** na rzecz **Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, 40-053 Katowice, ul. Barbary 21 A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) 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 **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wielobranżowe Przedsiębiorstwo AMPEX K. Piegza, W. Krakowiak sp. jawna, 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 165 A (Lider**

Konsorcjum) i Pani Małgorzata Trestka, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Przewozowe. Małgorzata Trestka”, 42-580 Wojkowice, ul. Plaka 3.

Uzasadnienie

W dniu 12.04.2008r. Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, 40-053 Katowice, ul. Barbary 21 a (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. wykonanie usług autobusowego transportu publicznego na liniach komunikacji miejskiej 52, 700 i w tym samym dniu

2

zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Wartość zamówienia oszacowano na 1 454 502,08 euro.

W dniu 17.07.2008r. (faksem, następnego dnia – listem poleconym) Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej, natomiast w dniu 22.07.2008r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Wielobranżowe Przedsiębiorstwo AMPEX K. Piegza, W. Krakowiak sp. jawna, 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 165 A i Pani Małgorzata Trestka, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Przewozowe. Małgorzata Trestka”, 42-580 Wojkowice, ul. Plaka 3 (dalej: Odwołujący) – złożyli protest.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w przepisany terminie, wobec czego, uważając protest za oddalony, Odwołujący w dniu 06.08.2008r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o powtórny ocenę ofert, odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Międzygminna Spółka z o.o. w Świerkłańcu, 42-622 Świerklaniec, ul. Parkowa 3 (zwany dalej Wykonawcą) i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1-3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych), albowiem za najkorzystniejszą uznał ofertę, która powinna być odrzucona. Wykonawca, składając ofertę w postępowaniu, zobowiązał się do spełnienia świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 kodeksu cywilnego; oferta ta jest sprzeczna z ustawą i SIWZ oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Swoje stanowisko Odwołujący uzasadnił, wskazując, że zarówno w postępowaniu, w którym ubiega się o udzielenie zamówienia, jak i w postępowaniu prowadzonym równolegle przez Zamawiającego (na obsługę linii nr 20) Wykonawca wykazał, jako potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, iż dysponuje tym samym sprzętem (tj. dwoma autobusami marki JELCZ i dwoma autobusami marki MAN o wskazanych w odwołaniu numerach rejestracyjnych). Odwołujący wywodzi, że umowa, zawarta w przyszłości z Wykonawcą, będzie umową o świadczenie niemożliwe, a zatem umowa o zamówienie publiczne będzie

3

nieważna, bowiem nie jest możliwe, aby Wykonawca w tym samym czasie świadczył usługę za pomocą tych samych autobusów na różnych liniach. Wskazuje również, że zakres świadczeń wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a wskazanie konkretnych autobusów jest zobowiązaniem się do świadczenia za ich pomocą usługi; zmiana autobusu oznaczałaby zmianę istotnego postanowienia umowy.

Odwołujący również podnosi, że oferta Wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ jest czynem sprzecznym z dobrymi obyczajami, ponieważ narusza (bądź zagraża

naruszeniu) interesowi konkurenta; czynem nieuczciwej konkurencji jest złożenie oferty w celu utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Składanie kilku ofert, bez zamiaru podpisania umowy, wypacza zdaniem Odwołującego, zasady zamówień publicznych

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie. Zamawiający podnosił zarzut odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w jego ocenie, protest z dn. 22.07.2008r. dotyczy tych samych okoliczności, które były podnoszone w proteście z dn. 30.06.2008r., który został już ostatecznie rozstrzygnięty. Izba ustaliła, że faktycznie Odwołujący wniósł w dn. 01.07.2008r., a więc przed wyborem oferty najkorzystniejszej, protest z dn. 30.06.2008r., jednak nie został on merytorycznie rozpatrzony (Zamawiający wskazał, że zarzuty wobec zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy są przedwcześnie, bowiem wniesione zostały jeszcze przed dokonaniem czynności oceny ofert przez Zamawiającego). W konsekwencji dopiero po wyborze oferty Odwołujący miał podstawę do wniesienia protestu; wobec czego dopiero drugi protest, z dn. 22.07.2008r., od nierozstrzygnięcia którego wniesiono rozpatrywane w niniejszej sprawie odwołanie, został wniesiony z zachowaniem terminu, a jego zarzuty mogą być badane merytorycznie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania – zarzutów podnoszonych wobec oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą - jego oferta mogłaby, w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert, zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

4

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił, iż Zamawiający w SIWZ wymagał (Rozdział V „Opis warunków udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia”), aby wykonawcy ubiegający się o udział w postępowaniu wykazali, iż dysponują autobusami spełniającymi wymagania określone w przepisach ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2005 r. 108, poz. 908 z późn. zm.) i przepisach wykonawczych do niej dla autobusów miejskiej regularnej komunikacji publicznej w tym, wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2003r. nr 32, poz. 262 z późn. zm.) oraz pewne określone przez Zamawiającego wymogi dodatkowe (pkt 5.1 lit. c). Na potwierdzenie tak opisanego warunku do oferty należało dołączyć „Wykaz niezbędnego do wykonania zamówienia taboru autobusowego przeznaczonego do realizacji zamówienia (Załącznik nr 5 SIWZ) jakim dysponuje Wykonawca (pkt 6.10).

