

Sygn. akt: KIO/UZP 852/09

WYROK
z dnia 17 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Agencję Ochrony Kowalczyk Sp. j., 05-300 Mińsk Mazowiecki, ul. Tuwima 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Radomiu, 26-600 Radom, ul. Czachowskiego 21a** protestu z dnia 5 czerwca 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Radomiu, 26-600 Radom, ul. Czachowskiego 21a

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Agencję Ochrony Kowalczyk Sp. j., 05-300 Mińsk Mazowiecki, ul. Tuwima 1,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Radomiu, 26-600 Radom, ul. Czachowskiego 21a** na rzecz **Agencji Ochrony Kowalczyk Sp. j., 05-300 Mińsk Mazowiecki, ul. Tuwima 1**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Agencji Ochrony Kowalczyk Sp. j., 05-300 Mińsk Mazowiecki, ul. Tuwima 1**,

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

Wykonawca – Agencja Ochrony „Kowalczyk” Spółka jawna z siedzibą w Mińsku Mazowieckim - wniósł odwołanie od braku rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, którym jest Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Radomiu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na ochronę osób i mienia oraz utrzymanie porządku wokół chronionych obiektów Zamawiającego oraz podległych jednostek organizacyjnych.

W proteście z dnia 5 czerwca 2009 r. wykonawca zarzucił zamawiającemu

- 1/ bezprawną odmowę zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie,
- 2/ bezprawne zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp,
- 3/ bezprawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp.

Stwierdził, że Zamawiający zaskarżonymi czynnościami naruszył wskazane wyżej przepisy ustawy prawo zamówień publicznych.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący stwierdził, że nie uchylił się od podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie. Wskazał, że jego przedstawiciele zgłosili się dnia 29 maja 2009 r. u Zamawiającego z zamiarem podpisania umowy. Na żądanie Zamawiającego przedstawili zabezpieczenie należytego wykonania umowy i polisy ubezpieczeniowe oraz przekazali wykaz pracowników, którymi posłuży się przy wykonywaniu przedmiotu

zamówienia wraz z dotyczącymi ich dokumentami. W wykazie wymieniono 36 osób, w tym trzy jako dowódcy zmian.

Zamawiający zgłosił jedynie zastrzeżenie dotyczące tego, że wykaz pracowników nie został przygotowany na odpowiednim druku. Po doręczeniu tego samego dnia wykazu według wzoru określonego w SIWZ z danymi 36 pracowników, Zamawiający odmówił podpisania umowy powołując się na niedostarczenie wykazu zgodnego z załącznikiem nr 3 do umowy tj. zawierającym dane co najmniej 80 osób.

Odwołujący powołał § 4 umowy, zgodnie z którym na wykonawcę został nałożony obowiązek przygotowania listy osób, spośród osób wskazanych w wykazie stanowiącym załącznik do SIWZ, a jednocześnie załącznik do umowy, które będą realizowały umowę. Wykonawca, zgodnie z § 4 ust. 2 umowy, miał wskazać osoby, które będą faktycznie wykonywać umowę, a Zamawiający miał otrzymać dokumenty dotyczące tylko tych osób. Odwołujący wskazał, że w ramach zamówienia przewidziano 8 posterunków całodobowych z pracownikami zatrudnionymi w systemie 24/48 godzin oraz 4 posterunki ośmiogodzinne, a także 3 osoby jako nadzór, co daje trzydziestu agentów ochrony i trzy osoby nadzoru, łącznie 33 osoby. W ocenie Odwołującego złożenie dokumentów dotyczących 36 osób czyniło zadość obowiązkowi umownemu. Tym samym Odwołujący nie zgadza się z Zamawiającym, że konieczne było dostarczenie dokumentów dot. wszystkich 90 osób umieszczonych na pierwotnym wykazie załączonym do oferty. Przekazanie dokumentów o osobach, które nie świadczyłyby pracy w ramach zamówienia, a jedynie były umieszczone na wykazie, stanowiłoby naruszenie ustawy o ochronie danych osobowych.

