

Sygn. akt: KIO/UZP 806/08

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu / rozprawie~~^{*} w dniu ~~/ w dniach~~ 20.08.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna Sp. z o.o., 42622 Świerklaniec, ul. Parkowa 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, 40-053 Katowice, ul. Barbary 21a** protestu ~~/ protestów~~^{*} z dnia 17.07.2008 r.

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

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty.

2. kosztami postępowania obciąża **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, 40-053 Katowice, ul. Barbary 21a**

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 Komunikacji Miejskiej Międzygminna Sp. z o.o., 42-622 Świerklaniec, ul. Parkowa 3,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:.....) przez **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, 40-053 Katowice, ul. Barbary 21a** na rzecz **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna Sp. z o.o., 42-622 Świerklaniec, ul. Parkowa 3,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym.
- 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 **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna Sp. z o.o., 42-622 Świerklaniec, ul. Parkowa 3**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 73 -099042 w dniu 15.04.2008r.

Zamawiającym jest Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, ul. Barbary 21 A, , 40-053 Katowice zwany dalej „Zamawiającym”, który prowadzi postępowanie pod nr ZP/PO/26/PZ/33/08.

Przedmiotem zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na linii komunikacji miejskiej nr 114 relacji : Bytom Dworzec PKP – Piekary Śląskie Osiedle Wieczorka Dworzec.

Pismem z dnia 15.07.2008r. doręczonym do Zamawiającego w dniu 17.07.2008r. protest złożyło Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna Spółka z o.o. , ul. Parkowa 3, 42-622 Świerklaniec zwane dalej „Odwołującym”.

Protest został wniesiony w związku z otrzymanym w dniu 11.07.2008r. zawiadomieniem Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty dokonany pismem z dnia 10.07.2008r. W złożonym proteście podniesiono naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29.01.2004r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. 2007r. Nr 223, poz.1655) zwanej dalej „ustawą Pzp” : art. 24 ust.2 pkt 3 i art.24 ust.1 pkt 10 i ust.2 ppkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Transkom sp.j. Henryk Rusnak, Paweł Augustyniak, 41-90 Piekary Śląskie ul. Zakładowa 4 zwanego dalej „Wykonawcą wybranym” i nie dokonanie wykluczenia tegoż Wykonawcy wybranego z postępowania.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł następujące okoliczności formalno – prawne. W oświadczeniu złożonym według wymogów załącznika nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanych dalej „SIWZ” tylko pkt 4 tego oświadczenia został podpisany przez obydwu współników. Natomiast pozostałe punkty to jest 1,2,3 oświadczenia zostały podpisane tylko przez jednego ze współników. Tym samym Wykonawca wybrany nie poświadczył, że posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności, posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Powyżej przedstawione naruszenie w ocenie składającego protest Odwołującego powinno skutkować wykluczeniem Wykonawcy wybranego z postępowania.

Z informacji posiadanych przez Odwołującego przedstawione w ofercie zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ dwa autobusy wymienione w pozycji nr 3 i 4 załącznika, to jest pojazdy marki Ikarus 280.70 E o numerach rejestracyjnych : SY 34073 i SY 24013 zostały poddane kasacji i brak jest ich fizycznej eksploatacji. Wykonawca wybrany tym samym podał nieprawdę w swoim oświadczeniu. Odwołujący twierdzi, że na stronie internetowej <http://transport.asi.pwr.wroc.pl/images/photos/big/35/250137.jpg>) opublikowane są zdjęcia z miesiąca czerwca pokazujące wraki w/w autobusów, które znajdują się na terenie złomowiska w Zawierciu. Zaistniałą sytuację Odwołujący kwalifikuje do czynu przestępczego z art.297 k.k. jako składanie fałszywych oświadczeń w celu uzyskania zamówienia.

Do protestu Odwołujący załączył wydruk ze strony internetowej <http://transport.asi.pwr.wroc.pl/2415,24,2,0,f.html> w postaci dwóch stron.

Na tej podstawie Odwołujący domaga się wykluczenia Wykonawcy wybranego oraz odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty to jest czynności przewidzianych w art.24 i art.89 ustawy Pzp.

Wobec braku rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, pismem z dnia 30.07.2008r. Odwołujący wniósł odwołanie wnosząc i wywodząc jak w proteście.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz oświadczeń stron na rozprawie ustalono i zważono co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że na otwarciu ofert w dniu 24.06.2008r. bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający zamierza przeznaczyć na zamówienie kwotę 5.900.000,00 zł. brutto.

Według protokołu złożono dwie ważne oferty na następujące kwoty :

1. TRANSKOM Sp.j. Henryk Rusnak, Paweł Augustyniak ul. Zakładowa 4, 41-940 Piekary Śląskie (Wykonawca wybrany) na kwotę – 5.434.465,80 zł. brutto,
2. Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Międzygminna Sp. z o.o. ul. Parkowa 3, 42-622 Świerklaniec (Odwołujący) na kwotę – 5.836.229,40 zł. brutto.

Pismem z dnia 10.07.2008r. PZ-341/148/8691/08 Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty to jest oferty wykonawcy TRANSKOM Sp.j. Henryk Rusnak, Paweł Augustyniak.

