

**WYROK/POSTANOWIENIE<sup>z</sup>**

**z dnia 11 czerwca 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska

**Członkowie:** Renata Tubisz  
Barbara Bettman

**Protokolant:** Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie<sup>\*</sup> w dniu ~~w dniach~~<sup>\*</sup> 11 czerwca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum firm MENNICA POLSKA S.A. – Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Pereca 21 i Merona Poland sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Dembowskiego 45 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach, ul. Głowackiego 4** protestu / protestów<sup>\*</sup> z dnia 19 maja 2008r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego przez **Konsorcjum firm : R&G PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, ul. Traugutta 7 oraz Elgeba Gerätebau GmbH, Eudenbacher Str. 10-12, 53604 Bad Honnef, Niemcy** - po stronie zamawiającego<sup>\*</sup>.

**orzeka:**

**1 oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm MENNICA POLSKA S.A. – Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Pereca 21 i Merona Poland sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Dembowskiego 45 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 **Konsorcjum firm MENNICA POLSKA S.A. – Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Pereca 21 i Merona Poland sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Dembowskiego 45;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: 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 firm MENNICA POLSKA S.A. – Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Pereca 21 i Merona Poland sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Dembowskiego 45**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 80 sztuk automatów do sprzedaży biletów oraz zainstalowanie ich w autobusach zostało wszczęte przez Zamawiającego – Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach, ul. Głowackiego 4 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 13 marca 2008r. za numerem 2008/S 51-069556.

W dniu 12 maja 2008r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum firm : R&G PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, ul. Traugutta 7 oraz Elgeba Gerätebau GmbH, Eudenbacher Str. 10-12, 53604 Bad Honnef, Niemcy, wskazując, iż jest to jedyna ważna oferta oraz dokonał wykluczenia Konsorcjum firm MENNICA POLSKA S.A. – Lider Konsorcjum z siedzibą w Warszawie, ul. Pereca 21 i Merona Poland sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Dembowskiego 45 – zwanego dalej Odwołującym, z uwagi na brak wymaganego doświadczenia i złożenie w tym zakresie nieprawdziwego oświadczenia. Skutkiem wykluczenia Odwołującego było odrzucenie jego oferty.

W dniu 19 maja 2008r. od tego rozstrzygnięcia wniósł protest Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt. 2, art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1 w związku

z art. 2 pkt. 5, art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 – zwanej w skrócie ustawą). Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz o dokonanie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty najkorzystniejszej jako niezgodnej z specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz), uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że Zamawiający w siwz postawił warunek, aby wykonawca w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania zrealizował dostawy o wartości nie mniejszej niż 2 mln. zł., których przedmiotem były automaty do sprzedaży biletów w autobusach lub innych środkach komunikacji miejskiej. Na tę okoliczność wykonawcy mieli przedłożyć wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania dostaw automatów do sprzedaży biletów w autobusach lub innych środkach komunikacji miejskiej, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem wartości, dat wykonania i odbiorców na załączniku nr 4 do siwz oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należycie. Odwołujący powołał się, że z art. 6 ust. 2 ustawy wynika obowiązek stosowania do przedmiotowego zamówienia przepisów dotyczących dostaw. Wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006r. nr 87 poz. 605), wynika, że Zamawiający może żądać wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w realizacji dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Przedmiotem niniejszego postępowania jest dostawa w rozumiana zgodnie z ustawą czyli m. in. zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy, a nie w sposób rozumiany w kodeksie cywilnym. Odwołujący przedłożył wykaz wykonanych dostaw automatów do sprzedaży biletów autobusowych w okresie od 04.2005 do 04.2008, z którego wynika, że w dniu 21 sierpnia 2006r. wykonał dostawę, montaż i konserwację automatów biletowych dla MZK Zielona Góra o wartości 2 542 000zł. i przedłożył na potwierdzenie tego faktu referencję wydaną na podstawie umowy z dnia 09.02.2001r. wraz z dwoma aneksami z 23.03.2001r. i 12.02.2002r. Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał go do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Wyjaśniając Odwołujący wskazał, że wartość dostawy 110 automatów wynosiła 2 381 440zł. Przywołał w tym zakresie wyrok Zespołu Arbitrów sygn. akt UZP/ZO/0-2953/06 z dnia 20 grudnia 2006r. oraz wskazał, że zgodnie z umową sprzedaży wykonał to zamówienie w dniu 21 sierpnia 2006r.. Wywiódł powyższe z § 3 aneksu nr 1 do umowy o § 8 ww. umowy. Powołał się na odpłatność umów o zamówienia publiczne wynikającą z art. 2 pkt 13 ustawy. Dodatkowo wskazał, na wyroki Zespołów Arbitrów sygn. akt UZP/ZO/0-40/07 z dnia 22 stycznia 2007r. oraz sygn. akt UZP/ZO/0-2840/06 z dnia 30 listopada 2006r. Z tego

