

WYROK
z dnia 9 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Renata Tubisz

Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider), 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44, BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 72** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji Zakład Budżetowy, 00-429 Warszawa, ul. Rozbrat 26** protestu z dnia 4 grudnia 2008 r.

przy udziale **BUD-INVENT Sp. z o.o. (lider), 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, Waldemar Żak PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany, 02-401 Warszawa, ul. Świerszcza 50** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności polegających na zatrzymaniu wadium wniesionego przez odwołującego oraz wyborze oferty Bureau Veritas Polska Sp. z o.o.

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa – Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji Zakład Budżetowy, 00-429 Warszawa, ul. Rozbrat 26** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider), 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44, BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 72;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **5 887 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji Zakład Budżetowy, 00-429 Warszawa, ul. Rozbrat 26** na rzecz **ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider), 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44, BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 72** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta trzy złote zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider), 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44, BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 72;**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi *Inżynier dla zadania inwestycyjnego pn. Budowa stadionu piłkarskiego przy ul. Łazienkowskiej 1/3 w Warszawie* (numer referencyjny SU/ZP/4/08). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 maja 2008 r. S-97-130785.

Zamawiający w dniu 16 października 2008 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum ECM Group Polska Sp. z o.o., BEG Ingenierie Polska Sp. z o.o., zwane dalej konsorcjum ECM. Zamawiający w dniu 13 listopada 2008 roku wyznaczył termin zawarcia umowy na dzień 21 listopada 2008 roku, zmieniony następnie na

wniosek konsorcjum ECM na dzień 26 listopada 2008 roku. W związku z niestawieniem się przedstawiciela konsorcjum ECM w wyznaczonym dniu, Zamawiający uznał, iż wykonawca odmówił podpisania umowy i na podstawie art. 46 ust. 5 ustawy pzp. zwrócił się do gwaranta o wpłatę wadium (pismo z dnia 27 listopada 2008 roku L.dz. SU/6346/2008). Wobec zatrzymania wadium w dniu 27 listopada 2008 roku oraz dokonania w dniu 3 grudnia 2008 roku wyboru oferty Bureau Veritas Polska Sp. z o.o., protest do Zamawiającego wniosło konsorcjum ECM. W dniu 16 grudnia 2008 roku Zamawiający przekazał konsorcjum ECM decyzję o oddaleniu protestu. W dniu 22 grudnia 2008 roku konsorcjum ECM wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jego treść Zamawiającemu w tym samym dniu. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło konsorcjum, którego liderem ustalono BUD-INVENT Sp. z o.o.

W proteście oraz odwołaniu konsorcjum ECM wskazywało na brak podstaw do uznania, iż odmówiono podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, na którą to okoliczność Zamawiający wskazał w informacji o zatrzymaniu wadium. Swoim działaniem Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 46 ust. 5 pkt 1 i art. 94 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 70⁴ § 2 i 60 kodeksu cywilnego. W ocenie Odwołującego, odmowa podpisania umowy powinna być wyrażona w sposób wyraźny, a nie tylko poprzez zachowanie wskazujące na uchylanie się (art. 70⁴ § 2 k.c.). Odwołujący podkreślał, iż nie odmówił zawarcia umowy ani w sposób wyraźny, ani dorozumiany lub poprzez milczenie. Odwołujący w dniu 26 listopada 2008 roku prosił Zamawiającego o kolejne przesunięcie terminu zawarcia umowy, a ponadto Zamawiającemu znane były problemy konsorcjum ECM związane z uzyskaniem polisy ubezpieczeniowej o treści wymaganej szczególnymi warunkami kontraktowymi. Natychmiast po uzyskaniu polisy w dniu 27 listopada 2008 roku konsorcjum ECM przedłożyło Zamawiającemu wymagane przed podpisaniem dokumenty (umowa konsorcjum oraz polisa ubezpieczenia). O braku woli odmowy zawarcia umowy świadczy również fakt przedłużenia przez Odwołującego terminu związania ofertą i ważności wadium, co nastąpiło 25 listopada 2008 roku. Odwołujący wskazał również, iż przed upływem wyznaczonego przez Zamawiającego terminu zawarcia umowy, tj. w dniu 26 listopada 2008 roku zwracając się z prośbą o jego przedłużenie oświadczył, iż jest związany treścią oferty oraz podtrzymał chęć podpisania umowy. W tych okolicznościach zatrzymanie wadium przez Zamawiającego pomimo otrzymania przez niego wymaganych dokumentów wraz z zapewnieniem o gotowości zawarcia umowy, było nieuzasadnione, tym bardziej, że dzień 26 listopada 2008 roku nie był ostatnim dniem terminu związania ofertą, pierwotnie upływającego w dniu 5 grudnia 2008 roku, a po przedłużeniu w dniu 28 grudnia 2008 roku. Odwołujący podkreślił także, iż Zamawiający winien brać od uwagę przy wyznaczaniu terminu podpisania umowy uzasadniony interes obydwu stron, mając na uwadze postawione przez niego warunki odnośnie dokumentów

