

Sygn. akt: KIO/UZP 1106 /08

WYROK
z dnia 27 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Barbara Bettman
Członkowie:	Dagmara Gałczewska-Romek Małgorzata Rakowska
Protokolant:	Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 października 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wspólnie ubiegających się o zamówienie:

ARLEN S.A. ul. Sapieżyńska 10, 00-215 Warszawa

**Krzysztofa Miękinę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPH KAMA
Krzysztof Miękina ul. Różańska 18, 07-300 Ostrów Mazowiecki,**

**Zakłady Odzieżowe „WYBRZEŻE” Spółdzielnia Inwalidów ul. Spółdzielcza 1,
81-545 Gdynia,**

**Zakłady Przemysłu Odzieżowego „NOWA RUDA” Sp. z o.o. Pl. Grunwaldzki 2,
57-400 Nowa Ruda,**

KONFEKCJONER Sp. z o.o. ul. Mieszka I 11/22, 32-500 Chorzów

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Państwowe Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej Poczta Polska ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa** protestu z dnia **16 września 2008 r.**¹

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

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: ARLEN S.A. ul. Sapieżyńska 10, 00-215 Warszawa, PPH KAMA Krzysztof Miękina, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, Zakłady Przemysłu Odzieżowego NOWA RUDA Sp. z o.o., KONFEKCJONER Sp. z o.o. 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: ARLEN S.A. ul. Sapieżyńska 10, 00-215 Warszawa, PPH KAMA Krzysztof Miękina, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, Zakłady Przemysłu Odzieżowego NOWA RUDA Sp. z o.o., KONFEKCJONER Sp. z o.o.;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (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: ARLEN S.A. ul. Sapieżyńska 10, 00-215 Warszawa, PPH KAMA Krzysztof Miękina, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, Zakłady Przemysłu Odzieżowego NOWA RUDA Sp. z o.o., KONFEKCJONER Sp. z o.o.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę czapek, kurtek, rękawiczek, spodni dla pracowników Poczty Polskiej, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego (Dz. Urz. UE 2008/S 34–047460 z 19.02.2008) w dniu 16 września 2008 r. został złożony protest a następnie odwołanie przez Konsorcjum firm ARLEN S.A. z Warszawy, PPH KAMA Krzysztof Miękina z Ostrowa Mazowieckiego, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów z Gdyni, Zakłady Przemysłu Odzieżowego NOWA RUDA Sp. z o.o., KONFEKCJONER Sp. z o.o. z Chrzanowa. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Państwowemu Przedsiębiorstwu Użyteczności Publicznej Poczta Polska naruszenie art. 94 ust. 1, art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 ze zm.) przez zaniechanie wezwania Odwołującego do zawarcia umowy o realizację przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym Odwołujący podał, iż wyrokiem z dnia 12 czerwca 2008 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 528/08 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia prowadzonego postępowania. Skutkiem wykonania dyspozycji wymienionego wyroku, pozostał w mocy wybór oferty Odwołującego, o czym wykonawca został powiadomiony w dniu 23 kwietnia 2008 r.

Pismem z dnia 26 września 2008 r. Zamawiający oddalił protest, powołał się na swoją trudną sytuację ekonomiczną i trwającymi aktualnie pracami nad ustaleniem kwoty jaką może przeznaczyć na realizację tego zamówienia. Wyjaśnił również, że wbrew zarzutom Odwołującego nowo ogłoszony przetarg dotyczy innych składników ubioru służbowego, niż objętych przedmiotowym postępowaniem.

Na powyższe rozstrzygnięcie w dniu 1 października 2008 r. zostało złożone odwołanie, z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz wnioskami o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wyznaczenia terminu zawarcia umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, korespondencji stron, akt w sprawie sygn. akt. KIO/UZP 528/08.

Nadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Oferta Konsorcjum reprezentowanego przez Lidera ARLEN S.A. została wybrana jako jedyna nie podlegająca odrzuceniu.

Termin złożenia ofert został wyznaczony na dzień 8 kwietnia 2008 r. Termin związania ofertą wynoszący 60 dni, na wniosek Zamawiającego z dnia 21 lipca 2008 r. został przedłużony o dalsze 60 dni tj. do 25 września 2008 r. i uległ zawieszeniu wskutek złożenia protestu w dniu 16 września 2008 r. Odwołujący wniósł wadium w postaci gwarancji bankowej na przedłużony okres związania ofertą. Oferta Odwołującego, według oświadczeń stron nadal pozostaje zabezpieczona wadium.

W dniu 23 kwietnia 2008 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o wyborze oferty Konsorcjum, jako najkorzystniejszej w jedynym kryterium ceny.

Następnie pismem z dnia 14 maja 2008 r. Zamawiający powiadomił wybranego wykonawcę o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych z uwagi na istotną zmianę okoliczności, które powodują, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. W wyniku odwołania, wyrokiem z dnia 12 czerwca 2008r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 528/08 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Pismem z dnia 27 czerwca 2008 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o wykonaniu czynności nakazanej wymienionym wyrokiem KIO. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że w zaistniałej sytuacji w mocy pozostał dokonany wybór oferty najkorzystniejszej.