też względu, zdaniem Odwołującego wykaz przez niego złożony był rzetelny i zgodny z prawdą i nie zachodziły przesłanki do wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. W zakresie zarzutów co do zaniechania Zamawiającego polegającego na nieodrżuceniu oferty wybranej Odwołujący podniósł, że oferowany przez wybranego automat TICOMAT 810 – automat mobilny nie odpowiada treści siwz, gdyż :

1. obudowa automatu jest lakierowana, a nie pomalowana proszkowo jak wymagał Zamawiający,
2. opis parametrów technicznych nie zawiera danych na temat akumulatora, a Zamawiający wymagał wbudowanego akumulatora umożliwiającego zakończenie transakcji w przypadku braku zasilania, :
3. w ofercie wybranej dane dotyczące obsługi i sygnalizacji nie są wystarczające, wykonawca wybrany podał tylko wyświetlacz: graficzny 9,4, LCD – Display, VGA, klawiatura : technologia Softkey, 12 tast ze stali nierdzewnej, natomiast brak informacji co do zabezpieczenia wyświetlacza, ekranu startowego, menu hierarchicznego, ilości klawiszy, ich podświetlenia i zabezpieczenia, optycznych i akustycznych potwierdzeń opcji wyboru, obsługi w języku polskim
4. w zakresie systemu pieniężnego podobnie brak wszystkich wymaganych danych, w ofercie jest : czytnik monet : elektroniczny, dopuszczalne monety : 5gr, 10gr, 20gr, 50gr, 1zł, 2zł, 5zł, ilość pojemników na monety : 5 zasobników wydawania reszty/1 kasetę końcową, ilość monet w zasobnikach wydawania reszty : w każdym zasobniku 67 monet, dowolnie definiowany rodzaj monet, pojemność kasety końcowej : 3 l, Zamawiający zaś wymagał ponadto możliwości zmiany akceptowalnych monet, możliwości regulacji czułości czytnika monet, wlotu monet szczelinowego z pojedynczym wrzutem, przystosowania do waluty euro, bez konieczności wymiany czytnika, w przypadku rezygnacji z zakupu lub nie zaakceptowania wrzuconej monety zwrotu fizycznie tej samej monety.
5. w zakresie obsługi karty elektronicznej oferta wybrana nie potwierdza rozbudowy o czytnik bezstykowej karty elektronicznej oraz spełniania wymogów siwz w zakresie obsługi tej karty,
6. odnośnie wydruku biletów oferta wybrana nie potwierdza zaoferowania drukarki termicznej pełnograficznej z automatycznym nożem odcinającym, możliwości druku uprzednio zdefiniowanej grafiki, oraz sprzecznie z siwz wskazuje na druk biletów z pominięciem drukowania raportów..