koniecznych do przedstawienia przed podpisaniem umowy. Pozycja dominująca Zamawiającego nie powinna być przez niego nadużywana, tak aby nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wybór oferty Odwołującego pozostaje w mocy wobec braku spełnienia przesłanki w postaci uchylania się od zawarcia umowy lub nie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a zatem brak jest przesłanek do wyboru oferty kolejnego wykonawcy na podstawie art. 94 ust. 2 ustawy pzp.

Zamawiający podkreślił, iż ostatecznie wezwał konsorcjum ECM do zawarcia umowy w dniu 26 listopada 2008 roku pod rygorem zatrzymania wadium. Do końca dnia pracy, tj. do godziny 16 do siedziby Zamawiającego nie stawili się umocowani przedstawiciele Odwołującego. Zgodnie z art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Zamawiający zatrzymał wadium, ponieważ wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący już od otwarcia ofert w dniu 29 września 2008 roku powinien był liczyć się z wyborem. Miał zatem prawie 2 miesiące na przygotowanie się do podpisania umowy, a mimo tego nie był w stanie przedstawić polis zgodnych z siwz i kontraktem. Zamawiający swoją decyzją miał prawo wyznaczyć taką liczbę terminów podpisania umowy, jaką uznał za stosowną. Praktycznie, w jego ocenie, mógł ograniczyć się wyłącznie do jednego terminu, ponieważ każdy wykonawca ma obowiązek być gotowym do podpisania umowy w okresie związania ofertą po dokonaniu wyboru oferty. Zamawiający zwrócił uwagę, że uchylanie się od zawarcia umowy może mieć nie tylko postać wyraźnej odmowy, ale również takiego zachowania wykonawcy, z którego wynika, iż nie jest on w stanie zawrzeć tej umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium, unieważnienie czynności wyboru oferty Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. oraz wyznaczenie Odwołującemu nowego terminu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, a także stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie skład orzekający uznał, iż Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego posiada interes prawny w postaci zapewnienia sobie możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, która na skutek stwierdzenia odmowy podpisania umowy przez konsorcjum ECM znajdowała się na drugiej pozycji. Przystępujący wniósł własny protest na czynność wyboru drugiej w kolejności po ofercie konsorcjum ECM, oferty Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. i tym samym przystępując do

postępowania protestacyjnego wywołanego wniesieniem protestu przez konsorcjum ECM miał interes w tym aby decyzja Zamawiającego została utrzymana, umożliwiając Przystępującemu podjęcie środków zmierzających do uzyskania przedmiotowego zamówienia, tj. wniesienia protestu z dnia 10 grudnia 2008 roku.

