

POSTANOWIENIE

z dnia 12 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **12 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2014 r.

przez wykonawcę: „**Warbus**” **sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług przewozowych transportu zbiorowego dla potrzeb komunikacji miejskiej w Tczewie w latach 2015 – 2019* (nr postępowania ZUK.271.3.12.25.2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Usług Komunalnych w Tczewie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: METEOR sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie, IREX-3 sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2.** Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: „**Warbus**” **sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwoty **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Usług Komunalnych w Tczewie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Świadczenie usług przewozowych transportu zbiorowego dla potrzeb komunikacji miejskiej w Tczewie w latach 2015 – 2019* (nr postępowania ZUK.271.3.12.25.2014). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 11 czerwca 2014 r. pod nr 2014/S_110-194766. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp. 13 października 2014 r.

5 grudnia 2014 r. Odwołujący – „Warbus” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {spółka zwana również dalej w skrócie „Warbus”} wniósł – w formie pisemnej – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego do podpisania umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 150 ust. 3 i 4 ustawy pzp, art. 387 Kodeksu cywilnego {„kc”} w zw. z art. 14 pzp oraz art. 387 kc w zw. z art. 14 pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wezwania do zawarcia umowy.
2. Dokonania prawidłowego wezwania Odwołującego do zawarcia umowy w realnym terminie.

Odwołujący sprecyzował powyżej zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że 12 listopada 2014 r. Zamawiający przesłał mu pierwsze wezwanie do podpisania umowy, w którym uzależniał podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego od jednoczesnego podpisania umowy o zrzeczenie się roszczeń odszkodowawczych w przypadku uwzględnienia skargi wykonawcy pierwotnie wybranego, na wyrok Izby z 12 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1787/14), który nakazywał unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego.

Następnie Odwołujący 20 listopada 2014 r. wniósł odwołanie na takie wezwanie, zarzucając Zamawiającemu w szczególności naruszenie art. 140 ust. 1 pzp {który stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie}, gdyż oferta Odwołującego, sporządzona zgodnie z SIWZ, nie zawierała zobowiązania do zrzeczenia się jakichkolwiek roszczeń.

Sygn. akt KIO 2566/14

4 grudnia 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności wezwania Odwołującego do zawarcia umowy (wyrok z 4 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2443/14).

Odwołujący podkreślił, że w pierwotnym wezwaniu Zamawiający dopuścił możliwość wniesienia zabezpieczenia zgodnie z art. 150 ust. 3 i 4 ustawy pzp.

Odwołujący podniósł, że wierząc w dobrą wolę Zamawiającego, jeszcze przed rozstrzygnięciem sporu podjął starania i uzyskał promesę gwarancji ubezpieczeniowej na 30% wartości zabezpieczenia (co daje kwotę 79.406,33 zł), aby być gotowym do podpisania umowy i wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w sposób przewidziany w art.150 ust. 3 i 4 pzp, o czym poinformował Zamawiającego, wskazując także, że będzie to forma gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej.

Tymczasem 4 grudnia 2014 r. około godz. 14 Odwołującemu doręczono nowe wezwanie do zawarcia umowy w dniu następnym, czyli 5 grudnia 2014 r. o godzinie 10:00, jednocześnie wskazując, że ma do tego czasu wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 100% jego wartości (co daje kwotę 264.687,75 zł). Tym samym Zamawiający dał Odwołującemu niecałe 20 godzin na dopełnienie wszystkich niezbędnych formalności do zawarcia umowy. Odwołujący dodał, że siedziba Zamawiającego jest w Tczewie, a Odwołującego w Warszawie

Zdaniem Odwołującego nie jest fizycznie możliwe, ze względu na obowiązujące przepisy i procedury w bankach i firmach ubezpieczeniowych, uzyskanie w ciągu niecałych 20 godzin zabezpieczenia należytego wykonania umowy na pełną wartość. Odwołujący dodał, że wybór formy zabezpieczenia należy do wykonawcy i Zamawiający nie może narzucić Odwołującemu wniesienia zabezpieczenia np. w gotówce.

W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego jest tym bardziej bezprawne i złośliwe, że wiedział on doskonale o zamiarze skorzystania przez Odwołującego z dyspozycji art. 150 ust 3 i 4 pzp, na co wcześniej sam wyraził zgodę, a także o tym, że formą zabezpieczenia będzie gwarancja.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił również, że Zamawiający wymaga od od niego niemożliwego.

Odwołujący wyraził pogląd, że ponieważ sytuacja opisana powyżej nie jest wprost uregulowana w ustawie pzp, dlatego należy do czynności Zamawiającego zastosować przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 387 kc zobowiązanie do rzeczy niemożliwej jest nieważne. Jest to odbicie starorzymskiej zasady (paremii) prawniczej *Impossibilium nulla obligatio est* (łac. Nikt nie jest zobowiązany do rzeczy niemożliwych), która stała się podwaliną jednej z podstawowych zasad praworządności i koncepcji tzw. wewnętrznej moralności prawa, a która oznacza, że dobre prawo nie wymaga rzeczy niemożliwych

od jego adresata. Nie powinien istnieć konflikt między chęcią spełniania obowiązku postępowania zgodnie z normami prawnymi a rzeczywistą niemożliwością jego realizacji. W opinii Odwoływającego wezwanie go z dnia na dzień do podpisania umowy jest nieważne, gdyż w rzeczywistości niemożliwa jest jego realizacja w przywołanych okolicznościach faktycznych.

Odwoływający dodał, że o ile nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego wezwania wykonawcy do zawarcia umowy, a także do niewyrażenia zgody na wniesienie zabezpieczenia w sposób przewidziany w art. 150 ust. 3 i 4 pzp, o tyle Zamawiający nie może korzystać z tych uprawnień w sposób całkowicie dowolny i nieskrępowany. Jedną z naczelnych zasad Kodeksu cywilnego, wyrażoną w art. 5 *{Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony}*, jest bowiem zakaz nadużywania prawa podmiotowego.

Odwoływający zarzucił, że całość opisanych powyżej działań Zamawiającego, czyli wezwanie z dnia na dzień Odwoływającego do zawarcia umowy oraz nagła zmiana decyzji co do zgody wniesienia zabezpieczenia w sposób opisany w art. 150 ust. 3 i 4 pzp, stanowi rażące nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego, a zatem narusza art. 5 kc.

Zamawiający w piśmie z 9 grudnia 2014 r. oświadczył, że 8 grudnia 2014 r. wysłał za pośrednictwem kuriera kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. Dodatkowo Zamawiający przesłał 10 grudnia 2014 r. potwierdzenie odbioru otrzymania w tym dniu zawiadomienia o wpłynięciu odwołania przez wykonawcę Meteor sp. z o.o.

10 grudnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło – w formie pisemnej {pismem z tej daty} – zgłoszenie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: METEOR sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie, IREX-3 sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

8 grudnia 2014 r. faksem {co zostało 10 grudnia 2014 r. potwierdzone pisemnie}

wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że w związku z powyższym wiadomości o wniesieniu 5 grudnia 2014 r. odwołania, na podstawie art. 186 ust. 2 uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W swoim piśmie z 10 grudnia 2014 r. Przystępujący oświadczył z kolei, że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia w całości odwołania przez Zamawiającego.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zamawiający w piśmie z 8 grudnia 2014 r. w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Jednocześnie Przystępujący w piśmie z 10 grudnia 2014 r. oświadczył, że nie sprzeciwia się temu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a Przystępujący, który przystąpił po jego stronie nie wniósł wobec tej czynności sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron

Sygn. akt KIO 2566/14

przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Przewodniczący: