Sygn. akt. KIO/UZP 75/08

WYROK
z dnia 14 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

Członkowie: **Stanisław Sadowy**
Klaudia Szczytowska- Maziarz

Protokolant: **Natalia Mierzicka**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / ~~w dniach~~* 14.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: RAR R. Olwiński, R. Wachowski Sp. J., „KORSA" Sp. z o.o., ul. Felińskiego 2b, Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, Warszawa** protestu / ~~protestów~~* z dnia 10.01.2008 r.[1]

.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: RAR R. Olwiński, R. Wachowski Sp. J., „KORSA" Sp. z o.o., ul. Felińskiego 2b, Warszawa**

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: RAR R. Olwiński, R. Wachowski Sp. J., „KORSA" Sp. z o.o., ul. Felińskiego 2b, Warszawa**

2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złoty zero groszy) przez **Konsorcjum: RAR R. Olwiński, R. Wachowski Sp. J., „KORSA" Sp. z o.o., ul. Felińskiego 2b, Warszawa** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawy reprezentowanego przez Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego

3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

4) dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: RAR R. Olwiński, R. Wachowski Sp. J., „KORSA" Sp. z o.o., ul. Felińskiego 2b, Warszawa**

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

Dnia 10 lipca 2007r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod poz. 2007/S-130-159607 ukazało się ogłoszenie Zamawiającego tj. Miasta Stołecznego Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie o zamówieniu publicznym na „Konserwację oświetlenia ulicznego na terenie m. st. Warszawa (19 części) - nr postępowania NDZP/116/PN/80/07". W tym też dniu Zamawiający udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej. Postępowanie zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 3 stycznia 2008r. Zamawiający powiadomił Odwołującego Konsorcjum firm: „RAR" R. Olwiński i R. Wachowski Sp. J. oraz „KORSA „ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej Konsorcjum RAR) o zatrzymaniu wadium oraz o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części III – Białołęka, w części VIII – Bielany,w części IX – Wola, w części XI - Śródmieście.

W dniu 10 stycznia 2008r. Odwołujący wniósł protest na dokonane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu czynności:

1. zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt.2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), (zwanej dalej w treści ustawą Pzp.). z powodu nie wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy dla części III Białołęka, dla części VIII Bielany, dla części IX – Wola, dla części XI – Śródmieście,
2. unieważnienie postępowania w części III – Białołęka na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,
3. unieważnienie postępowania w części VIII – Bielany, części IX – Wola, części XI – Śródmieście na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący w proteście zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów **art. 7 ust. 1, art. 15 i art. 18 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 14, art. 38 ust.4, art. 46 ust. 5 pkt 2, art. 93 ust.1 pkt 1, 4 i 7, art. 94 ust. 1, art. 139 ust. 2, art. 140 ust. 1 i 2, art. 147 ust. 1 i 2, art. 148 ust. 1 ustawy Pzp.**

Odwołujący wniósł w proteście o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części III – Białołęka, w części VIII – Bielany, w części IX – Wola, w części XI – Śródmieście,
2. unieważnienie czynności zatrzymania wadium,
3. doprowadzenie postępowania do stanu zgodnego z prawem oraz zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy,
4. ewentualne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu naruszenia art. 38 ust. 4 oraz art. 140 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący w uzasadnieniu protestu stwierdził, że Zamawiający nie poinformował go o terminie zawarcia umowy. W dniu 19 grudnia 2007r. Zamawiający poinformował Odwołującego o ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, wniesionego przez firmę „Święcki' Andrzej Święcki z siedzibą w Pruszkowie. W załączeniu do nn. pisma Zamawiający przesłał formularze umów z prośbą o ich podpisanie i zwrot. Pismem z dnia 20 grudnia 2007r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu uwagi dotyczące treści umowy oraz możliwości wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wybranej przez Odwołującego formie. W załączeniu do pisma Odwołujący przekazał Zamawiającemu podpisane egzemplarze umów. W odpowiedzi na pisma Zamawiającego z dnia 27 i 28 grudnia 2007r. wzywające Odwołującego do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy do dnia 31 grudnia 2007r. do godz. 12:00 Odwołujący w pismach z dnia 27 i 28 grudnia 2007r. podniósł, że bezczynność

Zamawiającego w zakresie podania informacji o dacie zawarcia umowy, okresu obowiązywania i końcowego brzmienia umowy, uniemożliwia uzyskanie przez Odwołującego gwarancji bankowych, w celu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zdaniem Odwołującego, czynności Zamawiającego dotyczące zatrzymania wadium oraz unieważnienia postępowania są bezprawne i bezpodstawne oraz naruszają art. 46 ust 5 pkt 2 i art. 93 ust. 1 pkt 1, 4 i 7 ustawy Pzp.