Odwołujący oprotestował pismem z dnia 15.07.2008r. (data wpływu 17.07.2008r.) wybór najkorzystniejszej oferty i zażądał zgodnie z art.24 i art.89 ustawy Pzp wykluczenia z postępowania Wykonawcy wybranego i uznania jego oferty za odrzuconą oraz dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazując na naruszenie art.24 ust.2 pkt 3 , art. 24 ust.1 pkt 10 i ust.2 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec braku rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego pismem z dnia 30.07.2008r. (data stempla pocztowego 31.07.2008r.) Odwołujący złożył odwołanie podtrzymując wszystkie zarzuty i żądania zawarte w proteście wnosząc o nakazanie Zamawiającemu poprawienia uchybień i nakazanie rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z przepisami.

Pierwszy zarzut dotyczył oświadczenia dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu według zał. Nr 3 do SIWZ, który został podzielony na dwie części tj. pierwsza część - według treści zawartej w art.22 ust. 1 pkt 1-3 oraz druga część - według treści zawartej w art.24 ustawy Pzp. Przy czym Wykonawca wybrany pierwszą część podpisał przez jednego ze współników, a drugą część przez obydwu współników. Z tego tytułu Odwołujący postawił zarzut braku podpisu pierwszej części, ponieważ w jego ocenie powinna być podpisana przez obydwu współników.

Powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zgodnie z załączonym do oferty wypisem z KRS Wykonawcy wybranego „Każdy współnik ma prawo reprezentować spółkę”. Czyli nie ma wymogu dwuosobowej reprezentacji tak jak tego oczekuje Odwołujący. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia art.24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.w zakresie złożonego oświadczenia dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art.22 ust.1 pkt 1-3 ustawy Pzp.) oraz nie podleganiu wykluczenia z postępowania (art.24 ustawy Pzp.).

Drugi zarzut dotyczył poświadczenia nieprawdy, która w ocenie Odwołującego miała wpływ na wynik postępowania, poprzez zaprezentowanie w wykazie autobusów pojazdów, przy pomocy których Wykonawca wybrany będzie wykonywał usługi, które według wiedzy Odwołującego w miesiącu czerwcu, w którym upływał termin składania ofert widniały na stronach internetowych jako skasowane, co dotyczyło użytych dwóch autobusów marki IKARUS 280.70 E o nr rej. SY 34073 oraz 24013.

W tym zakresie dokonano następujących ustaleń i zważono co następuje.

Warunki udziału w postępowaniu w zakresie zakwestionowanym przez Odwołującego, a dotyczące dysponowania autobusami zostały uregulowane w pkt 5 SIWZ pod tytułem „Opis warunków udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” w p.pkt 5.1. zgodnie z którym „ o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy (...), którzy posiadają uprawnienia niezbędne do wykonania usługi, wynikające z ustawy z dnia 6 września 2001r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2007r. Nr 125, poz. 874 z późn. zm.), oraz : (...) c) dysponują autobusami spełniającymi wymagania określone w przepisach ustawy z dnia 20 czerwca 1997r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz. .U. z 2005r. 108, poz. 908 z późn. zm.) i przepisach wykonawczych do niej dla autobusów miejskiej regularnej komunikacji w tym, wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31.12.2002r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz.U. z 2003r. nr 32, poz.262 z późn. zm.) oraz następujące wymagania dodatkowe : ilość autobusów - sześć autobusów_nie starsze niż z 1993r.

wyposażone w (...). Uwaga Przed podpisaniem umowy Zamawiający zastrzega sobie możliwość oględzin autobusów zaproponowanych do realizacji zamówienia.

Z tak sformułowanych zapisów wynika, że Zamawiający oczekuje dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu sześć autobusów, zastrzegając możliwość ich oględzin przed podpisaniem umowy. Z powyższego wynika, że warunek dysponowania wymaganym sprzętem ma być spełniony nie tylko na dzień składania ofert czyli na dzień 24.06.2008r., ale także na dzień podpisania umowy, ponieważ tymi autobusami Zamawiający oczekuje realizacji zamówienia.

Tym samym Zamawiający nie przewiduje w SIWZ możliwości zmiany taboru autobusowego w okresie od złożenia oferty do podpisania umowy.

Z kolei zgodnie z pkt 5 p.pkt 5.5. SIWZ ocena spełnienia warunku właściwego taboru zostanie dokonana poprzez wykaz taboru autobusowego przeznaczonego do realizacji zamówienia jakim dysponuje wykonawca zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ.

Załącznik do SIWZ pod nazwą wykaz autobusów przeznaczonych do obsługi linii Nr 114 zawiera szereg szczegółowych parametrów (13 parametrów) do wypełnienia przez wykonawców między innymi takich jak : typ, marka, rodzaj autobusu, numer rejestracyjny, rok produkcji, data ostatniego badania technicznego, forma dysponowania autobusem.

W tym miejscu należy stwierdzić, że również sam tytuł Wykazu ("autobusy przeznaczone do obsługi linii nr 114") wskazuje, że Zamawiający postawił warunek trwałości oferty co do zaoferowanych autobusów nie tylko na datę składania oferty ale na cały okres ważności oferty to jest do dnia ewentualnego zawarcia umowy.

