

Sygn. akt: KIO/UZP 703/10

WYROK
z dnia 7 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**

Członkowie: **Katarzyna Prowadzisz**
Katarzyna Ronikier - Dolańska

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy** protestu z dnia 31 marca 2010 r.

przy udziale **ALBA ekoserwis Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 5, 41-922 Radzionków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania dla zadania nr 1,

2.kosztami postępowania obciąża Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy 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 uiszczonego przez **EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 338 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) przez **Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy** na rzecz **EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie,
- 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 **EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom**.

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

Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Tychach, zwany 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”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczenie dróg i obiektów drogowych na terenie miasta Tychy w sezonie 2009/2010”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 12 sierpnia 2009 r., nr 2009/S 153-223496.

W dniu 22 marca 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, zwanego dalej „Odwołującym”, o unieważnieniu przedmiotowego postępowania dla zadania nr 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 k.c., wskazując iż wykonanie umowy w jednym z trzech sezonów zdefiniowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, tj. w sezonie zimowym 2009/2010 jest niemożliwym do zrealizowania, a tym samym umowa zawierająca postanowienie o świadczenie niemożliwe byłaby dotknięta sankcją nieważności. A ponieważ zakres świadczenia wykonawcy określony w ewentualnie zawartej umowie powinien być - w myśl art. 140 ustawy Pzp - zgodny z treścią zobowiązania tegoż wykonawcy zawartego w treści złożonej przez niego oferty, nie jest możliwym zawarcie ważnej umowy z pominięciem ujętego w ofercie sezonu 2009/2010.

Pismem z dnia 30 marca 2010 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 31 marca 2010 r.) Odwołujący wniósł protest na zaniechanie przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na czynność bezprawnego unieważnienia postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezprawne zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ,
3. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez bezprawne unieważnienie postępowania.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie bezprawnej czynności unieważnienia postępowania,
2. wykonanie zaniechanej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż okoliczność zakończenia jednego z trzech sezonów zimowego utrzymania dróg nie stanowi przesłanki unieważnienia postępowania, gdyż nie jest to wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Natomiast fakt upływu terminu na realizację jednego z trzech tożsamy zakresów usług obejmujących trzy kolejne sezony zimowego utrzymania dróg, nie ma charakteru nieprzemijającego, gdyż świadczenie objęte przedmiotem umowy możliwym jest do zrealizowania w sezonach 2010/2011 oraz 2011/2012, a więc w 2/3 zamówienia. A ponadto okoliczność braku możliwości realizacji przedmiotu umowy w minionym sezonie 2009/2010 powoduje, iż zamawiający zobowiązany jest usunąć tę niemożność poprzez przeniesienie realizacji zamówienia na sezon 2012/2013.

Pismem z dnia 2 kwietnia 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 wykonawca ALBA ekoserwis Sp. z o.o. z siedzibą w Radzionkowie, zwany dalej „wykonawcą ALBA”, otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 2 kwietnia 2010 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ALBA przystąpił do protestu.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie 10 dni od dnia jego wniesienia, tym samym zgodnie z art. 183 ustawy Pzp protest, uznaje się za oddalony.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2010 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ pisma do Prezesa UZP w dniu 21 kwietnia 2010 r.; wpływ do Zamawiającego w dniu 19 kwietnia 2010 r.; data nadania do UZP w placówce pocztowej

operatora publicznego w dniu 19 kwietnia 2010 r.), podtrzymując zarzuty, wnioski oraz argumenty zawarte w proteście.

W dniu 30 kwietnia 2010 r. (pismem z dnia 29 kwietnia 2010 r.) wykonawca ALBA przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując jednocześnie kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

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

Przede 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, jak również Izba stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący, podnosząc zarzut podjęcia przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp czynności, polegającej na unieważnieniu postępowania o zamówienie w ramach zadania nr 1 oraz faktu, iż oferta Odwołującego w rankingu ofert sklasyfikowana byłaby jako najkorzystniejsza, w dostateczny sposób wykazał uszczerbek w swoim interesie prawnym, związany z bezprawnym pozbawieniem go przez Zamawiającego szans na uzyskanie niniejszego zamówienia. Pozytywny wynik postępowania odwoławczego oznaczałby bowiem dla Odwołującego ponowne badanie i ocenę ofert, a tym samym szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Dlatego też Izba uznała, że Odwołujący miał interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania.