W dniu 16 stycznia 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest i oddalił go jako bezzasadny. Zamawiający wyjaśnił, że o terminie rozpoczęcia realizacji umowy (zgodnie z siwz - 01.01.2008r.) poinformował Odwołującego w dniu 19 grudnia 2007r. Zamawiający nie stwierdził w treści umów błędów, na które wskazywał w piśmie z dnia 20 grudnia 2007r. Odwołujący. Zdaniem Zamawiającego, treść umów była zgodna z treścią siwz i ofertą złożoną przez Odwołującego. Zamawiający nie wyraził zgody na podpisanie umów przed wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy w celu przedłożenia ich w banku, co Odwołujący wskazywał jako warunek uzyskania gwarancji bankowej w możliwym terminie 10 stycznia 2008r., a następnie 14 lub 17 stycznia 2008r. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący powinien zdawać sobie sprawę z warunków dotyczących zawarcia umowy, które zostały określone w siwz i projekcie umowy. Wskazują one, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy należało wnieść przed podpisaniem umowy.

Od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, w dniu 21 stycznia 2008 r. Konsorcjum „RAR" wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście, podkreślając, iż Zamawiający swoim działaniem zmierzał do uniknięcia podpisania umów na warunkach zgodnych z siwz i przepisami ustawy Pzp.

W odwołaniu Odwołujący wniósł o :

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części III – Białołęka, w części VIII – Bielany, w części IX – Wola, w części XI – Śródmieście,
2. unieważnienie czynności zatrzymania wadium z powodu nie wniesienia wymaganego zabezpieczenia w części III – Białołęka, w części VIII – Bielany, w części IX – Wola, w części XI – Śródmieście,
3. nakazanie Zamawiającemu doprowadzenia postępowania do stanu zgodnego z prawem oraz zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dokumentacji zawartej w aktach sprawy oraz wyjaśnień stron złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

W dniu 26 listopada 2007r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, przy czym w części III, VIII, IX i XI zamówienia została wybrana oferta Odwołującego (w części III i VIII oferta Odwołującego była jedyną ofertą podlegającą ocenie) oraz zaprosił Odwołującego do stawienia się w siedzibie Zamawiającego, w celu podpisania umowy w terminie nie krótszym niż 7 dni od daty otrzymania zawiadomienia, jednak nie później niż przed upływem terminu związania ofertą, co jest zgodne z art. 94 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający przypomniał zarazem o obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i dostarczenia umowy Konsorcjum.

Dnia 19 grudnia 2007r. Zamawiający przesłał do Odwołującego pismo, w którym poinformował o ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, wniesionego w dniu 30 listopada 2007r. przez firmę „Święcki" Elektroinstalacyjne Wykonawstwo - Konserwacja Roboty Ogólnobudowlane - Handel Andrzej Święcki. Wraz z pismem przesłał Odwołującemu egzemplarze umowy z prośbą o ich podpisanie i zwrot do Zamawiającego. W tym samym piśmie Zamawiający przypomniał o, wskazanym uprzednio w siwz, terminie realizacji umowy, tj. od 1 stycznia 2008r. do 30 listopada 2010 r., a także o obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Dnia 27 i 28 grudnia 2007r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia „gwarancji należytego wykonania umowy" w terminie do 31 grudnia 2007r. do godziny 12:00.

W świetle powyższych okoliczności Izba uznała, że Zamawiający wypełnił prawidłowo ciążące na nim obowiązki, dotyczące informowania Odwołujacego o toku postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające z zasad i przepisów Prawa zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający żądał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy korzystając z możliwości, którą przewiduje art. 147 ust. 1 ustawy Pzp. Wypełniając obowiązek wynikający z art. 36 ust. 1 pkt 15 i ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazał w pkt 19 siwz, że wymaga wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W pkt 19.1 siwz Zamawiający zawarł postanowienie zobowiązujące wykonawców do wniesienia, przed podpisaniem umowy, zabezpieczenia należytego wykonania umowy na kwotę stanowiącą 5% ceny umowy brutto i dostarczenia Zamawiającemu

oryginałów dokumentów wniesienia tego zabezpieczenia. Jednocześnie w pkt 19.2 siwz dopuścił możliwość wniesienia zabezpieczenia, według wyboru wykonawcy, w jednej lub kilku formach, określonych w art. 148 ustawy Pzp, a w pkt.19.3 siwz wskazał, że zabezpieczenie wnoszone w innej formie niż pieniądz należy złożyć w siedzibie Zamawiającego. Wymaganie Zamawiającego, dotyczące wniesienia zabezpieczenia przed podpisaniem umowy, zostało także zawarte w treści § 12 ust. 1 projektu umowy.