Zamawiający równolegle prowadzi kilka postępowań na obsługę kilkunastu linii autobusowych (<http://bip.kzkgop.pl/>), w tym postępowanie na obsługę linii nr 20, w którym otwarcie ofert odbyło się w dn. 20.06.2008r., a więc trzy dni przed otwarciem ofert w postępowaniu, w którym złożono protest, a następnie rozpatrywana odwołanie.

Okoliczności faktyczne, na których Odwołujący oparł swoje stanowisko, nie budzą wątpliwości: Wykonawca wraz z ofertą złożył (str. 5 oferty) załącznik „Wykaz autobusów przeznaczonych do obsługi linii 52,700”, zawierający 4 pozycje. Równocześnie w innym postępowaniu, prowadzonym przez tego samego Zamawiającego – na obsługę linii nr 20, Wykonawca do oferty załączył „Wykaz autobusów przeznaczonych do obsługi linii 20” zawierający 5 pozycji, z których pierwsze cztery pokrywają się z autobusami wskazanymi w pierwszym z omawianych wykazów.

Zasadniczo, Odwołujący wywodzi swoje stanowisko (oferta Wykonawcy powinna być odrzucona jako sprzeczna z ustawą, SIWZ oraz stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji) z tezy, że autobusy opisane w załączniku do oferty stanowią jej treść, a zmiana tych autobusów w trakcie realizacji umowy stanowiłaby niedozwoloną zmianę treści umowy,

albowiem są to *essentialia negotii* przyszłej umowy.

Takie stanowisko jest jednak, w ocenie składu orzekającego Izby, nietrafne.

Dokumenty, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, załączone do oferty, nie stanowią jej treści. Zamawiający wyraźnie w SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu i sposób oceny jego spełnienia. Wobec takiej konstatacji sam tytuł

5

załącznika („...przeznaczonych do obsługi linii...”) ma znaczenie drugorzędne. Realizacja zamówienia tymi właśnie autobusami nie stanowi treści oferty – załączając wykaz, w którym wykonawca prezentuje określone autobusy, wykonawca, zgodnie z par. 1 ust. 2 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. z dnia 24 maja 2006 r.; dalej: Rozporządzenie) wykazuje, iż dysponuje sprzętem odpowiednim do realizacji zamówienia (spełniającym określone wymagania). Z punktu widzenia Zamawiającego na etapie złożenia oferty i badania warunków udziału w postępowaniu istotne jest tylko sprawdzenie, czy wykonawca rzeczywiście dysponuje takim sprzętem – treść oświadczenia Wykonawcy nie została przez Odwołującego w tym zakresie zakwestionowana. „Wykaz...” ma jedynie umożliwić ewentualną weryfikację zarówno oczekiwanych wymagań co do parametrów autobusów, jak i faktu dysponowania nimi przez wykonawcę. Nie ma bezwzględnego obowiązku użycia do realizacji umowy autobusów oznaczonych co do tożsamości podanych w wykazie, lecz można użyć innych, spełniających wymagania Zamawiającego, bowiem nie numery rejestracyjne autobusów, lecz ich rodzaj ma znaczenie dla realizacji umowy. Zmiana autobusów na inne, przy zachowaniu tych samych parametrów, nie stanowi zmiany istotnych postanowień umowy. W konsekwencji Izba stwierdziła, że oferta Wykonawcy jest zgodna zarówno z ustawą, jak i z SIWZ, i zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych oddaliła.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, bowiem uznała, że wskazanie w „Wykazie...” tych samych autobusów w różnych postępowaniach nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Jak już zostało wskazane wyżej, „Wykaz...” stanowi potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu opisanego i wymaganego w konkretnej sytuacji. Każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem autonomicznym i w każdym, w oderwaniu od pozostałych, ocenia się spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Nie można kwestionować, że Wykonawca złożył ofertę w obu postępowaniach, z zamiarem uzyskania zamówienia, jednak oferowanie wykonywania takich samych usług różnym klientom czy oferowanie wykonywania różnych usług jednemu klientowi jest powszechną praktyką w obrocie – przedsiębiorca składając oferty nie ma pewności, czy jego oferta zostanie zaakceptowana (w zamówieniach publicznych – wybrana, nie odrzucona). Odwołujący nie wykazał, że – w hipotetycznej sytuacji, gdyby Wykonawca uzyskał oba zamówienia, na obsługę linii 20 i 52,7000 – nie byłby w stanie zrealizować obu tych zamówień. Zamawiający natomiast wskazał, że Wykonawca, w dn. 20.06.2008r., kiedy otwarto oferty w postępowaniu na obsługę linii 20, powziął wiadomość, że jego oferta jest czwarta w rankingu cenowym, więc ma nikłe szanse na uzyskanie tego zamówienia.

6

Wobec powyższych okoliczności, Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Reasumując, postanowiono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz koszty dojazdu na rozprawę w łącznej wysokości 3 953 zł na podstawie przedłożonych rachunków, zgodnie z par. 4 ust. 1 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 2007r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....