

Sygn. akt: KIO/UZP 1316/10

**WYROK**  
**z dnia 8 lipca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Członkowie: Anna Packo**

**Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

w sprawie wniesionego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 25 czerwca 2010 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Biuro Projektowo Inżynierskie REDAN Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Jagiellońska 69, 70-382 Szczecin (lider), APIA XXI IAK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 5, 02-019 Warszawa, APIA XXI S.A., ul. Alberta Einsteina 2 w Parque y Tecnológico de Cantabria, Santander, Hiszpania** odwołania, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin** protestu z dnia 10 czerwca 2010 r.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych "EKO-INWEST" S.A. z siedzibą w Szczecinie, ul. L. Szenwalda 20, 71-281 Szczecin (lider), COWI A/S Parallelvej 2, 2800 Kongens Lyngby Dania, COWI Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Legnicka 56, 54-204 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego'

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Biuro Projektowo Inżynierskie REDAN Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Jagiellońska 69, 70-382 Szczecin (lider), APIA XXI IAK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 5, 02-019 Warszawa, APIA XXI S.A., ul. Alberta Einsteina 2 w Parque y Tecnológico de Cantabria, Santander, Hiszpania** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Biuro Projektowo Inżynierskie REDAN Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Jagiellońska 69, 70-382 Szczecin (lider), APIA XXI IAK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 5, 02-019 Warszawa, APIA XXI S.A., ul. Alberta Einsteina 2 w Parque y Tecnológico de Cantabria, Santander, Hiszpania,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 457 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące czterysta pięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Biuro Projektowo Inżynierskie REDAN Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Jagiellońska 69, 70-382 Szczecin (lider), APIA XXI IAK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 5, 02-019 Warszawa, APIA XXI S.A., ul. Alberta Einsteina 2 w Parque y Tecnológico de Cantabria, Santander, Hiszpania** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie Izby oraz noclegu.,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Biuro Projektowo Inżynierskie REDAN Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Jagiellońska 69, 70-382 Szczecin (lider), APIA XXI IAK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 5, 02-019 Warszawa, APIA XXI S.A., ul. Alberta Einsteina 2 w Parque y Tecnológico de Cantabria, Santander, Hiszpania**

## **Uzasadnienie**

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Oddział w Szczecinie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zarządzanie Projektem w zakresie budowy obwodnicy m. Nowogard w ciągu drogi krajowej nr S6, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 listopada 2009 r., nr 2009/s 306057.

W dniu 1 czerwca 2010 r. (pismem z dnia 31 maja 2010 r.) Zamawiający poinformował konsorcjum firm: Biuro Projektowo-Inżynierskie REDAN Sp. z o. z siedzibą w Szczecinie, APIA XXI IAK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, APIA XXI S.A. z siedzibą w Hiszpanii, zwane dalej „Odwołującym” o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami ze względu na to, iż wykonawca którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Jednocześnie dodając, iż kilkakrotnie wzywał Odwołującego do podpisania umowy, ostatecznie oznaczając termin na dzień 26 maja 2010 r. na godzinę 13:00. Odwołujący zobowiązany był do tego dnia wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% wynagrodzenia brutto, tj. kwotę 82.558,23 zł. W dniu podpisania umowy Odwołujący przedstawił potwierdzenie przelewu jedynie na kwotę 82.540,87 zł. Nadto Zamawiający podkreślił, iż kwota ta wpłynęła na rachunek Zamawiającego w dniu 27 czerwca 2010 r., a zgodnie z uchwałą SN spełnienie świadczenia bezgotówkowego następuje w dniu uznania rachunku bankowego wierzyciela, chyba że strony stosunku prawnego postanowią inaczej. Wobec powyższego Zamawiający przyjął, że wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed ostatecznym terminem podpisania umowy, uchylając się tym samym od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 10 czerwca 2010 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na:

1. czynność wyboru innej oferty niż poprzednio wybrana,
2. zaniechanie czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, w postaci zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została pierwotnie wybrana,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zatrzymanie przez Zamawiającego wadium wraz z odsetkami, podczas, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana wniósł wymagane zabezpieczenie należytego wykonania umowy,
2. art. 94 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybranie przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, podczas, gdy wykonawca nie uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniósł wymagane zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

Jednocześnie wnosząc o dokonanie przez Zamawiającego bezprawnie zaniechanej czynności w postaci zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została pierwotnie wybrana.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż w niniejszej sprawie nie sposób uznać, iż wykonawca nie wniósł zabezpieczenia albowiem w sposób wystarczający uprawdopodobnił ten fakt, w dniu podpisania umowy przedstawiając potwierdzenie dokonania przelewu na kwotę 82.540,87 zł. Dokonał więc czynności faktycznej w postaci wniesienia zabezpieczenia. Wniesienie niższej kwoty stanowiło oczywistą omyłkę rachunkową, a różnica ta ( 17,36 zł) nie ma wpływu na ocenę działania Odwołującego. Natomiast całokształt okoliczności sprawy pozwala na stwierdzenie, iż Odwołujący nie uchylił się od zawarcia umowy oraz wniósł wymagane zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