Zgodnie zatem z treścią siwz i projektu umowy Zamawiający nie był uprawniony do podpisania umów z Odwołującym, przed wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Warunek, dotyczący uprzedniego wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie został przez Odwołującego spełniony, pomimo, jak wskazuje dokumentacja postępowania, kilkakrotnego informowania Odwołującego o obowiązku wniesienia zabezpieczenia.

W piśmie z dnia 27 grudnia 2007r. Odwołujący wyjaśnił, że nie może dostarczyć gwarancji bankowych do dnia 10 stycznia 2008r., ponieważ Bank Gospodarstwa Krajowego wymaga przedłożenia podpisanych przez obie strony umów lub ich kserokopii, potwierdzonych za zgodność z oryginałem, zawartych na okres trzech lat. Natomiast w piśmie z dnia 28 grudnia 2007r. dodatkowo wyjaśnił, że termin otrzymania gwarancji bankowych nie jest uzgodniony z BGK, dlatego też dostarczenie gwarancji może nastąpić w dniu 14 lub 17 stycznia 2008r. oraz że jest to „uzależnione w dużej mierze od otrzymania z ZDM podpisanej dwustronnie umowy lub jej kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem".

W ocenie Izby, kierując powyższe żądanie do Zamawiającego, Odwołujący powinien zdawać sobie sprawę, że podpisanie umowy przez obie strony przed wniesieniem zabezpieczenia jest niezgodne ze specyfikacją (pkt. 19) oraz projektem umowy (§ 12) oraz naraża Zamawiającego na zachowanie niezgodne przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała, że zgodnie z treścią pkt 19 siwz Odwołujący miał możliwość wyboru formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Decydując się na wniesienie zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej Odwołujący powinien wziąć pod uwagę warunki uzyskania takiej gwarancji oraz wcześniej przewidzieć czy jest możliwe uzyskanie przez niego gwarancji bankowej w terminie przed datą podpisania umowy.

Na skutek niewniesienia przez Odwołującego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wyznaczonym terminie, Zamawiający zatrzymał wadium, wniesione przez Odwołującego, na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, o czym

poinformował Odwołującego pismem z dnia 3 stycznia 2008r. Przepis powyższy wskazuje, jako jedną z trzech, enumeratywnie wskazanych przesłanek zatrzymania przez Zamawiającego wadium wraz z odsetkami, wniesionego przez wykonawcę, którego oferta została wybrana - niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W ocenie Izby, w powyższym stanie faktycznym, Zamawiający prawidłowo zastosował art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Fakt niewniesienia zabezpieczenia przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu jest bezsporny. Ponadto, w świetle dokumentacji akt sprawy i wyjaśnień stron, złożonych na rozprawie, Izba nie stwierdziła okoliczności, które wskazywałyby, że Zamawiający swoim działaniem uniemożliwił Odwołującemu wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co zarzucił Zamawiającemu Odwołujący.

Pismem z dnia 3 stycznia 2008 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego także o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia w części III, VIII, IX i XI. Jako podstawę prawną unieważnienia postępowania Zamawiający podał dla części III - art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy Pzp, dla części VIII,IX i XI - art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wobec niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, Zamawiający był zobowiązany do zastosowania art. 94 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie jednak Zamawiający nie mógł wybrać oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, ponieważ zachodziły przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. W tych okolicznościach postępowanie należało unieważnić.

Ponadto, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Zamawiający błędnie podał podstawę prawną unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w części VIII. Izba ustaliła na rozprawie, co przyznał Zamawiający, że w tej części jedyną ofertą podlegającą ocenie była oferta Konsorcjum RAR, a zatem wobec niewniesienia zabezpieczenia przez Odwołującego wystąpiła przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy Pzp.

W dniu 20 grudnia 2007r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu podpisane egzemplarze umów na część III, VIII, IX i XI zamówienia. Nie zawierały one oznaczonej daty zawarcia umowy. Zamawiający wykazał na rozprawie, że umowy przekazane przez Odwołującego nie zostały podpisane ze strony Zamawiającego, ponieważ byłoby to sprzeczne z treścią § 12 ust. 1 tych umów, wobec niewniesienia zabezpieczenia przed terminem ich podpisania.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, przedstawionego na rozprawie, że podpisanie umów przez Odwołującego nie stanowiło oświadczenia woli zawarcia umowy, a jedynie czynność techniczną, ponieważ wraz z podpisanymi umowami Odwołujący przekazał Zamawiającemu pismo, w którym złożył zastrzeżenie co do prawidłowości liczby opraw podlegających konserwacji (pismo z dnia 20.12.2007r.), a ponadto były prowadzone przez Odwołującego, w powyższym zakresie, rozmowy telefoniczne i osobiste z Zamawiającym. Izba uznała, że zastrzeżenie w specyfikacji formy pisemnej dla celów porozumiewania się wykonawców i Zamawiającego oznacza, że wszelkie oświadczenia i informacje, które strony postępowania o udzielenie zamówienia sobie przekazują, wywierają skutek pod warunkiem złożenia ich w formie pisemnej.