Z treści oferty Wykonawcy wybranego w zakresie przedmiotowego załącznika wynika, że użyczone autobusy IKARUS 280.70 E o nr rej. SY 34 073 oraz SY 24 013 miały rocznik 1995 , a ostatnie przeglądy techniczne zostały wykonane w dniach 09.06.2008r. i 10.06.2008r. Czyli autobusy są sprawne technicznie, ponieważ przeglądy zostały wykonane na niespełna dwa tygodnie przed złożeniem oferty.

Zgodnie z wzorem formularza ofertowego Wykonawca wybrany w pkt 3 oświadczył cytuję "zapoznaliśmy się z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i przyjmujemy ją bez zastrzeżeń", w pkt 5 oświadczył „oświadczamy, że usługa objęta zamówieniem będzie wykonywana taborom autobusowym wykazanym w załączniku nr 5 do SIWZ” a w pkt 7 oświadczył, „że zawarty w „Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia” projekt Umowy został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się do jej zawarcia na w/w warunkach...”. Z kolei w pkt 9 formularza ofertowego zawarte jest oświadczenie Wykonawcy wybranego o treści „...nie powierzymy podwykonawcom wykonywania usług autobusowego transportu publicznego na linii komunikacji miejskiej nr 114”, a w pkt 10 „Deklarujemy, iż

wszystkie oświadczenia , informacje, dokumenty złożone w ofercie są kompletne, prawdziwe i dokładne w każdym szczególe.”

Z treści oferty w szczególności jej pkt 5 wynika, że usługa będzie wykonywana zaoferowanym taborom autobusowym w zał. Nr 5 załączonym do oferty.

Zapisy, zaakceptowanego w formularzu ofertowym, projektu umowy (pkt 7), zawierają między innymi następujące uregulowania :

1. W § 2 ust.1 „ usługi określone w § 1 wykonywane będą autobusami zaoferowanymi w ofercie przetargowej – wykaz autobusów stanowi załącznik nr 3 do umowy.
2. W § 2 ust. 2 „W szczególnie uzasadnionych przypadkach, na wniosek Zleceniobiorcy i za zgodą Zleceniodawcy, dopuszcza się autobus zastępczy do wykonania usługi, którego wiek i standard jest, co najmniej równoważny autobusowi wymienionemu w załączniku nr 3 do umowy. Czasookres obsługi linii autobusem zastępczym wymaga każdorazowo uzyskania zgody Zleceniodawcy.”
3. W § 2 ust. Ust.3 „W przypadku zdarzeń losowych (np.: awarii autobusu) dopuszcza się czasowy inny autobus zastępczy do wykonania usługi, z jednoczesnym powiadomieniem Zleceniodawcy (zgłoszenie telefoniczne lub faxem do Referatu Kontroli Zleceniodawcy). Obsługa linii autobusem zastępczym może być realizowana nie dłużej niż przez 48 godzin od wystąpienia zdarzenia.
4. W § 4 lit.c „Realizując usługę zleceniobiorca jest zobowiązany do : g) nie zlecenia usług osobom trzecim bez pisemnej zgody Zleceniodawcy.
5. W §7 pkt 2 Bezpieczeństwo pasażerów lit. a „Zleceniobiorca zobowiązany jest w każdym czasie do eksploatacji autobusu sprawnego technicznie”.
6. W § 10 ust.1 lit a „ Zleceniodawca zastrzega sobie prawo do kierowania autobusu na dodatkowe badania techniczne we wskazanej przez Zleceniodawcę stacji diagnostycznej. W przypadku nie stwierdzenia niesprawności autobusu, koszt badania oraz dojazdu do stacji diagnostycznej ponosi Zleceniodawca.”
7. W § 10 ust. 2 „Dopuszcza się możliwość zorganizowania komunikacji zastępczej na koszt Zleceniobiorcy, w przypadku realnego zagrożenia zaniechania świadczenia usług przez Zleceniobiorcę.”

Z powyższych zapisów dotyczących sposobu realizacji umowy wynika, że nawet w trakcie realizacji usługi wykonawca nie może samowolnie zmieniać taboru, co jest podyktowane bezpieczeństwem pasażerów, a Zamawiający może w każdej chwili zażądać dodatkowych badań sprawności pojazdów.

Natomiast żaden z zapisów SIWZ nie przewiduje możliwości zmiany taboru w okresie trwania procedury udzielenia zamówienia czyli w okresie przed rozpoczęciem realizacji usługi.