Nadto Odwołujący wskazał, że wykonawca wybrany nie uwzględnił informacji wymaganych przez Zamawiającego w pkt VIII – XV załącznika 1 do siwz. Z tego powodu Odwołujący uważa, że treść oferty wybranej nie odpowiada treści siwz i powinna ulec odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Zamawiający w dniu 19 maja 2008r. zawiadomił wykonawców o wpłynięciu protestu i wezwał do przystąpienia do postępowania protestacyjnego.

Konsorcjum firm : R&G PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, ul. Traugutta 7 oraz Elgeba Gerätebau GmbH, Eudenbacher Str. 10-12, 53604 Bad Honnef, Niemcy, zwany dalej wykonawcą wybranym przystąpił do postępowania protestacyjnego w dniu 21 maja 2008r. wnosząc o oddalenie odwołania. Wykonawca wybrany podniósł, że z uwagi na fakt, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a protest zmierza do pozbawienia go możliwości uzyskania zamówienia, to ma on interes prawny w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego. Wykonawca wybrany podniósł, że nie można zgodzić się z tezą Odwołującego, że znaczenie ma nie faktyczny termin wykonania dostawy, ale termin zapłaty. Taka teza jest sprzeczna z celem badania zdolności podmiotowej wykonawcy jakim jest sprawdzenie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Powołał się na treść § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Wskazał, że przepis ten nie wspomina o zapłacie wynagrodzenia przez Zamawiającego. Zarzuty formułowane przez Odwołującego dotyczące oferty wykonawcy wybranego nie zostały przez Odwołującego udowodnione, a są oparte jedynie na treści ogólnego folderu reklamowego, który nie uwzględnia wszystkich szczegółowych możliwości technicznych oferowanego sprzętu. Załączenie tego folderu nie było obowiązkowe, ani też Zamawiający nie określił żadnych szczególnych sposobów potwierdzania zgodności oferty z oczekiwanymi w siwz parametrami technicznymi.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 28 maja 2008r. przez jego oddalenie. Podniósł, że Odwołujący błędnie wywodzi, że datą wykonania zamówienia, na które powołuje się w wykazie jest 21 sierpnia 2006r. Termin ten jest jedynie terminem płatności ostatniej raty za dostawę automatów. Natomiast pojęcie dostawy należy rozumieć zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy jako umowę sprzedaży rzeczy. W tym zaś aspekcie rozstrzygające znaczenie ma treść art. 155 kc w związku z art. 14 ustawy, że umowa sprzedaży zobowiązująca do przeniesienia własności rzeczy oznaczonej co do tożsamości przenosi własność na nabywcę, chyba, że przepis szczególny stanowi inaczej albo że strony inaczej postanowiły, a jeśli przedmiotem umowy są rzeczy oznaczone co do gatunku, to do przeniesienia własności rzeczy potrzebne jest przeniesienie posiadania. To samo dotyczy przypadku, gdy przedmiotem sprzedaży są rzeczy przyszłe. W umowie, na którą powołuje się Odwołujący nie było zastrzeżenia, że terminem przejścia własności automatów jest termin spłaty ostatniej raty. Wobec braku takiego zastrzeżenia dniem nabycia automatów przez Miejski Zakład Komunikacji w Zielonej Górze był dzień zawarcia umowy, pod warunkiem, że automaty są rzeczami oznaczonymi co do tożsamości, a gdyby były rzeczami oznaczonymi co do gatunku, to terminem nabycia jest dzień ich przekazania. To samo dotyczy sytuacji gdyby nie były jeszcze wytworzone. W pierwszym przypadku nabycie automatów nastąpiło w dniu 9 lutego 2001r., a w drugim w dniu przekazania kupującemu to jest nie później niż 30 czerwca 2001r., w odniesieniu do 80 sztuk i w dniu 30 czerwca 2002r. w odniesieniu do dodatkowej partii 12 automatów. Z tego względu fakt nieprawdziwości złożonych informacji został

