

WYROK

z dnia 22 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2012 r. przez **A..... F....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A..... F..... Gospodarstwo Rybackie FALKO, Boksze Osada 10A** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Rybactwa Śródlądowego im. Stanisława Sakowicza w Olsztynie**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **A..... F....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A..... F..... Gospodarstwo Rybackie FALKO, Boksze Osada 10A** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **A..... F....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A..... F..... Gospodarstwo Rybackie FALKO, Boksze Osada 10A** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **A..... F.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **A..... F..... Gospodarstwo Rybackie FALKO, Boksze Osada 10A** na rzecz **Instytutu Rybactwa Śródlądowego im. Stanisława Sakowicza w Olsztynie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

.....

Uzasadnienie

Wykonawca - Instytut Rybactwa Śródlądowego im. Stanisława Sakowicza w Olsztynie – wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę żywego narybku łososia europejskiego w ilości 2.529.730 osobników, o masie jednostkowej od 2 do 10 g/szt. i długości całkowitej ciała poniżej 20 cm, pochodzącego z sezonu 2011/2012, do miejsc wskazanych przez zamawiającego.

W dniu 8 listopada 2012 r. wykonawca A..... F....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A..... F..... Gospodarstwo Rybackie FALKO, Boksze Osada 10A (dalej: odwołujący się) wniósł postępowanie na czynności zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania oraz zatrzymaniu wadium odwołującemu się.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych,
- 2) naruszenie art. 46 ust. 5 pkt 1, 2 i 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący się wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zwrotu odwołującemu wniesionego wadium w postaci gwarancji bankowej,
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że zapisy SIWZ precyzowały szczegółowy zakres i sposób dostawy, przewidując, iż w terminie do dnia 31 października 2012 r. wybrany wykonawca winien dostarczyć własnym transportem 2.529.730 osobników żywego narybku węgorza europejskiego.

W dniu 15 października 2012 r. zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą była oferta odwołującego; drugą ofertę odrzucono. Jednocześnie zamawiający poinformował, że z wybranym wykonawcą zostanie zawarta umowa w terminie określonym w art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, wyznaczając termin zawarcia umowy na dzień 26 października 2012 r. oraz przypomniał o konieczności wniesienia zabezpieczenia należytego zabezpieczenia umowy do dnia 25 października 2012 r.

Odwołujący się podniósł, że od podpisania umowy do terminu jej wykonania

pozostawałyby jedynie 3 dni robocze, tj. 29-31.10.2012 r. (zamawiający nie brał pod uwagę możliwości zarybiania w sobotę i niedzielę 27-28.10.2012 r., gdyż obecność jego przedstawicieli w komisjach odbiorczych w tych dniach nie była możliwa; ponadto dokładne miejsca zarybiania miały być uzgadniane z 3-dniowym wyprzedzeniem), co z uwagi na wielkość zamówienia oraz prawidłowy sposób jego wykonania - czyniło niemożliwym jego wykonanie w tak krótkim czasie. Odwołujący zwracał się do zamawiającego albo o wcześniejsze zawarcie umowy i przystąpienie do jej wykonania albo zmianę terminu wykonania zamówienia. Realny termin wykonania zamówienia wynosił bowiem ok. 2 tygodni, absolutnie minimalny - 1 tydzień. Stanowisko zamawiającego było jednak negatywne.

W dniu 29 października 2012 r. zamawiający przesłał odwołującemu drogą elektroniczną zawiadomienie o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, wskazując jako podstawę prawną art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający stwierdził, iż ponieważ do końca wyznaczonego terminu, tj. do dnia 25 października 2012 r. wybrany wykonawca nie wniósł zabezpieczenia, podpisanie umowy w dniu 26 października 2012 r. stało się niemożliwe z winy wykonawcy (tj. odwołującego); druga oferta, złożona w tym przetargu, podlegała odrzuceniu i z uwagi na to postępowanie zostało unieważnione.

W ocenie odwołującego się zaskarżona czynności - unieważnienie przedmiotowego postępowania została dokonana z rażącym naruszeniem powołanego przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Przepis ten przewiduje, iż zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego, a więc nie podlegała ona odrzuceniu. Odwołujący się podkreślił, iż żaden przepis ustawy - Prawo zamówień publicznych nie zrównuje sytuacji wykonawcy, który odmówił zawarcia umowy lub nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy z sytuacją wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu. Z tego względu unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, było nieuzasadnione i rażąco narusza wskazany przepis.

