

Sygn. akt: KIO 2348/13

WYROK

z dnia 16 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2013 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg, ul. Wyspiańskiego 22, 33-300 Nowy Sącz**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2348/13

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, przez Zamawiającego – Miejski Zarząd Dróg z Nowego Sącza, którego przedmiotem jest inwestycja pn. „Ulica klasy GP łącząca DK75 (skrzyżowanie ul. Tarnowskiej i ul. Witosy) z ul. Marcinkowicką (droga powiatowa nr 25219) w granicach Nowego Sącza - przełożenie DK 28 Zator - Przemyśl”. Odwołujący – Budimex S.A. z Warszawy zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 38 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt. 16 ustawy Pzp oraz art. 14 tej ustawy w związku z art. 654, art. 353 (1) kc z uwagi na zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytania od 34 do 38, o czym wykonawca uzyskał informację w dniu 24 września br. Wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykonania czynności wyjaśnienia treści SIWZ (postanowień par. 15 ust. 2 Wzoru Umowy) i udzielenie odpowiedzi na zadane w toku postępowania pytania nr 34,35,36,37 i 38. Dalej podał, że brak tych wyjaśnień prowadzi do naruszenia zasad i sposobu udzielania zamówień publicznych oraz przepisów prawa, przez co pozbawiają firmę Budimex S.A. możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia. W szczególności wskazał, że § 15 ust. 1 wzoru Umowy przewiduje, że przedmiot umowy rozliczany będzie częściami. Równocześnie ust. 2 tego paragrafu stanowi, że faktury VAT wystawiane będą przez wykonawcę zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, z tym, że płatności dokonywane będą raz na koniec okresów rozliczeniowych (raz na kwartał) pod warunkiem uzyskania przez zamawiającego zaliczki z Instytucji Wdrażającej. Wskazał również, że termin realizacji faktur określono do 60 dni od daty złożenia faktur (ust. 5 Wzoru Umowy). Wobec takiego brzmienia Wzoru Umowy w toku postępowania przetargowego zadano zamawiającemu pytania, w szczególności: Nr 34: "Czy zamawiający uzyskał zaliczkę z Instytucji Wdrażającej ? Jeśli tak, to w jakiej wysokości ?" Nr 35:"Jakie przesłanki stanowią podstawę do odmowy zapłaty zaliczki przez Instytucję Wdrażającą ?" Nr 36:"Czy istnieje możliwość uzyskania promesy zapłaty zaliczki od Instytucji Wdrażającej, jeżeli tak, to w jakim terminie?" Nr 37:"Jaki

podmiot jest Instytucją Wdrażającą ?” Nr 38:”W jaki sposób zamawiający zamierza zapłacić za wykonane roboty, w okresach rozliczeniowych - co najmniej raz na kwartał, jeżeli nie otrzyma zaliczki z Instytucji Wdrażającej ?.” Podał również, że Zamawiający m.in. w odpowiedzi na pytania od 27 do 30 i 34 do 38 stwierdził, że (...) treść w/w pytań przekracza dyspozycje art. 38 ustawy Pzp, albowiem nie można wzywać zamawiającego do określonych czynności i zachowań i składania wyjaśnień, które wykraczają i przekraczają treść w/w artykułu ustawy, który dotyczy wyłącznie sprawy zadawania pytań i wyjaśnień do treści SIWZ, a treść SIWZ określił ustawodawca w art. 36 tej ustawy.” Dalej podał, że zgodnie z treścią art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, a zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnienia. Zawartość SIWZ określa art. 36 ustawy Pzp, w tym w pkt 16 ust. 1 wskazuje, że SIWZ zawiera istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wzór Umowy zamieszczony przez zamawiającego jako formularz nr 3.6 do SIWZ stanowi element składowy SIWZ i podlega dyspozycji art. 38 ustawy pzp. Tym samym zamawiający na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zobowiązany był udzielić odpowiedzi na zadane pytania do treści par. 15 ust. 2 Wzoru Umowy. Jego zdaniem odpowiedzi wymagane są istotne dla wszystkich podmiotów zainteresowanych uzyskaniem danego zamówienia, a nie tylko dla tych, którzy zadali pytania. Powinni je oni uwzględniać przy przygotowywaniu swoich ofert. Dalej stwierdził, że wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SIWZ ze swej istoty uzupełniają jej treść i wykonawcy powinni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert. Postanowienia § 15 ust. 2 Wzoru Umowy stanowią istotny element SIWZ jakim jest sposób dokonywania rozliczeń stron, brak odpowiedzi na zadane pytania uniemożliwia skonstruowanie prawidłowej i porównywalnej oferty cenowej, godząc w zasadę konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Skoro bowiem zgodnie z treścią art. 654 k.c. będący częścią SIWZ Wzór Umowy przewiduje, że roboty mają być odbierane częściami za zapłatą za wykonane roboty dokonywaną w okresach rozliczeniowych nie częściej niż raz na kwartał, a równocześnie zapłata jest uzależniona od uzyskania przez zamawiającego zaliczki od niezdefiniowanej „Instytucji Wdrażającej” wykonawca przy sporządzaniu oferty musi znać przynajmniej prawdopodobieństwo uzyskania lub nie