udowodniony pisemnymi oświadczeniami pracowników Zamawiającego : Piotra K. i Marcina P. oraz pisemnym oświadczeniem Miejskiego Zakładu Komunikacji w Zielonej Górze. Odnośnie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wybranej Zamawiający wskazał, że kwestionowane zapisy pochodzą z ulotki reklamującej automat do sprzedaży biletów o nazwie ticomat 810, który został wymieniony wśród dostaw, jakie wykonało wybrane Konsorcjum w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, potwierdzających ich doświadczenie w wykonywaniu podobnych dostaw. Zamawiający nie wymagał od wykonawców, aby dołączali do swoich ofert tak szczegółowego opisu parametrów technicznych. Nie można zatem tylko z tego faktu, że ulotka została bezpodstawnie załączona do oferty wywodzić negatywnych skutków dla wykonawcy wybranego. Warunkiem zgodności oferty z siwz było załączenie tylko i wyłącznie dokumentów żądanych przez Zamawiającego. Zamawiający nie wymagał, aby w treści oferty uwzględniać informacje wymagane przez Zamawiającego zawarte w pkt VIII – XV załącznika nr 1 do swiz i również z tego powodu oferta wybrana nie może być odrzucona. Z treści swiz nie wynika, że przedmiotem postępowania jest dostawa automatów o nazwie ticomat 810, ale zakup automatów spełniających parametry określone w załączniku nr 1 do siwz. Bez znaczenia prawnego jest zatem czy ticomat 810 spełnia wymagania techniczne Zamawiającego. Oferta Konsorcjum wybranego zawiera wyraźne zobowiązanie do dostawy 80 sztuk automatów, których wymagane parametry techniczne zostały określone w załączniku nr 1 do siwz, a ocena czy dostarczone automaty to zobowiązanie wypełniają zostanie dokonana przez Zamawiającego po dostawie, montażu i przeprowadzeniu prób przez Zamawiającego. Gdy nie spełnią wymogów, wówczas Zamawiający nie dokona odbioru. Z tego względu nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W dniu 2 czerwca 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym podtrzymał wszystkie swoje zarzuty oraz twierdzenia i argumentację, a wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz o dokonanie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty najkorzystniejszej jako niezgodnej z specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz), uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą oraz o zasądzenie kosztów postępowania na jego rzecz.

Na dowód swoich twierdzeń Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z umowy sprzedaży zawartej pomiędzy nim, a Miejskim Zakładem Komunikacji w Zielonej Górze z dnia 9 lutego 2001r., aneksu nr 1 do tej umowy z dnia 23 marca 2001r., aneksu nr 2 do tej umowy z dnia 12 lutego 2002r. oraz potwierdzenia przelewu bankowego z dnia 7 sierpnia 2006r. na okoliczność ustalenia faktu, że umowa została wykonana w dniu 21 sierpnia 2006r. oraz, że wartość dostawy odpowiada danym wskazanym w wykazie wykonanych dostaw automatów do sprzedaży biletów autobusowych w okresie od 04.2005 do 04.2008r.

W dniu 9 czerwca 2008r. wykonawca wybrany przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał swoją argumentację podniesioną w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego oraz dodatkowo powołał się na wyrok KIO z 13 lutego 2008r. sygn. akt KIO/UZP 60/08 oraz podzielił stanowisko Zamawiającego wyrażone w rozstrzygnięciu protestu i przytoczył stanowisko doktryny K. Pietrzykowski. Kodeks cywilny. Komentarz C.H. Beck Legalis 2008r.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny**