Odwołujący wskazał, że na etapie składania oferty Zamawiający miał prawo żądać wykazu osób potwierdzającego dysponowanie odpowiednim potencjałem osobowym, natomiast na etapie podpisywania umowy istotne jest wskazanie, którzy konkretnie pracownicy wykonawcy będą skierowani do pracy u Zamawiającego, a jest oczywiste, że nie będzie ich dziewięćdziesięciu.

W tak przedstawionym stanie faktycznym Odwołujący stwierdza, że nie uchylał się od podpisania umowy z nim jako wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Wskazał przy tym, że za nie dojście do zawarcia kontraktu odpowiada Zamawiający, który bezpodstawnie zatrzymał wniesione wadium.

Wskazując powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1/ unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2/ zawarcia umowy z Odwołującym na warunkach określonych w ofercie,
- 3/ zwrotu Odwołującemu wadium w wysokości 38.000 zł.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy wykonanych czynności w prowadzonym postępowaniu.

Stwierdził, że Odwołujący nie ma interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej z uwagi na to, że upłynął termin rozpoczęcia realizacji umowy (1 czerwca 2009 r.), a specyfikacja nie przewidywała zmiany terminu. Ponadto przetarg został już unieważniony. Zamawiający podtrzymał stanowisko, że to Odwołujący uchylił się od zawarcia umowy na warunkach zawartych w ofercie. Stwierdził, że w załączniku do oferty wskazano 90 osób pracowników ochrony + 6 osób - kierowników zmian, natomiast w wykazie przedstawionym w dniu 29 maja 2009 r. Odwołujący pierwotnie przedstawił 34 osoby, z których tylko dwie figurują na wykazie załączonym do oferty, natomiast w wykazie przedstawionym ponownie, zawierającym 36 osób, zamieszczono tylko siedem osób spośród wskazanych w załączniku do oferty. Stwierdził, że w wykazie tym osoby wskazane jako dowódcy zmian są umieszczone również w wykazie 36 pracowników ochrony. Powyższe uznał za niezgodne ze wzorem wykazu określonym w rozdz. III pkt 2.1.1.j SIWZ. Wymóg wykazania odrębnie osób pracowników ochrony i kierowników zmian wynikał również ze wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ i jednocześnie załącznik nr 3 do umowy.

Zamawiający stwierdził, że unieważnienie postępowania nastąpiło wobec stwierdzenia niemożności zawarcia umowy na warunkach określonych w specyfikacji i ujętych w złożonej ofercie. Zawarcie umowy z Odwołującym według obecnie żądanych warunków byłoby niezgodne z warunkami zawartymi w ofercie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po rozpoznaniu sprawy z udziałem stron na rozprawie oraz uwzględniając dokumentację postępowania ustalił i zważył, co następuje.

W toku postępowania dowodowego ustalono, co następuje.

W wyniku oceny złożonych ofert w postępowaniu wybrano jako najkorzystniejszą ofertę Odwołującego uznając, że spełnia ona wszystkie wymagania ustawy Pzp oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacja o wyborze została przekazana wykonawcom dnia 30 kwietnia 2009 r.

Postępowanie zostało unieważnione dnia 1 czerwca 2009 r. Powodem unieważnienia był fakt, że Zamawiający nie miał możliwości zawarcia ważnej umowy przed dniem rozpoczęcia realizacji zamówienia. Zamawiający wezwał wybranego wykonawcę, który pomimo wezwania dnia dołączył wymaganych dokumentów niezbędnych do podpisania umowy.

Pismem z dnia 1 czerwca 2009 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy stwierdzając, że mimo wezwania nie dołączył on wymaganych dokumentów niezbędnych do podpisania umowy. Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 4 ust. 1 załącznika nr 5 do SIWZ (wzór umowy) Wykonawca zobowiązał się realizować umowę w oparciu o 90 pracowników ochrony i 6 kierowników zmian – dowódców, wskazanych w załączniku nr 3 do umowy, który stanowi jednocześnie załącznik nr 4 do SIWZ. Dostarczając przed podpisaniem umowy wymagane

dokumenty (licencje pracownika ochrony fizycznej pierwszego i drugiego stopnia, informacje o niekaralności pracowników oraz zaświadczenia lekarskie) wykonawca dostarczył nową listę osób niezgodną z ofertą, która to lista zawierała 36 pracowników ochrony i 3 dowódców zmian. Natomiast komplet dokumentów został złożony dla 32 pracowników. Mimo wyznaczenia dodatkowego terminu wykonawca nie dołączył wymaganych dokumentów, co uniemożliwiło zawarcie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, na warunkach określonych w ofercie.