W zakresie zarzutów merytorycznych skład orzekający ustalił, iż Zamawiający w dniu 16 października 2008 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum ECM, wyznaczając w piśmie z dnia 13 listopada 2008 roku termin zawarcia umowy na dzień 21 listopada 2008 roku. Następnie Zamawiający na wniosek konsorcjum ECM wyraził zgodę na przesunięcie terminu podpisania umowy na dzień 26 listopada 2008 roku, co spowodowane było trudnościami w uzyskaniu przez konsorcjum ECM polisy ubezpieczenia od wszelkiego ryzyka na kwotę 4 mln złotych. Wymagana polisa została wystawiona w dniu 26 listopada 2008 roku przez ubezpieczyciela Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. (nr polisy 901002616429) i dostarczona Zamawiającemu wraz z umową konsorcjum w godzinach porannych w dniu 27 listopada 2008 roku. W związku z niedochowaniem terminu Zamawiający w dniu 27 listopada 2008 roku zatrzymał wadium zwracając się do ubezpieczyciela w godzinach popołudniowych z wezwaniem do wypłaty kwoty wadium (100.000 zł) z gwarancji ubezpieczeniowej (wadium), informując w tym samym dniu konsorcjum ECM o jego zatrzymaniu na podstawie art. 46 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Następnie Zamawiający w dniu 3 grudnia 2008 roku dokonał wyboru kolejnej oferty spośród pozostałych ważnych ofert, tj. oferty Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. Zamawiający zaprosił wykonawcę do podpisania umowy już pismem z dnia 28 listopada 2008 roku (L.dz. SU/6360/2008) wyznaczając termin na dzień 4 grudnia 2008 roku o godzinie 15:00, zastrzegając również, iż niestawienie się w wyznaczonym terminie lub nieprzedstawienie wymaganych dokumentów stanowić będzie podstawę do zatrzymania wadium.

W tak ustalonym stanie faktycznym skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający dokonał zatrzymania wadium zabezpieczającego ofertę konsorcjum ECM, powołując się na okoliczność wskazaną w art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą pzp. Na podstawie powołanego przepisu, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Dla dokonania wykładni terminu „odmowa podpisania umowy” pomocnym może być wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 6.9.2005 r. sygn. II Ca 460/05. W wyroku tym Sąd

wypowiedział interesujący, trafny i istotny dla wykładni art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy pzp. pogląd, że za odmowę podpisania umowy uznać można tylko oświadczenie woli wykonawcy, zawierające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego, ewentualnie takie działanie wykonawcy, z którego wynikałoby dla zamawiającego informacja, iż takiego rodzaju oświadczenie woli skarżący rzeczywiście złożył. Odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego. W konsekwencji brak stawiennictwa w siedzibie zamawiającego pracownika wykonawcy, spowodowany zaniedbaniem przez niego obowiązków, nie jest tożsamy z uchyleniem się wykonawcy od zawarcia umowy – stwierdził ostatecznie Sąd.

Podążając za wykładnią dokonaną przez Sąd, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż Odwołujący złożył oświadczenie, w którym odmówił podpisania umowy. Zamawiający wywodzi skutki prawne odmowy zawarcia umowy nie z oświadczenia, czy też zachowania Odwołującego pozwalającego na ustalenie, iż oświadczenie takie Odwołujący złożył, lecz z treści wezwania skierowanego do Odwołującego, w którym Zamawiający wskazał, iż brak stawiennictwa oznaczać będzie odmowę podpisania umowy. W ocenie składu orzekającego ocena treści oświadczenia dokonana winna być na podstawie całokształtu okoliczności, jakie wystąpiły pomiędzy wezwaniem Odwołującego się do zawarcia umowy a zatrzymaniem wadium przez Zamawiającego. W ocenie Izby, Odwołujący nie odmówił czy to w sposób wyraźny, czy też *per facta concudentia*, zawarcia umowy o treści określonej w ofercie. Przeciwnie potwierdził swoją wolę zawarcia umowy na warunkach określonych w siwz, wyrażając w dniu 25 listopada 2008 roku zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą, a następnie w dniu 26 listopada 2008 roku składając stosowne oświadczenie przy okazji wniosku o przesunięcie terminu podpisania umowy na dzień 1 grudnia 2008 roku.