Wszystkie powyżej przedstawione uregulowania zarówno zawarte w formularzu ofertowym jak i przez przywołanie w tymże formularzu wzoru umowy przewidują, że zaoferowany sprzęt autobusowy, zidentyfikowany przez określenie jego danych i parametrów technicznych w załączniku nr 5 do oferty będzie użyty do realizacji usług transportu publicznego na wyznaczonej linii 114 . Na każdorazową zmianę zaoferowanego autobusu już w trakcie realizacji zadania wymagana będzie uprzednia zgoda Zamawiającego (w szczególnie uzasadnionych przypadkach na wniosek Zleceniobiorcy i za zgodą Zamawiającego dopuszcza się autobus zastępczy). Tylko w przypadkach awaryjnych Zamawiający dopuszcza inny autobus bez procedury wniosku i zgody, z jednoczesnym powiadomieniem telefonicznym lub faxem Zamawiającego, ale nie więcej jak na 48 godzin. Z zapisów, że nie można podzlecić wykonania usługi innemu wykonawcy, że w każdej chwili Zamawiający może skierować pojazd na badanie techniczne do wskazanego przez niego ośrodka diagnostycznego oraz zastrzeżenia, w razie zagrożenia pewności usług, komunikacji zastępczej na koszt Zleceniobiorcy wynika, że Zamawiający rygorystycznie będzie przestrzegał bezpieczeństwa przewożonych pasażerów. To bezpieczeństwo Zamawiający zapewnił sobie przez zapisy w pkt 5 SIWZ o wymaganiach technicznych dotyczących autobusów, żądając przedstawienia ich w wykazie stanowiącym załącznik do oferty i oczekując od wykonawców realizacji przewozów tymi właśnie zaoferowanymi autobusami przez cały 48 miesięczny okres realizacji zamówienia.

Reasumując sześć wymaganych autobusów do obsługi linii 114 o parametrach wskazanych poprzez SIWZ ma być postawionych do dyspozycji Zamawiającego nie tylko na dzień składania ofert (24.06.2008r.), ale do zakończenia realizacji zamówienia. Wszelkie zmiany w trakcie już realizacji zamówienia mogą się odbyć tylko i wyłącznie za uprzednią zgodą Zamawiającego w szczególnie uzasadnionych przypadkach, a jedynie w przypadkach losowych (np: awaria) bez zgody Zamawiającego, ale tylko na 48 godzin.

Natomiast żaden zapis SIWZ nie przewiduje zmiany zaoferowanego taboru autobusowego w trakcie postępowania o udzielenia zamówienia jak to czyni umowa dotycząca realizacji usługi. Tak więc należy stwierdzić, że Zamawiający w myśl obowiązujących SIWZ nie przyjął możliwości zmiany autobusów do czasu udzielenia zamówienia.

Reasumując założenia SIWZ obowiązują zarówno wykonawców jak i Zamawiającego i przewidują realizowanie zamówienia pojazdami autobusowymi zadysponowanymi w złożonych ofertach przez wykonawców (pkt 5 formularza ofertowego „oświadczamy, że usługa objęta zamówieniem będzie wykonywana taborem autobusowym wykazanym w załączniku nr 5 do SIWZ”projekt umowy “usługi określone w § 1 wykonywane będą autobusami zaoferowanymi w ofercie przetargowej – wykaz autobusów stanowi załącznik nr 3 do umowy.)

Przy tak sformułowanym SIWZ, dokonanie jakiegokolwiek zmiany w wykazie pojazdów autobusowych po złożeniu oferty, a przed podpisaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego, powoduje sprzeczność treści oferty Wykonawcy wybranego z treścią SIWZ, co z kolei zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Bowiem nie można zgodzić się z poglądem reprezentowanym przez przedstawiciela Zamawiającego na rozprawie, że treścią oferty są tylko i wyłącznie : cena usługi i stawka za wozokilometr, a nie sposób realizacji przewozów a to dlatego, że w pkt 5 oferty Wykonawca oświadcza, że usługa będzie wykonywana taborem autobusowym wykonawcy określonym w zał.nr 5 do SIWZ, czyli sposób realizacji usługi jest także treścią oferty.

Z przedłożonej przez Zamawiającego do akt sprawy dokumentacji przetargowej wynika, że po wniesieniu protestu przez Odwołującego, Zamawiający przeprowadził poniżej przedstawione postępowanie wyjaśniające w wyniku którego uzyskał następujące informacje.

1. Pismem z dnia 22.07.2008r. o nr PZ-341/196/9254/08 Zamawiający wystąpił do P. Dariusza Danka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą DAN ZŁOM Dariusz Danek ul. Okólna 10 , 42 - 400 Zawiercie z wnioskiem o udzielenie informacji w sprawie 2 autobusów IKARUS 280.70 E o nr rej. SY 34 073 oraz SY 24 013 na podstawie uzyskanej informacji, że przedsiębiorca ten nabył w dniu 15.05. 2008r. przedmiotowe autobusy. Zamawiający powołując się na prowadzony przetarg sformułował następująco pytanie : Czy wykonawca Transkom sp.j. Henryk Rusnak, Paweł Augustyniak, zgodnie ze złożoną ofertą, dysponował w dniu 24 .06.2008r. ww. autobusami, ponieważ z treści oferty wynika, iż ww. autobusy były użyczone. Przy czym Zamawiający określił termin udzielenia odpowiedzi do dnia 24.06.2008r.
2. Na powyższe pismem z dnia 25.07.2007r. z datą doręczenia w dniu 28.07.2008r. (czyli cztery dni po wyznaczonym terminie przez Zamawiającego) Dariusz Danek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą DAN ZŁOM Dariusz Danek złożył oświadczenie o treści cytuję : " Firma DAN – ZŁOM oświadcza że dwa autobusy marki IKARUS 280 70 E zostały użyczone firmie Transkom sp.j. Henryk Rusnak, Paweł Augustyniak zgodnie ze złożoną ofertą i dysponował wyżej wymienionymi autobusami w dniu 24.06.2008r. W związku z zakupem z mojej firmy przez firmę Transkop nowszych i lepszych autobusów o których mowa zostały wyzłomowane w firmie Dan-Złom."
3. Zamawiający także w dniu 22.07.2008r.pismem o nr PZ – 341/199/9262/08 wystąpił do Wydziału Komunikacji Urzędu Miasta Bytom powołując się na prowadzone postępowanie