Złożenie podpisów na umowie stanowi oświadczenie woli jej zawarcia (art. 78 § 1 K.c.), a ponadto oznacza akceptację jej treści. Izba stwierdziła dodatkowo, że pismo z dnia 20 grudnia 2007r. nie może wywoływać skutków prawnych jako złożone w imieniu Konsorcjum RAR, ponieważ nie zostało podpisane przez osobę umocowaną zgodnie z treścią pełnomocnictwa z dnia 14 sierpnia 2007r.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, przedstawionego na rozprawie, że umowa na cześć III zamówienia zawierała nieprawidłową liczbę opraw oświetleniowych, w rozbiciu na drogi gminne i pozostałe, wskazane w § 1 ust 2 umowy, co Odwołujący ustalił w wyniku realizacji innej umowy na tym samym obszarze. Izba ustaliła, że ogólna liczba opraw, podlegających konserwacji w tej części zamówienia, wskazana została w pkt 5 specyfikacji jako 6172 szt. i jest ona zgodna z liczbą wskazaną w umowie dla tej części. Specyfikacja nie zawierała rozbicia ogólnej liczby 6172 szt. na części, a zatem nie można uznać, że umowa została sporządzona niezgodnie z siwz co do zakresu przedmiotu zamówienia.

Ponadto, biorąc pod uwagę, że w umowie wskazano jednakową stawkę wynagrodzenia za konserwację jednej oprawy, bez względu na kategorię drogi, nie można się zgodzić, że niezgodność w tych liczbach, wykazana przez Odwołującego i nie kwestionowana przez Zamawiającego, miała narazić Odwołującego na poniesie strat z tytułu realizacji umowy. Należy przy tym wskazać, że Odwołujący, zgodnie z siwz, zaakceptował brak wskazania przez Zamawiającego szczegółowych liczb opraw w rozbiciu na kategorie dróg, w specyfikacji.

Na rozprawie Odwołujący podniósł dodatkowo, że liczba opraw oświetleniowych, wskazana w umowie dla części III zamówienia nie odpowiada rzeczywistej liczbie opraw, podlegających konserwacji na objętym nn. zamówieniem obszarze dla dzielnicy

Białołęka, co w trakcie realizacji umowy naraziłoby Odwołującego na straty w świetle zapisu § 2 ust. 8 umowy. Z uwagi na wskazaną w siwz liczbę opraw, obliczoną według stanu w okresie wszczęcia postępowania oraz zapis § 2 ust. 9 mowy, zgodnie z którym Zamawiający zastrzegł, że liczba ta może ulec zmianie w trakcie realizacji umowy, a także biorąc pod uwagę kosztorysowy charakter wynagrodzenia, na co wskazuje treść § 2 ust. 3 pkt 1 i ust. 6 i 9 umowy, zarzut powyższy Izba uznała za nieuzasadniony.

W odniesieniu do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego na rozprawie, dotyczącej zmiany przez Zamawiającego terminu realizacji umowy w stosunku do zapisu pkt. 6 siwz, bez dokonania modyfikacji siwz i bez zgody Odwołującego, Izba uznała, że Zamawiający w sposób zgodny z treścią art. 140 ust. 2 ustawy Pzp dokonał zmiany terminu rozpoczęcia realizacji umowy z dnia 1 grudnia 2007r. na dzień 1 stycznia 2008r. Zmianę terminu realizacji zamówienia należy bowiem uznać za zmianę sposobu spełnienia świadczenia, którą dopuszcza ww. przepis. Na taką zmianę zgodnie z brzmieniem ww. przepisu musi wyrazić zgodę wykonawca, którego ofertę wybrano. Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący wyraził taką zgodę, podpisując umowę, w której termin rozpoczęcia realizacji został oznaczony na dzień 1 stycznia 2008r.

W związku z żądaniem Odwołującego, zawartym w odwołaniu, dotyczącym nakazania Zamawiającemu zawarcia umowy, Izba wskazuje że żądanie to jest sprzeczne z art. 191 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może nakazać zawarcia umowy.

Biorąc za podstawę powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art.191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655).

O kosztach postępowania orzeczono 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 - 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*