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

Izba ustaliła, iż Zamawiający jako podstawę unieważnienia postępowania, w piśmie z dnia 22 marca 2010 r., wskazał art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 k.c., podnosząc iż – zgodnie z art. 387 § 1 k.c. – umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, gdyż umowa zawierana przez zamawiającego z wykonawcą obejmowałaby swym zakresem jedynie dwa sezony zimowe, tj. 2010/2011 i 2011/2012, podczas gdy zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 ust. 1 ustawy Pzp), a więc obejmującym trzy sezony zimowe, tj. 2009/2010, 2010/2011 i 2011/2012.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest więc takie naruszenie przepisów, które w przypadku zawarcia umowy wywołuje skutek prawny w postaci jej nieważności. Taką wadę stanowią wszystkie okoliczności, wymienione w katalogu okoliczności zawartych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, powodujących nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, a który to przepis pozostaje w bezpośrednim związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Mimo, iż katalog z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowi katalogu zamkniętego, to jednak wskazane w nim okoliczności obejmują zachowania będące naruszeniem przepisów ustawy Pzp w postępowaniu poprzedzającym zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazując tym samym wady postępowania skutkujące nieważnością umowy z mocy prawa.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający jak podstawę unieważnienia postępowania wskazał art. 387 § 1 k.c., a więc podstawę spoza katalogu zawartego w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Tak więc nie wykazał naruszenia przepisów określonych w ustawie Pzp, których zaistnienie w toku przeprowadzonego postępowania uzasadniałoby jego unieważnienie, mimo iż wadą taką winno być dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne. Wady takiej – w ocenie Izby - nie stanowi upływ terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia. Zamawiający bowiem już w § 3 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 13 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieścił postanowienie, iż „w przypadku braku rozstrzygnięcia niniejszego zamówienia w terminie umożliwiającym rozpoczęcie realizacji przedmiotu umowy w dniu 01.11.2009 r. rozpoczęcie realizacji przedmiotu umowy nastąpi następnego dnia po dniu podpisania umowy”. Dlatego też, jak słusznie podniósł Odwołujący, Zamawiający przewidywał możliwość zawarcia umowy w innym terminie niż 1 listopada 2009 r. Twierdzenia Zamawiającego jakoby sytuacja ta miała dotyczyć jedynie opóźnienia o jeden lub dwa tygodnie, maksymalnie do jednego miesiąca są niczym nie udowodnione. Powyższe nie tylko, że nie wynika z treści specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, ani też treści postanowień wzoru umowy, ale i całej dokumentacji postępowania.

Bezspornym jest jednak, iż świadczenie wykonawcy miało obejmować trzy sezony zimowego i pozimowego utrzymania dróg, tj. 2009/2010, 2010/2011 i 2011/2012. Bezspornym jest także, iż faktycznie niemożliwym jest już objęcie treścią umowy sezonu 2009/2010, który to sezon rzeczywiście już się zakończył. Niemniej jednak możliwym jest zrealizowanie zamówienia w sezonie 2010/2011 i 2011/2012. Wobec powyższego rodzi się pytanie, czy możliwym jest zawarcie umowy o zakresie świadczenia mniejszym niż przewidywany w treści SIWZ i treści oferty wykonawcy (Odwołującego).

Niewątpliwym jest, iż żaden z przepisów ustawy Pzp nie sprzeciwia się zawarciu umowy w sytuacji, gdy termin wskazany w dokumentacji postępowania jako data rozpoczęcia wykonywania świadczenia już upłynął. Art. 140 ustawy Pzp stanowi jedynie, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy ma być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, sankcją nieważności przewidując jedynie w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sankcji takiej, nie przewidując w przypadku ograniczenia realizacji zamówienia.