Zdaniem odwołującego się, nie było także zasadne zatrzymanie wadium. Zgodnie z art. 46 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Wprawdzie odwołujący nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jednak było to wynikiem ustalenia, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Termin wykonania zamówienia określono „sztywno”, tj. do dnia 31 października 2012 r. (a nie np. „w ciągu 2 tygodni od dnia zawarcia umowy”). Wykonanie umowy w tym terminie byłoby możliwe, gdyby zamawiający niezwłocznie po otwarciu ofert (miało to miejsce 8 października 2012 r.) dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i powiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania. Wówczas, przyjmując, iż powiadomienie nastąpiłoby najpóźniej w dniu 9 października 2012 r. oraz uwzględniając termin określony w art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zawarcie wykonalnej umowy w sprawie zamówienia publicznego możliwe byłoby w dniu 20 października 2012 r., przy czym uwzględniając, iż była to sobota, w realiach pracy zamawiającego oznaczało to, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego mogło nastąpić najwcześniej 22 października 2012 r.

Przygotowując postępowanie zamawiający najprawdopodobniej nie uwzględnił mogących wystąpić komplikacji w wyżej wskazanym harmonogramie. W ocenie odwołującego zaplanowanie przetargu tak, by wybrany podmiot miał realną możliwość realizacji zamówienia leży w całości po stronie zamawiającego. Przede wszystkim, po otwarciu ofert okazało się, iż druga oferta zawierała braki, które wymagały wezwania drugiego oferenta do ich usunięcia. Dopiero po bezskutecznym uzupełnieniu braków możliwe było dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty. Z tego powodu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty nastąpiło dopiero w dniu 15 października 2012 r., a co za tym idzie, z uwagi na treść art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz dokonaną formę przesłania zawiadomienia, zawarcie umowy było możliwe najwcześniej w dniu 26 października 2012 r. Zawarcie wyżej wskazanej umowy, według informacji przekazywanych odwołującemu przez zamawiającego, miało nastąpić dopiero w dniu 22 października 2012 r., przy czym podkreślić należy, iż zamawiający nie miał w tym zakresie jednoznacznych i pewnych informacji, co nie pozostawało bez wpływu na możliwość podejmowania decyzji mających doprowadzić do należytego wykonania umowy i podjęcia, z wyprzedzeniem, koniecznych czynności przygotowawczych.

Wskazane wyżej przyczyny, nieleżące po stronie odwołującego, doprowadziły do

tego, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się możliwe dopiero w dniu 26 października 2012 r. Na wykonanie zamówienia w terminie do 31 października 2012 r. pozostawało zatem 3 dni robocze (29, 30 i 31 października 2012 r.). Wykonanie umowy w tak krótkim czasie było obiektywnie niemożliwe.

W dalszej części odwołania odwołujący się w sposób szczegółowy uzasadniał niemożność zrealizowania umowy w tak krótkim okresie czasu. Wniósł też o powołanie biegłego z zakresu rybactwa śródlądowego oraz przeprowadzenie dowodu z zeznań odwołującego się na okoliczność przeprowadzenia procesu transportu narybku.

Odwołujący się podniósł, iż postawiony w takiej sytuacji, odmówił wniesienia zabezpieczenia i podpisania umowy niemożliwej do spełnienia, gdyż dotyczyłaby świadczenia niemożliwego do spełnienia. Umowa taka byłaby nieważna z mocy art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W ocenie odwołującego, nie można żądać od niego zawarcia nieważnej umowy ani też żądać jej zabezpieczenia.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 31 sierpnia 2012 roku. Termin składania ofert, zgodnie z pkt. IV.3.4 ogłoszenia o zamówieniu został wyznaczony na dzień 8 sierpnia 2012 roku godz. 12.00

Stosownie do pkt. II. 3 ogłoszenia o zamówieniu rozpoczęcie realizacji zamówienia przewidziano na dzień 15 października 2012, zakończenie – na dzień 31 października 2012 r. W myśl zapisów rozdziału II („Opis przedmiotu zamówienia”) ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), rozdz. III („termin wykonania zamówienia”) oraz § 1 ust. 1 wzoru umowy w terminie do dnia 31 października 2012 r. wybrany wykonawca winien dostarczyć własnym transportem 2.529.730 osobników żywego narybku węgorza europejskiego.

W myśl pkt III.1.1 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdz. VII ust. 1 SIWZ wykonawcy biorący udział w postępowaniu winni byli wnieść wadium w wysokości 150.000 zł.

Zgodnie z rozdz. XIV ust. 2 SIWZ umowa w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183 ustawy Pzp, zostanie zawarta w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostanie przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo 15 dni, jeżeli zostanie przesłane w inny sposób z zastrzeżeniem okoliczności, o których mowa w art. 94 ust. 2 pkt 1 lit. a, tzn. zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed

upływem terminów, o których mowa w niniejszym punkcie, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia została złożona jedna oferta.