informując, że Wykonawca wybrany zaoferował do realizacji zamówienia autobusy IKARUS 280.70 E o nr rej. SY 34 073 oraz SY 24 013, którymi nie mógł dysponować, ponieważ według informacji wynikających ze złożonego protestu, były poddane kasacji. W związku z powyższym Zamawiający poprosił o udzielenie informacji do dnia 24.07.2008r. czy te autobusy mogły być przedmiotem kasacji i czy zostały wyrejestrowane przed dniem 24.06.2008r. to jest przed terminem składania ofert.

4. Na powyższe pismo Wydział Komunikacji udzielił odpowiedzi w dniu 23.07.2008r. z doręczeniem do Zamawiającego w dniu 24.07.2008r. Odnosząc się do wniosku Zamawiającego, Wydział Komunikacji poinformował, że na wniosek właściciela pojazdów to jest firmy Dan Złom pojazdy te w dniu 23.07.2008r zostały wyrejestrowane. Jednocześnie poinformowano, że wykonawca Transkom nie figuruje jako ich właściciel.
5. W dniu 23.07.2008r. Zamawiający wysłał także pismo datowane 22.07.2008r. do Wykonawcy wybranego informując go o zarzucie fałszywego oświadczenia podnoszonym w złożonym proteście, wnosząc o udzielenie informacji przez Wykonawcę wybranego czy zgodnie ze złożoną ofertą w dniu 24.06.2008r. dysponował przedmiotowymi autobusami. Ponadto Zamawiający zalecił przedstawienie umowy użyczenia lub innego dokumentu potwierdzonego za zgodność z oryginałem, a wskazującego na użyczenie przedmiotowego autobusu, wyznaczając termin do dnia 24.07.2008r.
6. Na powyższe wezwanie w dniu 23.07.2008r. Wykonawca wybrany za pismem przewodnim złożył umowę użyczenia z dnia 15.05.2008r.
7. Pismem o nr PZ-341/207/9353/08 z dnia 24.07.2008r., wysłanym do Wykonawcy wybranego w dniu 25.07.2008r., Zamawiający wzywa do udzielenia wyjaśnień do dnia 28.07.2008r. czy dysponował wykonawca wszystkimi autobusami na dzień 24.06.2008r. Zamawiający stwierdził, że z przesłanej umowy użyczenia zawartej w dniu 15.05.2008r. nie wynika czy w dniu 24.06.2008r. Wykonawca wybrany dysponował wszystkimi autobusami wymienionymi w wykazie do oferty.
8. Na powyższe pismo Wykonawca wybrany złożył w dniu 25.07.2008r. oświadczenie, w którym potwierdził na dzień 24.06.2008r. wszystkie autobusy wymienione w wykazie załączonym do jego oferty. Jednocześnie oświadczył co cytuję „Oświadczamy, że autobusy poz.1,2,5,6 są naszą własnością. Autobusami poz.3 i 4 dysponowaliśmy na podstawie „Umowy użyczenia” z firmą DAN -ZŁOM Dariusz Danek.”

Z treści złożonej w dniu 23.07.2008r. Umowy użyczenia z dnia 15.05.2008r. zawartej pomiędzy Wykonawcą wybranym a przedsiębiorcą DAN – ZŁOM Dariusz Danek z siedzibą w 42-400 Zawiercie ul. Okólna 10 wynika między innymi:

1. W § 1 ust.1 wymieniono pojazdy – autobusy marki IKARUS 280.70 E z danymi technicznymi odpowiadającymi autobusom wymienionym w wykazie załączonym do

oferty Wykonawcy wybranego, a zidentyfikowanymi poprzez odpowiadające w obydwu dokumentach następujące parametry : rok produkcji (1995r.), numer rejestracyjny (SY 34 073, SY 24 013), liczba miejsc (156/35) , liczba drzwi (4), rodzaj silnika (EURO 1).

2. W § 1 ust.2 zapisano „Użyczający oświadcza, że przedmiot umowy stanowi jego własność (...)”
3. W § 1 ust.3 zapisano „Przedmiot użyczenia jest w dobrym stanie technicznym, ma sprawne wszystkie zespoły i urządzenia”.
4. W § 2 zapisano między innymi „ Użyczający użycza i daje w bezpłatne użytkowanie biorącemu opisane wyżej przedmioty na okres od dnia 15.05.2008r. do 30.06.2012, tj .na czas trwania umowy na obsługę linii komunikacyjnej nr 114(...)”
5. W § 3 ust.1 zapisano „Biorący do używania potwierdza odbiór autobusów”
6. W § 3 ust. 2 zapisano „Biorący do używania zapewnia, że będzie używał autobusy zgodnie z przeznaczeniem i nie odda ich do używania osobie trzeciej”.
7. W § 4 zapisano” Wszelkie zmiany i uzupełnienia niniejszej umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności”.