przez zamawiającego zaliczki i przewidzieć konsekwencje jej nieuzyskania. Musi też znać odpowiedź na pytanie w jaki sposób zamawiający dokona zapłaty za wykonane roboty w sytuacji nie uzyskania zaliczki i czy w takiej sytuacji środki na zapłatę ma zagwarantowane.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia wniosku.

Odnosnie pierwszej z podstaw odrzucenia odwołania [art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp] Izba stwierdziła, że odwołanie – w niniejszym stanie faktycznym zostało podpisane prawidłowo – przez umocowaną do tego osobę. Tak jak wynika z treści załączonego do odwołania pełnomocnictwa wystawionego dla pracownika spółki – Dyrektora Biura Handlowego Budownictwa Komunikacyjnego Budimex S.A. Pana Cezarego Soji, pełnomocnictwo wydane na czas określony do dnia 31 grudnia 2013 r. jednoznacznie, chociażby w jego pkt 1 wskazuje na uprawnienie do wnoszenia odwołań do Prezesa KIO oraz podejmowania innych czynności związanych z pozyskiwaniem zamówień publicznych w zakresie – jak w niniejszym postępowaniu - budownictwa komunikacyjnego i inżynierskiego.

Również odnośnie drugiej wskazywanej podstawy odrzucenia odwołania [art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp] Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego, że zarzuty zostały podniesione po terminie. Z treści odwołania bezspornie wynika, że zarzut dotyczy naruszenia przepisów art. 38 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt. 16 ustawy Pzp i art. 14 tej ustawy w związku z art. 654 oraz art. 353 (1) kc z uwagi na zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytania od 34 do 38, o czym wykonawca uzyskał informację w dniu 24 września br.

Rozpatrując zarzut braku interesu wykonawcy - Budimex S.A. z Warszawy we wnoszeniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp w niniejszym postępowaniu, Izba stwierdziła, że Zamawiający zarzut ten oparł na twierdzeniu, że wnoszący odwołanie wykonawca, działając w ramach Konsorcjum jako lider z

wykonawcą Mostostal Kraków S.A. z Krakowa jako partnerem złożył w niniejszym postępowaniu ofertę w wyznaczonym terminie. Tak jak ustaliła Izba spółką składającą ofertę w tym postępowaniu jest wykonawca Budimex Budownictwo sp. z o.o. z Warszawy, a nie wykonawca wnoszący odwołanie – Budimex S.A. Tym samym podnoszony zarzut, oparty na takich okolicznościach, jest niezasadny i tym samym nie podlega uwzględnieniu.

Rozpatrując zarzuty, Izba stwierdziła, że przedmiotem sporu jest brak – zdaniem Odwołującego - odpowiedzi na pytania od 34 do 38, dotyczące § 15 ust. 2 Wzoru Umowy, regulującego zasady wystawiania faktur częściowych z uwzględnieniem, że płatności będą dokonywane raz na koniec okresów rozliczeniowych [nie częściej niż jeden raz na kwartał] po ich sprawdzeniu i podpisaniu protokołu wykonania przez inspektora nadzoru oraz pod warunkiem uzyskania przez zamawiającego zaliczki z Instytucji Wdrażającej.