Sam Zamawiający, wzywając wykonawcę do przedłużenia okresu związania ofertą i wniesienia wadium na ten okres nie zaprzecza, że wiąże go oświadczenie o wyborze oferty Odwołującego. Również w rozstrzygnięciu protestu okoliczność ta nie jest kwestionowana.

W aktach sprawy znajdują się pisma z dnia 3 lipca i 15 lipca 2008 r., w których Odwołujący zwracał się do Zamawiającego o wyznaczenie terminu podpisania umowy. Wezwania te pozostały bezskuteczne. Stąd Odwołujący zdecydował się na złożenie środków ochrony prawnej na zaniechania Zamawiającego w zakresie wyznaczenia terminu i zawarcia umowy na warunkach wybranej oferty.

Zgodnie z dyspozycją art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp w rozdziale 16.3 SIWZ Zamawiający postanowił, że umowa z wykonawcą zostanie zawarta w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty (z zastrzeżeniem art. 182 ust. 1 i 2 Pzp), nie później niż przed upływem terminu związania ofertą (z zastrzeżeniem art. 94 ust. 1a Pzp).

Warunkiem podpisania umowy zgodnie z rozdziałem 16.5 SIWZ jest dostarczenie Zamawiającemu dokumentów:

16.5.1 - kserokopii zaświadczenia o zarejestrowaniu wykonawcy jako czynnego podatnika podatku VAT,

16.5.1 - kopii umowy konsorcjum, w przypadku wyboru oferty podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie,

16.5.3 - dokumentu potwierdzającego wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Niezależnie od dosłownego sformułowania wniosków zawartych w odwołaniu, w ocenie Izby istotą żądania Odwołującego jest nakazanie Zamawiającemu wykonania jego zobowiązania i zawarcia umowy o realizację przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie żądania Odwołującego co do wyznaczenia terminu zawarcia umowy prowadziłoby bowiem do nakazania jej zawarcia w konkretnym terminie.

W sprawie zastosowanie znajduje przepis art. 94 ust. 1 i 1a Pzp, w związku z przepisem przejściowym art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) w brzmieniu dotychczasowym, tj. zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, nie później niż przed upływem terminu związania ofertą, z zastrzeżeniem postanowień art. 94 ust. 1a Pzp.

Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza służy zgodnie z art. 70² § 3 i 70³ § 3 Kc w związku z art. 14 Pzp, roszczenie cywilnoprawne o wydanie orzeczenia zastępującego oświadczenie woli przeciwko Zamawiającemu uchylającemu się od zawarcia umowy, które może być dochodzone w trybie art. 64 Kc w związku z art. 1047 § 1 Kpc. Uprawnienia Krajowej Izby Odwoławczej ograniczają się jedynie do rozpatrywania środków ochrony prawnej na czynności zaniechania Zamawiającego w toku postępowania, jak stanowi art. 180 ust. 1 Pzp, zatem nie mogą wykraczać poza postępowanie o udzielenie zamówienia, te zaś kończy się wyborem przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej. Konsekwencją prawną ograniczonej sfery kognicji Krajowej Izby Odwoławczej jest, przepis art. 191 ust. 5 Pzp, że Izba nie może nakazać zawarcia umowy. Roszczenia o zawarcie umowy i domagania się realizacji swego prawa podmiotowego, Odwołujący może dochodzić wyłącznie przed sądem powszechnym, co jednoznacznie potwierdza orzecznictwo sądowe, między innymi cytowany przez Odwołującego wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 lutego 2007 r. sygn. akt I A Ca 1050/07, gdzie Sąd orzekł, że po wybraniu najkorzystniejszej oferty zamawiający nie jest uprawniony do odstąpienia od zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, jeżeli nie występuje żadna z przesłanek unieważnienia postępowania z wymienionych w art. 93 ust. 1 Pzp. Wykonawcy, którego oferta w wyniku postępowania została wybrana, przysługuje roszczenie o zawarcie umowy, w której zakres jego zobowiązania będzie identyczny jak warunki wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w złożonej ofercie. Do kompetencji Sądu będzie zatem należało zbadanie okoliczności podnoszonych przez Zamawiającego i podstaw do ewentualnego skutecznego uchylecia się od skutków prawnych złożonego oświadczenia woli o wyborze oferty Odwołującego.

Izba uznała, że nie zachodzą enumeratywne wymienione przesłanki odrzucenia odwołania wymienione w art. 187 ust. 4 Pzp, w szczególności w punkcie 1, gdyż nie zostało wyłączone stosowanie przepisów ustawy, wymienione w art. 4 Pzp. Skoro roszczenie o zawarcie umowy nie może być skutecznie dochodzone przed KIO, nie mają również zastosowania w tym przypadku przepisy dotyczące terminów wnoszenia środków ochrony prawnej na czynności i zaniechania Zamawiającego w toku prowadzonej procedury przetargowej oraz konsekwencji ich niedotrzymania.

Z tych względów odwołanie podlegało oddaleniu na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 5 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....