Z przeprowadzonej analizy powyżej przedstawionej treści korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Dariuszem Dankiem DAN -ZŁOM (Użyczający autobusy IKARUS Wykonawcy wybranemu), Wydziałem Komunikacji Urzędu Miasta w Bytomiu i TRANSKOM Sp.j. Henryk Rusnak, Paweł Augustyniak z Piekar Śląskich (Wykonawca wybrany) oraz z treści oświadczeń zawartych w korespondencji, a także z załączonej umowy użyczenia autobusów z dnia 15.05.2008r. wynika następujący stan faktyczno - prawny.

1. Zarówno Wykonawca wybrany TRANSKOM jak i Użyczający autobusy DAN - ZŁOM oświadczają Zamawiającemu, że w dniu złożenia oferty to jest w dniu 24.06.2008r. autobusy wymienione w „Wykazie Autobusów Przeznaczonych do Obsługi Linii 114” będącym załącznikiem do oferty znajdowały się w dyspozycji TRANSKOM, o czym świadczy również przedłożona umowa użyczenia, która potwierdza odbiór autobusów przez TRANSKOM.
2. Z informacji Wydziału Komunikacji Urzędu Miasta w Bytomiu jak i oświadczenia DAN – ZŁOM Dariusz Danek wynika, że w dniu 23.07.2008r. przedmiotowe autobusy zostały wyrejestrowane po uprzednim złomowaniu przez DAN -ZŁOM.
3. Zgodnie z art.79 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 20.06.1997 – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. 2005 r. Nr 108 poz.908) „pojazd podlega wyrejestrowaniu przez organ właściwy ze względu na miejsce ostatniej rejestracji pojazdu, na wniosek jego właściciela, w przypadku przekazania pojazdu do przedsiębiorcy prowadzącego stację demontażu lub przedsiębiorcy prowadzącego punkt zbierania pojazdów, na

podstawie zaświadczenia o demontażu pojazdu, o którym mowa w ust.2 bądź w art.24 ust.1 pkt 2 lub art.33 ust.3 ustawy z dnia 20 stycznia 2005r. o recyklingu pojazdów wycofanych z eksploatacji, albo równoważnego dokumentu wydanego w innym państwie". Na podstawie dokumentacji przetargowej w szczególności korespondencji po złożeniu protestu wynika, że Dariusz Danek DAN –ZŁOM złomował zaoferowane autobusy, po ich użyczeniu TRANSKOM- owi oraz jako właściciel pojazdów wyrejestrował je w Wydziale Komunikacji co zostało potwierdzone przez Urząd Miasta w Bytomiu w pisemnej informacji z dnia 23.07.2008r.

4. Z kolei zgodnie z art.79 ust.4 wyżej wymienionej ustawy Prawo o ruchu drogowym cytuję „pojazd wyrejestrowany nie podlega powtórnej rejestracji, z wyjątkiem pojazdu : 1) odzyskanego po kradzieży; 2)zabytkowego;3)mającego co najmniej 25 lat, którego model nie jest produkowany od 15 lat, uznanego przez rzeczoznawcę samochodowego za unikatowy lub mający szczególne znaczenie dla udokumentowania historii motoryzacji; 4) ciągnika i przyczepy rolniczej. W związku z tym, że żadna z powyżej przedstawionych okoliczności nie zachodzi (kasacja autobusu) autobusy wymienione w pozycjach 3 i 4 Wykazu do oferty nie mogą być już ponownie zarejestrowane i tym samym zadysponowane Zamawiającemu do realizacji usługi publicznego transportu drogowego na linii miejskiej komunikacji Nr 114 w przedmiotowym postępowaniu, a takie są wymagania SIWZ.

Powyższy stan faktyczny i prawny Izba ustaliła na podstawie kopii dokumentacji przetargowej potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, sporządzonej na dzień 08.08.2008r. i doręczonej do akt sprawy, a w szczególności na podstawie zawartej w niej korespondencji Zamawiającego po złożeniu protestu z U.M. w Bytomiu, TRANSKOM (Wykonawca wybrany), DAN-ZŁOM (Użyczący autobusy).

W toku przeprowadzonej rozprawy strony złożyły następujące wyjaśnienia i wnioski dowodowe.

Prezes Zarządu Odwołującego Grzegorz Wystemp oświadczył, że po dokonaniu wyboru oferty TRANSKOM zgłosili się do niego młodzi internauci entuzjaści regionalnej komunikacji autobusowej, którzy stwierdzili, że śmieszy ich sytuacja, że wybrano wykonawcę, który zaoferował do świadczenia usług autobusy IKARUS, których pocięte fragmenty znajdują się na złomowisku w Zawierciu. Przyznali, że udali się na to złomowisko, wykonali zdjęcia tych autobusów i ich zdjęcia zamieścili na stronach internetowych. Po tym fakcie Odwołujący złożył protest załączając listę pojazdów Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej w Bytomiu S.A. , która obejmuje dwa przedmiotowe autobusy posiadające numery inwentarzowe 7203 i 7204 odnoszące się do IKARUSÓW o nr rej. SY34073 i 24013.