Uznając, że wykonawca ten uchylił się od podpisania umowy, Zamawiający wezwał do podpisania umowy kolejnego wykonawcę, który jednak nie był w stanie dotrzymać terminu podpisania umowy przed dniem rozpoczęcia terminu realizacji. Postępowanie jako obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy unieważniono na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Analizując zarzut wadliwego unieważnienia przez Zamawiającego prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznaje zarzut za uzasadniony. Wskazana przez Zamawiającego podstawa prawna unieważnienia tj. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga stwierdzenia zaistnienia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenianym postępowaniu nie stwierdzono zaistnienia takiej wady postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, że wadą taką jest niemożność zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie. Niemożność ta, niezależnie od tego czy jest ona obiektywna, czy wynika z subiektywnej oceny, nie pozostaje w żadnym związku z czynnościami prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym fakt, że nie doszło do zawarcia umowy między Zamawiającym a wybranym wykonawcą nie jest następstwem jakiegokolwiek wady postępowania.

W świetle powyższego Izba ustaliła, że Zamawiający nie miał podstaw unieważnić postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty nie zaszła żadna z przesłanek unieważnienia postępowania określona w przepisie art. 93 ust. 1, w tym również w pkt 7 tego przepisu. Konsekwencją dokonanego ustalenia jest rozstrzygnięcie wyroku zawarte w jego sentencji.

Odnosząc się do zarzutu bezprawnej odmowy zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie i wniosku o nakazanie Zamawiającemu zawarcia umowy z Odwołującym Izba wskazuje na jednoznaczne brzmienie przepisu art. 191 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może nakazać zawarcia umowy. Należy stwierdzić, że uprawnienia Izby związane z uwzględnieniem odwołania nie mogą dotyczyć czynności zamawiającego wykraczających poza sferę postępowania o udzielenie zamówienia, ta zaś kończy się wyborem przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej.

Stwierdzenie zawarte w zdaniu poprzedzającym odnieść należy także do kolejnego zarzutu i wniosku odwołania tj. żądania nakazania Zamawiającemu zwrotu Odwołującemu wadium zatrzymanemu na podstawie art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Oceniając ten zarzut Izba stwierdza, że Odwołujący nie miał interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy we wnoszeniu i popieraniu zarzutu. W świetle powołanego przepisu skuteczne wniesienie środka ochrony prawnej wymaga spełnienia trzech przesłanek:

- 1/ uszczerbku w interesie prawnym, związanym z uzyskaniem danego zamówienia,
- 2/ naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy,
- 3/ związku przyczynowego pomiędzy konkretnym naruszeniem, a powstaniem, bądź możliwością powstania uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy.

Wskazane przesłanki powinny być spełnione na każdym etapie składania środków ochrony prawnej. Należy zauważyć, że w przypadku czynności zatrzymania wadium nie mamy do czynienia z czynnością postępowania podejmowaną w bezpośrednim związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego zmierzającym do zawarcia umowy w wyniku wyboru oferty. Zatrzymanie wadium jest działaniem tylko formalnie związanym z czynnościami Zamawiającego podejmowanym w toku postępowania, jednak stanowi ono skutek tych czynności, niezależny od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie jest to zatem czynność podjęta w postępowaniu, lecz stanowi, w wypadkach określonych przepisami, dodatkowy skutek postępowania.

W konsekwencji Izba uznała, że w omawianym zakresie nie została wypełniona materialnoprawna przesłanka umożliwiająca odniesienie się merytoryczne do podniesionego zarzutu zatrzymania wadium. Kwestia ta stanowi przedmiot sporu cywilnoprawnego pomiędzy stronami stosunku cywilnoprawnego tj. gwarantem, beneficjentem i wykonawcą składającym gwarancję wadialną. Powyższy spór może być – w ocenie Izby – przedmiotem odrębnego rozpoznania przez właściwy sąd powszechny.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 oraz 1a ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*