W ocenie Izby, w niniejszym stanie faktycznym, brak możliwości zawarcia umowy w terminie określonym przez Zamawiającego, jak i zrealizowania pełnego zakresu świadczenia w sezonach wskazanych przez Zamawiającego, jak i ofercie Odwołującego, nie stanowi wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Jak już wyżej wskazano sam Zamawiający przewidywał możliwość zawarcia umowy w terminie innym niż wskazany we wzorze umowy, tym samym przewidując ewentualne ograniczenie wykonania świadczenia. Przewidywane opóźnienie zawarcia umowy mogło bowiem skutkować zmniejszeniem zakresu świadczenia wykonawcy, np. na skutek wystąpienia opadów śniegu w okresie, w którym umowa nie została jeszcze zawarta, a w którym usługi będące przedmiotem umowy zawartej w wyniku przedmiotowego postępowania, musiały być realizowane. Zakres świadczenia jest bowiem ściśle uzależniony od warunków atmosferycznych, jakie wystąpią we wskazanych przez Zamawiającego okresach. Wynagrodzenie wykonawcy uzależnione jest więc od faktycznie wykonanych usług za wykonanie przedmiotu umowy. Zamawiający ustalił bowiem wynagrodzenie kosztorysowe z zastosowaniem zryczałtowanych cen jednostkowych za faktycznie wykonane usługi. Jednocześnie w treści wzoru umowy, przewidując możliwość zmniejszenia kwoty wynagrodzenia na skutek ograniczenia potrzeb Zamawiającego, i zobowiązując wykonawcę do przyjęcia skorygowanego wynagrodzenia, oraz pozbawiając go możliwości wystąpienia z jakimikolwiek roszczeniami w stosunku do Zamawiającego. Oznacza to, że we wzorze umowy zawarto szereg postanowień, które pozwalają na korektę zakresu świadczenia w stosunku do pierwotnie zakładanego. Skoro więc przepisy ustawy Pzp nie przewidują sankcji

nieważności w przypadku zawarcia umowy zawierającej zakres świadczenia mniejszy niż przewidziano w SIWZ i ofercie wykonawcy, Zamawiający sytuację taką przewidział w treści wzoru umowy, a czynniki obiektywne nie pozwalają na obecnym etapie postępowania na realizację świadczenia w pełnym zakresie oraz w braku wskazania naruszenia przepisów ustawy Pzp, których naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, brak jest podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż zgodnie z treścią tego przepisu Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odstąpienie od tej czynności, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie jest obligatoryjne w przypadku zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania. Istnieją bowiem podstawy unieważnienia postępowania, które powinny zostać poprzedzone wyborem oferty najkorzystniejszej (np. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Zdaniem Izby Zamawiający nie tylko, że nie wykazał, ale nawet nie podjął próby uprawdopodobnienia wystąpienia w niniejszym stanie faktycznym „obiektywnej niemożności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty”. Przeciwnie konsekwentnie twierdził, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Przepis ten (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp), jak słusznie podniósł Odwołujący, powinien być rozpatrywany łącznie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Dlatego też czynność unieważnienia postępowania powinna być poprzedzona wyborem oferty najkorzystniejszej, zwłaszcza, że Zamawiający jako wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy wskazał niemożność realizacji umowy o zamówienie publiczne na skutek przesunięcia terminu zawarcia umowy, a więc rzekomą wadę postępowania – jak należy przypuszczać, gdyż Zamawiający tego nie wyartykułował – która dotyczyłaby dopiero etapu zawierania umowy, a nie oceny ofert, a istnienie wady postępowania, jak już wyżej wskazano nie potwierdziło się. Tak więc Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 294,00 zł, na podstawie kserokopii biletów złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....