Związanie ofertą jest koniecznym skutkiem oferty wyznaczonym stanowczą decyzją oferenta zawarcia umowy. Stanowczość decyzji oferenta zawarcia umowy jest konstytutywną cechą oferty. Stan związania jest dla oferenta uciążliwy, ponieważ musi liczyć się z przyjęciem oferty i w związku z tym pozostawać w gotowości do wykonania umowy. Oświadczenie konsorcjum ECM złożone Zamawiającemu w dniu 25 listopada 2008 roku o zgodzie na przedłużenie terminu związania ofertą, oznaczało potwierdzenie gotowości zawarcia umowy o treści określonej w ofercie. Zamawiający w sposób nieuprawniony odmówił skuteczności złożonego oświadczenia, uznając, iż wykonawca odmówił podpisania umowy w dacie przez niego określonej. Odwołujący niezwłocznie po uzyskaniu wymaganych dokumentów przedstawił je Zamawiającemu w celu zawarcia umowy w dniu następnym. W ocenie składu orzekającego zatrzymanie wadium pomimo otrzymania żądanych dokumentów stanowiło naruszenie art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy pzp. Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż

Odwołujący odmówił zawarcia umowy skoro przed wystąpieniem do gwaranta o zapłatę kwoty wadium wiedział o gotowości zawarcia umowy przez Odwołującego. W ocenie składu orzekającego okoliczności sprawy wskazują na nadmierny formalizm ze strony Zamawiającego i wykorzystanie przez niego dominującej pozycji w postępowaniu. Wskazuje na to w szczególności stanowisko Zamawiającego, w którym wyraża on przekonanie o całkowitej dowolności w ustaleniu przez Niego terminu do zawarcia umowy. Zamawiający winien mieć na uwadze wprowadzone przez niego obowiązki, jakie obciążały wykonawcę, z którym miała zostać zawarta umowa. Zamawiający w sposób nieuprawniony twierdzi, iż Odwołujący mógł starać się o uzyskanie wymaganej polisy ubezpieczenia już od momentu złożenia oferty. Przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby, iż wykonawca niezależnie od wyniku postępowania powinien podejmować dalsze zobowiązania, pomimo, iż nie ma pewności co do możliwości uzyskania zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał bardzo szerokiego zakresu ubezpieczenia, które było trudne do uzyskania. Potwierdza to również pismo wybranego w następstwie zatrzymania wadium wykonawcy – Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. z dnia 23 grudnia 2008 roku, w którym wykonawca ten prosi o uwzględnienie przy wyznaczaniu terminu podpisania umowy w roku 2009 minimum 14 dni „co jest podyktowane czasem niezbędnym na aktualizację dokumentów ubezpieczeniowych”. Ustalenie zbyt krótkiego terminu zawarcia umowy mogło naruszać zasadę uczciwej konkurencji, gdyż mogło stwarzać nadmierne trudności dla wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zamawiający wyznaczając termin podpisania umowy musi uwzględnić po pierwsze minimalny termin określony w art. 94 ust. 1 oraz termin związania ofertą. W przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący był gotowy do podpisania umowy w terminie związania ofertą (wydłużonego na skutek jego zawieszenia do dnia 5 grudnia 2008 roku), jednak Zamawiający zatrzymał wadium zabezpieczające ofertę konsorcjum ECM. Ponadto, Odwołujący pismem z dnia 1 grudnia 2008 roku, a więc przed dokonaniem przez Zamawiającego wyboru kolejnej oferty, wezwał Zamawiającego do podpisania umowy w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma.

W konsekwencji powyższych ustaleń skład orzekający uznał, iż Zamawiający dokonał z naruszeniem art. 94 ust. 2 wyboru oferty Bureau Veritas Polska Sp. z o.o.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami Odwołującego się stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z

przedłożonym rachunkiem w wysokości ograniczonej do maksymalnej kwoty wynikającej z rozporządzenia), Izba obciążyła Zamawiającego.

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*