W myśl pkt. III.1.1 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, rozdz. XVII ust. 1 SIWZ oraz § 6 ust. 1 zdanie pierwsze wzoru umowy Wykonawca wniesie do Zamawiającego zabezpieczenie należytego wykonania umowy na sumę odpowiadającą 2% oferowanej ceny brutto, najpóźniej na 1 dzień przed terminem wyznaczonym przez zamawiającego do podpisania umowy.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty – przez odwołującego się oraz przez Zarząd Główny polskiego Związku Wędkarskiego w Warszawie.

W dniu 15 października 2012 r. zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą była oferta odwołującego; drugą ofertę odrzucono. Jednocześnie zamawiający poinformował, że z wybranym wykonawcą zostanie zawarta umowa w terminie określonym w art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, wyznaczając termin zawarcia umowy na dzień 26 października 2012 r. oraz powiadomił o konieczności wniesienia zabezpieczenia należytego zabezpieczenia umowy do dnia 25 października 2012 r.

W wyznaczonym terminie odwołujący się nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W dniu 29 października 2012 r. zamawiający przesłał odwołującemu drogą elektroniczną zawiadomienie o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, wskazując jako podstawę prawną art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający stwierdził, iż ponieważ do końca wyznaczonego terminu, tj. do dnia 25 października 2012 r. wybrany wykonawca nie wniósł zabezpieczenia, podpisanie umowy w dniu 26 października 2012 r. stało się niemożliwe z winy wykonawcy (tj. odwołującego); druga oferta, złożona w tym przetargu, podlegała odrzuceniu i z uwagi na to postępowanie zostało unieważnione.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Bezspornym w niniejszym postępowaniu jest fakt, iż zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego się i wyznaczył mu termin zawarcia umowy na dzień 26 października 2012 roku oraz termin wniesienia zabezpieczenia

należytego wykonania umowy na dzień 25 października 2012 roku. Bezsprzeczne jest także, iż do wyznaczonego dnia nie wniósł wymaganego zabezpieczenia i odmówił zawarcia umowy. Wynika to z uzasadnienia odwołania oraz ze stanowiska odwołującego się przedstawionego na rozprawie. Odwołujący się wywodził, iż działanie jego było spowodowane przekonaniem, iż w terminie pozostałym do końca października, to jest do dnia wyznaczonego jako termin realizacji umowy wykonanie dostawy przewidzianej umową jest niemożliwe.

W myśl art. 94 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1. Z kolei – w myśl art. 93 ust. 1 pkt 1 *in principio* ustawy Pzp - zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu wybrany wykonawca odmówił zawarcia umowy, a druga złożona oferta została odrzucona należy przyjąć, iż zaszła przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

W myśl art. 46 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Ponieważ okoliczności sprawy nie pozostawiają wątpliwości co do faktów wypełniających dyspozycję wskazanego powyżej przepisu Izba uznała, że zamawiający zasadnie zatrzymał wadium wniesione przez odwołującego się.

Izba wskazuje, że argumentacja odwołującego się podnoszona zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie sprowadzała się do dowodzenia, iż wykonanie umowy w wyznaczonym terminie było z przyczyn obiektywnych niemożliwe. W ocenie Izby podnoszone w tym zakresie przez odwołującego się zarzuty należy uznać za spóźnione, ponieważ dotyczyły one *de facto* treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych

warunków zamówienia. Odwołujący się, o ile kwestionował termin wykonania dostawy przewidziany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, winien był bądź zaskarżyć w drodze odwołania określone postanowienia ogłoszenia i SIWZ, bądź też w ogóle do postępowania nie przystępować. Odwołujący się – jako profesjonalny uczestnik obrotu prawnego – przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien znać przepisy ustawy Pzp, na podstawie których prowadzone jest postępowanie, w tym w szczególności przepisy o obowiązujących uczestników postępowania czynnościach oraz terminach do dokonania poszczególnych czynności. Izba przykładowo tylko podaje, iż zamawiający po otwarciu ofert winien wezwać uczestników postępowania do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wyznaczając im w tym celu termin na ich złożenie. Z kolei – w myśl art. 94 ust 1 ustawy zamawiający nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wcześniej niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób. Wykonawca, który decyduje się na wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winien na podstawie informacji uzyskanych z ogłoszenia i SIWZ oraz przepisów ustawy Pzp wyliczyć, ile faktycznie czasu pozostanie mu na wykonanie zamówienia. W rozpoznawanym przypadku nie było to niemożliwe, a zatem przy zachowaniu należytej staranności, wykonawca mógł mieć świadomość o czasie realizacji zamówienia i zdecydować bądź o zaskarżeniu zapisów ogłoszenia i SIWZ, bądź o tym, czy w ogóle do postępowania przystępuje.

Wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Jeżeli postanowienia SIWZ nie zostaną zaskarżone w

drodze odwołania w terminie przepisany na wniesienie odwołania, wykonawca nie może na późniejszym etapie postępowania kwestionować zapisów SIWZ i podnosić ich bezprawności.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....