W trakcie rozprawy Wice Prezes Zarządu Stanisław Paks opuścił salę rozpraw i po jakimś czasie wrócił składając poprzez radcę prawnego Odwołującego jako dowód w sprawie wydruk strony internetowej Wojewódzkiego Portalu Komunikacyjnego z którego wynika, że "Transkom (na podstawie umowy użyczenia) zgłosił dwa ikarusy 280.70 E z 1995 roku (bytomskie numery 7202 i 7203). Według oświadczenia oferenta autobusy te przeszły nawet 9 i 10 czerwca br. badania techniczne. Tymczasem okazuje się, że...autobusy te co najmniej od czerwca gniją pocięte na kawałki na złomowisku w Zawierciu !" Wydruk odsyła do zdjęć ikarusów na złomowisku w Fotogalerii Transportowej : 7202 , 7203.

Z wyjaśnień złożonych przez pełnomocników Zamawiającego wynika, że nie kwestionują złomowania i wyrejestrowania Ikarusów. Niemniej uważają, że wystarcza, iż autobusy nie były złomowane na dzień otwarcia ofert.

Ponadto przedłożyli pismo z dn.16.07.2008r. Transkom Sp.j. z którego wynika, że autobusy Ikarus zostały wyzłomowane i proponują w to miejsce lepsze z rocznika 97 a nie 95 jak w ofercie. Pełnomocnicy na rozprawie nie byli w stanie wyjaśnić dlaczego w kopii dokumentacji przetargowej sporządzonej na dzień 08.08.2008r. do Prezesa UZP nie znajdowało się to pismo. Niemniej obaj pełnomocnicy wyjaśnili, że pismo Transkom nie zostanie rozpoznane do dnia rozstrzygnięcia protestu. Przy czym pełnomocnik pełniący obowiązki sekretarza komisji przetargowej stwierdził, że komisja się tą sprawą zajmowała ale nie sporządziła protokołu z posiedzenia.

W ocenie Izby Odwołujący nie złożył jednoznacznych dowodów na twierdzenie, że 24.06.2008r. Ikarusy były pocięte (złomowane). Niemniej już co najmniej w dniu 16.07.2008r. były złomowane co potwierdza TRANSKOM w piśmie przedłożonym przez Zamawiającego w dniu rozprawy do akt sprawy czyli niespełna miesiąc po złożeniu oferty. Pomimo, iż Zamawiający posiada pisemne oświadczenia o niezłomowaniu autobusów w dniu 24.06.2008r. to sposób pytań w tej kwestii do adresatów (DAN ZŁOM i TRANSKOM) jest w oczywisty sposób sugerujący jakiej odpowiedzi Zamawiający oczekuje to jest przywołuje datę 24.06.2008r. Również nie przekonywująca jest argumentacja TRANSKOM w piśmie z dnia 16.07.2008r., że złomowanie nastąpiło dla lepszego świadczenia usług Zamawiającemu. Bowiem z doświadczenia życiowego i zasad gospodarki rynkowej wynika, że celem prowadzenia działalności gospodarczej jest maksymalizacja zysku. Tak więc nie przekonywujące jest uzasadnienie zmiany autobusów poprzez ich złomowanie dla zrobienia lepiej Zamawiającemu a sobie gorzej to jest TRANSKOM-owi. Tym bardziej, że ze złożonej oferty wynika, że Ikarusy 9 i 10 czerwca 2008r przeszły przegląd techniczny. Żaden rozumny i rozsądny przedsiębiorca nie skasuje pojazdu w niespełna miesiąc po pozytywnym wyniku przeglądu technicznego.

Okoliczności, a w szczególności data złomowania nie jest wyjaśniona, ponieważ mimo społecznej inicjatywy młodych internautów entuzjastów regionalnej komunikacji miejskiej, Odwołujący nie dołożył staranności przedłożenia w poczet dowodów umieszczonych zdjęć w Internecie pociętych IKARUSÓW ze wskazaniem daty ich umieszczenia.

Natomiast wątpliwości co do daty złomowania budzi również okoliczność zawarcia umowy użyczenia w dniu 15.05.2008r. z datą obowiązywania do 2012r., zgodnie z którą TRANSKOM przejmuje autobusy czyli również dowody rejestracyjne. W związku z tym jak mogło dojść do zniszczenia poprzez pocięcie autobusów przez DAN-ZŁOM a później ich wyrejestrowania skoro zgodnie z umową pozostawały we władaniu TRANSKOM.

Można jedynie przypuszczać, że akcja młodych internautów, którzy wysledzili, iż pocięte IKARUSY na składowisku w Zawierciu są zaoferowane do świadczenia usług Zamawiającemu oraz złożony protest, spowodowały zawarcie umowy użyczenia z datą 15.05.2008r. oraz wyrejestrowanie IKARUSÓW w dniu 23.07.2008r.

z powodu wcześniejszego złomowania.

Niemniej jednak w toku postępowania odwoławczego faktyczna data złomowania IKARUSÓW nie została udowodniona.