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w pkt 3 siwz postanawiając, że przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż w autobusach automatów do sprzedaży biletów komunikacji miejskiej w Kielcach. Szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia zostały określone w załączniku nr 1 do niniejszej siwz. W załączniku nr 1 do siwz oraz w załączniku nr 1 do wzoru umowy Zamawiający w sposób szczegółowy opisał swoje wymagania w zakresie dostarczanych automatów. W pkt 7 siwz Zamawiający zawarł warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Zgodnie z pkt 7.1.2 o zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania zrealizowali dostawy o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 PLN, których przedmiotem były automaty do sprzedaży biletów w autobusach lub innych środkach komunikacji miejskiej. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mieli załączyć – wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania dostaw automatów do sprzedaży biletów w autobusach lub innych środkach komunikacji miejskiej, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, dat wykonania i odbiorców na załączniku nr 4 do siwz oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należycie. W pkt 7 siwz Zamawiający nie postawił żadnych warunków odnoszących się do przedmiotu zamówienia. W przypadku składania oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w pkt 7.2 siwz Zamawiający nałożył obowiązek ustanowienia pełnomocnika oraz przedłożenia w ofercie dokumentu zawierającego pełnomocnictwo w celu ustalenia podmiotu uprawnionego do występowania w imieniu wykonawców w sposób umożliwiający ich identyfikację. W przypadku składania ofert przez podmioty występujące wspólnie warunki dotyczące doświadczenia oraz potencjału ekonomicznego i technicznego podlegały sumowaniu. W pkt 12.1 siwz Zamawiający zawarł wykaz dokumentów, które należało dołączyć do oferty, a w pkt. 4 tego wykazu znajdował się wykaz wykonanych dostaw automatów. Wśród tego wykazu nie znajdował się żaden dokument odnoszący się do przedmiotu zamówienia jak np. folder, ulotka, próbka, opis techniczny. Jedynym kryterium oceny, zgodnie z pkt 19.1 siwz była cena. Formularz ofertowy – załącznik nr 2 do siwz, nie zawierał pól pozwalających na dokładny opis przedmiotu zamówienia. W dniu 4 kwietnia

2008r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na zapytania wykonawców dotyczące przedmiotu zamówienia i w tych odpowiedziach nie zawarł informacji o konieczności załączenia do oferty dokumentu opisującego oferowane automaty.

W ofercie Odwołującego na stronie 30 znajduje się załącznik nr 4 - wykaz wykonanych dostaw automatów do sprzedaży biletów w autobusach w okresie od 04.2005 do 04.2008. w tym wykazie Odwołujący wskazał na wykonanie „dostawy, montażu i konserwacji automatów biletowych dla MZK Zielona Góra”. Odbiorcą dostawy był Miejski Zakład Komunikacji, ul. Chemiczna 8, Zielona Góra. Wedle wykazu wykonanie nastąpiło w dniu 21 sierpnia 2006r., a wartość dostawy wynosiła 2 542 000 PLN. Do wykazu załączono list referencyjny – str 31 oferty, z którego wynika, że współpraca KZK Zielona Góra z firmą Merona Poland sp. z o.o. trwa od 1994r. i od tego czasu odbiorca nabył 21 automatów stacjonarnych i 110 automatów biletowych przewoźnych. Z treści listu wynika, że dostawy zostały wykonane należycie. Natomiast w liście brak dokładnych dat pozwalających na przyjęcie czasookresu wykonywania dostaw. Na stronie 32 oferty znajduje się także referencja Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego S.A. w Krakowie, ul. Św. Wawrzyńca 13, z której wynika, że firma Merona Poland sp. z o.o w okresie 2000 – 2003r. dostarczyła i zamontowała 26 sztuk automatów mobilnych TL900K, a w 2005r. 3 szt. Automatów Ticomat 945 i wywiązała się ze swoich obowiązków należycie. Odwołujący w ofercie nie załączył szczegółowego opisu oferowanych automatów. W ofercie wykonawcy wybranego na stronach 3 – 4 znajduje się opis systemu komunikacji pasażerskiej opisujący automat mobilny o nazwie TICOMAT 810.