Sporne pytania dotyczyły: pytanie Nr 34 "Czy zamawiający uzyskał zaliczkę z Instytucji Wdrażającej ? Jeśli tak to w jakiej wysokości ?"; Nr 35:"Jakie przesłanki stanowią podstawę do odmowy zapłaty zaliczki przez Instytucję Wdrażającą ?"; Nr 36:"Czy istnieje możliwość uzyskania promesy zapłaty zaliczki od Instytucji Wdrażającej, jeżeli tak, to w jakim terminie?" Nr 37:"Jaki podmiot jest Instytucją Wdrażającą ?"; Nr 38:"W jaki sposób zamawiający zamierza zapłacić za wykonane roboty, w okresach rozliczeniowych - co najmniej raz na kwartał, jeżeli nie otrzyma zaliczki z Instytucji Wdrażającej ?.

Izba przede wszystkim stwierdza, że z § 15 ust.2 Wzoru Umowy jednoznacznie wynika, że Zamawiający, wskazał wyłącznie tylko najkrótszy okres [„nie częściej niż jeden raz na kwartał”] z upływem którego wykonawca mógłby domagać się płatności za wykonane roboty, zastrzegając jednocześnie, że w tym okresie rozliczenie może nastąpić po spełnieniu dodatkowego warunku, a mianowicie uzyskania przez zamawiającego zaliczki z Instytucji Wdrażającej.

Ten wydłużony okres rozliczeniowy od początku nie był zdefiniowany. To oznacza, że rozliczenie - hipotetycznie - może nastąpić jedną fakturą. Taka zasada

dokonywania rozliczeń nie została przez wykonawcę zakwestionowana w ustawowo wymaganym terminie i na zasadach określonych w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba zwraca uwagę na art. 654 Kc, który zobowiązuje inwestora na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia, o ile brak jest odmiennego postanowienia umowy.

Zdaniem Izby, wykonawca w pytaniu 38 de facto domaga się modyfikacji spornego postanowienia – jego uzupełnienia o procedurę, co do sposobu zapłaty przez Zamawiającego za wykonane roboty [w okresach rozliczeniowych - co najmniej raz na kwartał] jeżeli nie otrzyma zaliczki z Instytucji Wdrażającej.

Izba stwierdza, że jeżeli wyjaśnienia powodowałyby konieczność takiej modyfikacji - w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy oraz z uwagi na wskazany przepis art. 182 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp – taka modyfikacja mogłaby być tylko przejawem inicjatywy Zamawiającego.

Tym samym brak jest podstaw do kwalifikowania formalnej odpowiedzi Zamawiającego [nie co do meritum] na pytanie nr 38, jako naruszenie zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

Także formalne odpowiedzi na pozostałe pytania, odnoszące się do warunków uzyskania zaliczki od Instytucji Wdrażającej, nie można kwalifikować jako czyny naruszające zasadę konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiającego złożenie oferty w niniejszym postępowaniu.

Izba zwraca uwagę, że ustawa Pzp zobowiązuje zamawiającego do podania tylko na otwarciu ofert kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdza również, że zamawiający przed zawarciem umowy może – wobec treści art. 93 ust.1a ustawy Pzp - unieważnić postępowanie, a powodem, dla którego postępowanie może być unieważnione, jest nie przyznanie środków ze wsparcia UE

lub państw EFTA, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie części lub całości zamówienia. Taką możliwość Zamawiający przewidział w specyfikacji [pkt 20.2 siwz].

Izba zwraca jednocześnie uwagę, że wykonawca - zgodnie z art. 649 (3) kc - może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia za wykonaną robotę, a brak żądanej gwarancji zapłaty stanowi zgodnie z art. 649 (4) kc przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących inwestora.

Zgodnie z art. 649 (1) kc strony ponoszą w równych częściach udokumentowane koszty zabezpieczenia wiarygodności.

Izba stwierdza również, że zarówno w Ogłoszeniach, w tym Ogłoszeniu wstępnym, jak i w specyfikacji wskazano Program, z którego ta inwestycja ma być współfinansowana [Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007 – 2013].

Tym samym powoływanie się na brak informacji o Jednostce Wdrażającej, jako przeszkody do złożenia prawidłowej i konkurencyjnej cenowo oferty nie ma żadnego uzasadnienia ani faktycznego ani prawnego.

Reasumując, w niniejszym stanie faktycznym nie zasługuje na uwzględnienie zarzucane Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 38 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt. 16 ustawy Pzp i art. 14 tej ustawy w związku z art. 654 kc oraz art. 353 (1) kc.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania

wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....