Skład orzekający Izby również uznaje nie udowodnioną datę złożenia pisma TRANSKOM z dnia 16.07.2008r., rzekomo w dniu 17.07.2008r. do Zamawiającego informującego o złomowaniu i propozycji zmiany autobusów, wobec nie przekazania tego pisma wraz dokumentacją przetargową do Prezesa UZP, której kopię sporządzono na dzień 08.08.2008r.

Przy czym obydwie okoliczności uznane za nie udowodnione nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Reasumując z dokumentacji przetargowej w sprawie oraz wyjaśnień stron na rozprawie wynika, że pomimo zawarcia umowy użyczenia w dniu 15.05.2008r. i przekazania Wykonawcy wybranemu TRANSKOM autobusów, Użyczący DAN-ZŁOM wbrew zawartej umowie użyczenia wyzłomował i wyrejestrował autobusy pomimo, że niespełna na dwa tygodnie przed terminem składania ofert miały przeprowadzone badania techniczne, a przyczyną ich skasowania przez ich właściciela (DAN-ZŁOM) nie były jakkolwiek zdarzenia losowe (np: awaria) tylko fakt, że Wykonawca wybrany nabył od Użyczącego DAN-ZŁOM nowsze autobusy.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że Wykonawca wybrany (TRANSKOM) nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ jego oświadczenie w „Wykazie Autobusów Przeznaczonych do obsługi Linii 114” nie jest aktualne przez cały okres związania ofertą tak jak tego wymaga Zamawiający w pkt 5 SIWZ poprzez zapis „Przed podpisaniem umowy Zamawiający zastrzega sobie możliwość oględzin autobusów zaproponowanych do realizacji zamówienia”, ponieważ z własnej inicjatywy, w sposób nie wymuszony przez okoliczności

niezależne od jego woli wyzbył się IKARUSÓW przez ich złomowanie po otwarciu ofert. Wobec ustalonych zapisów w SIWZ Wykonawca wybrany powinien dysponować sprzętem przez cały okres związania ofertą.

Skoro w sprawie bezspornie ustalono, że po otwarciu ofert Wykonawca wybrany z własnej inicjatywy (pismo z dnia 16.07.2008r. doręczone do akt sprawy na rozprawie w dniu 20.08.2008r.) wyzbył się dwóch IKARUS-ów to znaczy, że w wykazie taboru autobusowego załączonym do oferty wykazał nieprawdę w zakresie pozycji 3 i 4, w których zaoferował przedmiotowe IKARUS – y.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że zarzut poświadczenia nieprawdy dotyczy tylko konkretnej daty złożenia oferty t.j. dnia 24.06.2008r. Skoro SIWZ wymaga dysponowania wykazanim w ofercie taborom autobusowym przez cały okres trwania postępowania o udzielenie zamówienia to w przypadku złamania tej reguły w czasie trwania postępowania zarzut nieprawdy może odnosić się nie tylko do daty złożenia oferty (daty otwarcia oferty), ale także w całym czasie związania ofertą , co miało miejsca w przedmiotowej sprawie.

Tak więc Izba uznaje za słuszny zarzut podania nieprawdziwych informacji poprzez zdezaktualizowanie Wykazu autobusów po otwarciu ofert czym Wykonawca wybrany naruszył art.24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp przez co powinien być wykluczony, a jego oferta odrzucona zgodnie z art. 24 ust.4 ustawy Pzp., ponieważ nie wykluczenie jego z postępowania spowodowało, iż Odwołujący nie uzyskał zamówienia.

Tym samym Wykonawca wybrany TRANSKOM nie oferuje Zamawiającemu wykonanie usług autobusowego transportu publicznego zgodnie ze złożoną ofertą i wymogami SIWZ, co obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego w myśl art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. z powodu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. Bowiern to Zamawiający tak sformułował SIWZ, że załączony do oferty Wykaz autobusów stanowi także treść oferty (pkt 5 formularza ofertowego) i nie może być oceniany tylko w kontekście spełnienia warunków podmiotowych udziału w postępowaniu i to tylko na dzień 24.06.2008r. to jest termin składania ofert, ale Wykaz ten także służy do oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ w całym okresie związania ofertą.

W związku z tym, że po upływie niespełna miesiąca od upływu terminu składania ofert to jest w okresie od 24.06.2008r. do 16.07.2008r. Wykonawca wybrany TRANSKOM dopuścił do złomowania IKARUSÓW, a przez to zdezaktualizował Wykaz autobusów, którymi zgodnie z wymogami SIWZ ma realizować zamówienie to Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę Wykonawcy wybranego TRANSKOM Sp.j. Henryk Rusnak ,Paweł Augustyniak ul. Zakładowa 4, 41-940 Piekary Śląskie.

W przedmiotowej sytuacji nie może mieć zastosowania art.140 ust.2 ustawy Pzp, zresztą przeznaczony do uchulenia przy najbliższej nowelizacji ustawy, ponieważ zgodnie z jego brzmieniem inicjatorem ewentualnej zmiany sposobu wykonania umowy może być zamawiający, a wykonawca może tylko na to wyrazić zgodę. Powyższe wynika z faktu, że inicjatorem zmiany sposobu wykonania umowy jest TRANSKOM, który złożył taki wniosek do Zamawiającego pismem z dnia 16.07.2008r., a nie Zamawiający.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*