W dniu 23 kwietnia 2008r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy wybranego oraz do Odwołującego o wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy złożonych dokumentów. Obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia w terminie. W dokumentacji Zamawiającego znajdują się dwa oświadczenia pracowników Zamawiającego: Piotra K. z dnia 28 kwietnia 2008r. i Marcina P. z dnia 29 kwietnia 2008r. Z oświadczeń tych wynika, że pracownicy Zamawiającego odbyli delegację do MZK w Zielonej Górze i ustalili, że w ostatnich trzech latach Odwołujący dostarczył do MZK jedynie pojedyncze sztuki automatów, natomiast większość automatów została dostarczona w 2001r. W dniu 28 kwietnia 2008r. Zamawiający wystąpił z pismem do MZK w Zielonej Górze z zapytaniem czy w okresie od 12 marca 2005r. do 11 marca 2008r. firmy Mennica Polska SA lub Merona Poland sp. z o. dostarczyły do MZK w Zielonej Górze automaty do sprzedaży biletów w autobusach lub innych środkach komunikacji miejskiej, a jeżeli tak, to która z tych firm, w jakim okresie i na jaką wartość. W dniu 29 kwietnia 2008r. MZK w Zielonej Górze udzieliło odpowiedzi, że w okresie 12 marca 2005r. – 11 marca 2008r. firmy Mennica Polska S.A. i Merona Poland nie dostarczały do MZK Zielona Góra automatów do sprzedaży biletów w autobusach lub innych środkach komunikacji miejskiej



Izba dopuściła następujące dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień Zamawiającego do siwz, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty wybranej oraz oferty Odwołującego, a także z umowy sprzedaży zawartej pomiędzy nim, a Miejskim Zakładem Komunikacji w Zielonej Górze z dnia 9 lutego 2001r., aneksu nr 1 do tej umowy z dnia 23 marca 2001r., aneksu nr 2 do tej umowy z dnia 12 lutego 2002r. oraz potwierdzenia przelewu bankowego z dnia 7 sierpnia 2006.

**Izba zważyła, co następuje :**

1. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy, art. 24 ust. 2 pkt. 2 i art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Rację ma Zamawiający twierdząc, że umowa z dnia 9 lutego 2001r. została wykonana przez Odwołującego najpóźniej z dniem 30 czerwca 2002r., a więc wykonanie umowy nie mieści się w czasookresie wynikającym z warunku postawionego przez Zamawiającego w pkt siwz, to jest wykonania zamówienia odpowiadającego przedmiotowemu zamówieniu nie wcześniej niż przed kwietniem 2005r. Należy stwierdzić, że umowa z dnia 9 lutego 2001r. jest niewątpliwie umową dostawy w rozumieniu pojęcia dostawy zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy. Jednakże dokonując oceny tej umowy na gruncie kodeksu cywilnego przy odpowiednim zastosowaniu art. 14 ustawy należy wskazać, że jest to umowa sprzedaży – art. 535 i nast. Kc, przy czym w zakresie swobody umów strony określiły w umowie płatność ceny w ratach (tzw. kredyt kupiecki) oraz sprzedawca zobowiązał się do montażu automatów w autobusach. Umowa sprzedaży jest umową wzajemną, zatem do oceny kiedy zachodzi jej wykonanie należy zastosować przepisy działu III tytułu VII księgi III kodeksu cywilnego. Świadczeniem Odwołującego jest w tym przypadku przeniesienie własności i wydanie automatów do sprzedaży biletów oraz ich montaż w autobusach Zamawiającego, natomiast ekwiwalentnym świadczeniem MZK jest zapłata umówionej ceny. Art. 488 § 1 kc stanowi, że świadczenia wzajemne powinny być spełnione jednocześnie, chyba że z umowy, z ustawy albo orzeczenia sądu lub decyzji innego właściwego organu wynika, iż jedna ze stron obowiązana jest do wcześniejszego świadczenia. W badanej umowie strony zastrzegły automaty do sprzedaży biletów będą dostarczone w terminie 120 dni od podpisania umowy, a montaż wykonywany będzie sukcesywnie w miarę udostępniania pojazdów - § 2 umowy. Z tego wynika, że dostawa automatów miała nastąpić nie później niż do dnia 9 czerwca 2001r.. Zapis ten został zmieniony aneksem nr 1, który w § 1 określił termin dostawy na dzień 30 czerwca 2001r. Natomiast MZK miał dokonać pierwszej wpłaty kwoty 97 600zł. w ciągu 14 dni od wystawienia faktury, a pozostałą część ceny wraz z kosztami bankowej obsługi ratalnej spłacana miała być w 60 miesięcznych ratach płatnych z prowizji od wartości sprzedanej