W dniu 11 czerwca 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „EKO-INWEST” S.A. z siedzibą w Szczecinie, COWI A/S z siedzibą w Danii i COWI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwane dalej „konsorcjum EKO-INWEST”, otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 14 czerwca 2010 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum EKO-INWEST przystąpiło do protestu, przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 15 czerwca 2010 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc iż „wniesienie” oznacza uznanie kwoty zabezpieczenia na rachunku Zamawiającego. Nadto dodał, iż do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, a w szczególności art. 358 k.c. Ustawa Pzp nie określa terminu wniesienia zabezpieczenia, pozostawiając w tej kwestii wybór Zamawiającemu. Niedopuszczalnym jest jednak wniesienie zabezpieczenia już po podpisaniu umowy.

Pismem z dnia 18 czerwca 2010 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ bezpośredni pisma do Prezesa UZP w dniu 18 czerwca 2010 r., wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 18 czerwca 2010 r.), podtrzymując zarzuty, wnioski oraz argumenty zawarte w proteście.

W dniu 1 lipca 2010 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum EKO-INWEST przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopię przystąpienia do postępowania odwoławczego Zamawiającemu i Odwołującemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Przed wszystkim skład orzekający Izby ustalił, że w związku z tym, iż postępowanie o przedmiotowe zamówienie wszczęto w dniu 12 sierpnia 2009 r., a którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, tj. w dacie przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym, a więc sprzed wejścia w życie wskazanych wyżej przepisów.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, uznając iż Izba związana jest zakresem zarzutów zawartych w proteście.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 94 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert. Oznacza to, iż wybór kolejnej „najkorzystniejszej oferty” spośród ofert pozostałych, jeśli jest dokonywany nie jest poprzedzony ich ponowną oceną.

W niniejszym stanie faktycznym podstawą takiej decyzji, tj. wyboru kolejnej „najkorzystniejszej oferty”, jak konsekwentnie podnosił Zamawiający, było niewniesienie przez Odwołującego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Bezspornym jest, iż Odwołujący w dniu 26 maja 2010 r. dokonał przelewu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 82.540,87 zł, a więc w wysokości niższej, niż kwota wymagana stanowiąca 5% wynagrodzenia brutto, tj. 82.558,23 zł. Kwota ta, tj. kwota niższa niż wymagana, mimo iż prawidłowo wskazana w treści projektu umowy, która miała być zawarta, została uznana na rachunku bankowym Zamawiającego w dniu 27 maja 2010 r., a więc po terminie wskazanym przez Zamawiającego jako termin, w którym zabezpieczenie winno być wniesione. Zamawiający w piśmie z dnia 25 maja 2010 r. wyznaczył bowiem „ostateczny termin podpisania umowy na dzień 26.05.2010 r. na godzinę 13.00” (Odwołujący wcześniej kilkakrotnie wzywany był do podpisania umowy), podkreślając iż „do upływu wyżej wymienionego terminu Odwołujący (...) zobowiązany jest wnieść wymagane zabezpieczenie należytego wykonania umowy”. Tym samym Odwołujący, dokonując wpłaty zabezpieczenia w kwocie niższej niż wymagana oraz w terminie innym niż bezwzględnie wymagany przez Zamawiającego uchybił przepisowi art. 94 ust. 2 ustawy Pzp. Spełnienie świadczenia bezgotówkowego następuje bowiem, co jak słusznie podnosił Zamawiający, cytując uchwałę SN z dnia 4 stycznia 1995 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 164/94, w dniu uznania rachunku bankowego wierzyciela. W świetle powyższego nie można więc uznać, iż Odwołujący wniósł wymagane zabezpieczenie. Dlatego też Zamawiający prawidłowo uczynił, dokonując wyboru kolejnej „najkorzystniejszej oferty” z wszelkimi konsekwencjami dla Odwołującego, wynikającymi z niewniesienia przez niego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w tym art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Nadto Izba stwierdziła, iż roszczenie o zawarcie umowy nie może być skutecznie dochodzone przed Izbą, gdyż Izba nie może nakazać zawarcia umowy, ponieważ jest ona zawierana już poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Kwestie te mogą być więc rozstrzygane jedynie w drodze powództwa cywilnego przed sądem powszechnym.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego, koszty dojazdu na posiedzenie Izby oraz noclegu, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i 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 z późn. zm.).

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 **Szczecinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....