biletów lecz nie mniej jak 40 000zł. brutto miesięcznie do 10 dnia każdego miesiąca -§ 3 umowy. Z tego zapisu wynika, że zapłata ostatniej raty powinna nastąpić w terminie pięciu lat od daty wystawienia faktury. Postanowienia tego zapisu zostały zmienione aneksem nr 1 w którym postanowiono, że pierwsza wpłata w wysokości 298 000zł. płatna będzie nie później niż do 60 dni od daty wystawienia faktury, natomiast pozostała część ceny – 2 542 000zł. płatna wraz z prowizją 4% po nie mniej jak 37 400zł. miesięcznie począwszy od miesiąca sierpnia 2001r. w nie więcej jak 60 ratach. Z tych zapisów wynika, że ostatnia część ceny miała zostać przez MZK zapłacona do 10 sierpnia 2006r. Z tymi terminami należy skonfrontować warunek postawiony przez Zamawiającego. Warunek ten badał posiadanie doświadczenia przez wykonawców w realizowaniu dostaw. Natomiast Zamawiający nie badał w tym przypadku zdolności płatniczych kupującego. W tej sytuacji należy stwierdzić, że Odwołujący wykonał umowę najpóźniej w 2002r.. W tej sytuacji należy stwierdzić, iż data ta nie mieści się w określonym przez Zamawiającego i wynikającym z § 1 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów czasookresie. Jest znacznie wcześniejsza. Dlatego dla oceny spełniania warunku bez znaczenia jest fakt, kiedy MZK dokonał płatności ostatniej raty. Nie ma także wpływu na ocenę fakt, że Odwołujący w tej umowie zobowiązał się do świadczeń dodatkowych takich jak zapewnianie części zamiennych w okresie pogwarancyjnym § 5 umowy, części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych do oferowanych urządzeń w okresie 10 lat czy przystosowania odpłatnego urządzeń w przypadku zmian fiskalnych, lub przystosowania odpłatnego automatów do prowadzenia sprzedaży przy użyciu karty elektronicznej. Te dodatkowe obowiązki określone w umowie mają charakter zobowiązania przedwstępного, nie znana jest wielkość i zakres zobowiązania, jego wartość określana osobnymi umowami, często także czasookres ich świadczenia. Nie sposób zatem przyjąć, że świadczenie to jest na tyle realne, aby stanowiło dodatkowy obowiązek umowny do momentu skonkretyzowania. A nawet w przypadku jego zaistnienia dodatkowe świadczenie będzie świadczone na podstawie odrębnej umowy i nie wywiera skutków w ramach czasu trwania umowy z dnia 9 lutego 2001r. Odnośnie zaś aneksu nr 2 do umowy. Należy wskazać, że aneks ten w ocenie ustawy z dnia 10 czerwca 1994r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 1998 r. Nr 119, poz. 773, z 1999 r. Nr 45, poz. 437, z 2000 r. Nr 12, poz. 136, Nr 93, poz. 1027 i Nr 110, poz. 1167 oraz z 2001 r. Nr 56, poz. 580 i Nr 76, poz. 813 z ost. nowelizacją Dz. U. z 2001 nr 113 poz. 102 aktualny na dzień zawarcia aneksu) należało traktować jako osobną umowę podlegającą zawarciu w trybie ustawy prawo zamówień publicznych, a to z mocy art. 6 pkt 7 tej ustawy i art. 2 ust. 2 tej ustawy. Wartość bowiem dodatkowego zakupu wynosiła 240 000zł. brutto, co stanowi przy przyjęciu kursu euro w miesiącu lutym 2002r. na poziomie 3,6414 równowartość 65 908, 72 euro. Wówczas próg, od którego istniał obowiązek stosowania ustawy wynosił 3 000 euro. Aneks nr 2 był zatem odrębną umową. Nawet gdyby jednak przyjąć, że zwiększenie

wynikające z aneksu jest związane z umową z dnia 9 lutego 2001r., to i tak data dostawy przypadając na dzień 30 czerwca 2002r. nie mieściła się w czasookresie zakreślonym przez Zamawiającego. Mając powyższe na uwadze Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy, art. 24 ust. 2 pkt. 2 i art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy i prawidłowo wykluczyła Odwołującego i odrzuciła jego ofertę.

2. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i art. 91 ust. 1 ustawy poprzez nie odrzucenie oferty wybranej pomimo, że jej treść nie odpowiada treści siwz.

Należy przyznać rację Zamawiającemu i wykonawcy wybranemu, że nie było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy wybranego. W żadnym punkcie ogłoszenia, ani siwz Zamawiający nie zawarł wymagań przedstawienia, opisu oferowanych urządzeń. Taki wymóg nie znalazł się także w pkt 12 siwz określającym dokumenty, które miały być załączone do oferty. Sam Odwołujący również nie zawarł w swojej ofercie informacji na temat oferowanego sprzętu. Zamawiający nie mógł zatem dokonywać oceny oferty w oparciu o dokument niewymagany przez niego. Przeciwnie dokonanie takiej oceny stanowiłoby nierówne traktowanie wykonawców. Z jednej bowiem strony w lepszej sytuacji byłby ten, kto nie załączył opisu przedmiotu oferowanej dostawy, a w gorszej ten, który załączył dokument niewymagalny. Samo załączenie folderu reklamowego do oferty nie przesądza jeszcze, że zaoferowany sprzęt nie odpowiada wymogom określonym przez Zamawiającego. Z charakteru folderu reklamowego wynika, że ma on jedynie znaczenie handlowe, podaje najczęściej podstawowe informacje o produkcie, mające zainteresować potencjalnych nabywców. Nie zawiera jednak szczegółowych danych technicznych. Folder tworzony jest najczęściej dla produktów standardowych, oferowanych na potrzeby szerokiego rynku odbiorców, a nie na potrzeby konkretnego nabywcy. Tym samym Odwołujący nie wykazał w drodze innych dowodów, że rzeczywiście wykonawca wybrany ma zamiar dostarczyć Zamawiającemu konkretny model wynikający z folderu, bez uwzględnienia oczekiwań Zamawiającego zawartych w załączniku nr 1 do siwz. W samym formularzu oferty złożonym tak przez Odwołującego jak i wykonawcę wybranego nie było wskazania konkretnego typu czy modelu oferowanego automatu. Nadto wykonawca wybrany podpisując formularz ofertowy przyjął na siebie zobowiązanie następującej treści „oświadczamy, iż zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na warunkach określonych we wzorze umowy (...)” czyli zobowiązał się do wykonania umowy na warunkach określonych przez Zamawiającego. Warunki te zgodnie z pkt. 21.1 siwz zostały zawarte w załączniku nr 5 do siwz. Natomiast w załączniku nr 5 do swiz w § 1 ust. 3 Zamawiający zawarł postanowienie, że automaty powinny spełniać wymagania zawarte w Załączniku nr 1 do umowy. Z analizy załącznika nr 1 do umowy wynika, że jest on tożsamy w treści z

załącznikiem nr 1 do siwz. Biorąc to pod uwagę, wskazanym wyżej oświadczeniem wykonawca wybrany zobowiązał się do wykonania umowy i świadczenia przedmiotu tożsamego z opisanym przez Zamawiającego w siwz. Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że Zamawiający nie zaniechał czynności odrzucenia wykonawcy wybranego w sposób nieprawidłowy i właściwie nie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc także nie dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy,

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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 **Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....