

Sygn. akt: KIO 288/14

WYROK

z dnia 4 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2014 r. przez wykonawcę:

Trans-Masz Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych S.A.

ul. Na Grobli 4, 73-110 Stargard Szczeciński

w postępowaniu prowadzonym przez

Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie

Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin

przy udziale wykonawcy **Maldrobud Sp. z o.o. sp.k. ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Trans-Masz Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych S.A. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Trans-Masz Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych S.A. tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od Trans-Masz Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych S.A. na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie 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 (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „roboty w zakresie bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie z podziałem na 7 części (zadań)” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 listopada 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 14-371596. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Trans-Masz Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych S.A. wniósł odwołanie od czynności zamawiającego w zakresie zadania nr 4 polegających na wyborze oferty Maldrobud Sp. z o.o. sp. k. z uwagi na uznanie, że odwołujący, którego oferta pierwotnie została uznana za najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy i nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz na zatrzymaniu wadium odwołującego. Stanowi to naruszenie art. 94 ust. 3 i art. 46 ust. 5 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Maldrobud Sp. z o.o. sp. k. w zakresie zadania 4.,
2. unieważnienie czynności zatrzymania wadium odwołującego,
3. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego w zakresie zadania nr 4.

Odwołujący wskazał, iż 13 stycznia 2014 r. oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą w zakresie zadania nr 4. Pismem z 21 stycznia 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego do podpisania umowy do 27 stycznia 2014 r.

Pismem z 23 stycznia 2014 r. odwołujący poprosił zamawiającego o przesunięcie terminu podpisania umowy o co najmniej 14 dni z uwagi na procedury związane z uzyskaniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Pismem z 24 stycznia 2014 r. zamawiający przedłużył termin podpisania umowy do 3 lutego 2014 r. Pismem z 3 lutego 2014 r. odwołujący poprosił o przesunięcie terminu podpisania umowy o 7 dni. Pismem z 3 lutego 2014 r. (doręczonym odwołującemu pocztą 6 lutego) zamawiający przesunął termin podpisania umowy do 5 lutego 2014 r.

Następnie 6 lutego 2014 r. zamawiający dokonał wyboru oferty Maldrobud Sp. z o.o. sp. k. w zakresie zadania nr 4 z uwagi na uznanie, że odwołujący uchyla się od zawarcia umowy i nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem odwołującego decyzje zamawiającego nie znajdują podstaw w przepisach prawa. Zamawiający zdecydował się, mimo próśb odwołującego o odroczenie terminu podpisania umowy o kilka dni, na wybór oferty o 2.472.740,22 zł droższej. Czynność ta jest nieracjonalna i narażająca finanse publiczne na dużą stratę. Odwołujący prosił o przesunięcie terminu podpisania umowy o 7 dni, a wybierając ofertę Maldrobud Sp. z o.o. sp.k. musi czekać co najmniej 10 dni z uwagi na treść art. 94 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przed wszystkim jednak odwołujący w swoich pismach wyrażał wolę zawarcia umowy i prosił jedynie o przesunięcie terminu o kilka dni z uwagi na procedury związane z koniecznością uzyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Przepisy nie określają maksymalnego terminu zawarcia umowy, wskazują jedynie na terminy, od upływu których można zawrzeć umowę.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzenie, że wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy, musi być poprzedzone ustaleniem, iż ten wykonawca nie ma zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmuje działania, które mają na celu niedopuszczenie do jej zawarcia. Zamawiający sam wyznacza ostateczny termin zawarcia umowy. W ramach uprawnień zamawiającego mieści się zatem możliwość zmiany pierwotnego terminu wyznaczonego na zawarcie umowy.

Termin „uchylać się” według „Słownika języka polskiego” PWN oznacza „rozmyślnie nie wypełniać czegoś”. Stwierdzenie, że wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy, musi być poprzedzone ustaleniem, iż rzeczony wykonawca nie ma zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmuje działania, które mają na celu niedopuszczenie do jej zawarcia.

Przez uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia przez wykonawcę, który złożył zamawiającemu oświadczenie woli wyrażające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego do podpisania umowy – wprost lub przez zachowanie ujawniające jego wolę w sposób wystarczający.

Nie każde zachowanie wykonawcy powodujące brak natychmiastowego podpisania umowy może być utożsamiane z uchylaniem się od podpisania umowy. Za uchylanie się od podpisania umowy nie powinno być uznane np. niestawiennictwo pracownika wykonawcy w siedzibie zamawiającego w celu podpisania umowy, czy też zaproponowanie zmiany treści umowy (zgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych) koniecznej z uwagi na zmianę warunków wykonywania zamówienia. Uchylanie się od podpisania umowy powinno

przejawiać się wyraźną odmową zawarcia umowy przez wykonawcę, Zamawiający powinien dochować należytej staranności przy wzywaniu wykonawcy do zawarcia umowy.

Z zachowania odwołującego nie wynikało, aby nie chciał zawrzeć umowy. Gdyby nie miał zamiaru podpisać umowy, nie pisałby pism i nie prosiłby o przesunięcie terminu. Termin związania ofertą liczy 90 dni, a otwarcie ofert nastąpiło 16 grudnia 2013 r., więc jest jeszcze długi okres związania ofertą zabezpieczony wadium.

O tym, że odwołujący miał zamiar zawrzeć umowę i wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy, świadczy pismo PZU z 14 lutego 2014 r. oraz aneks nr 17 z 7 lutego 2014 r. do umowy odwołującego z PZU. Po podpisaniu aneksu z PZU 7 lutego 2014 r. odwołujący może uzyskać od PZU gwarancję należytego wykonania umowy w ciągu kilku godzin i jest gotów tego dokonać niezwłocznie, jeżeli zamawiający unieważni czynność polegającą na wyborze oferty konkurencyjnej.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż 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. Spójnik „lub” oznacza, że wystarczającym powodem do zastosowania powyższego artykułu ustawy będzie niewniesienie przez wykonawcę wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Podstawą decyzji zamawiającego tj. wyboru kolejnej oferty było niewniesienie przez odwołującego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Obowiązek jego wniesienia wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której punkcie 16.1 „Instrukcji dla wykonawców” wykonawca, przed podpisaniem umowy, zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny całkowitej podanej w ofercie.

Ustawa nie określa terminu wniesienia zabezpieczenia, pozostawiając w tej kwestii wybór zamawiającemu. Zamawiający kilkakrotnie wzywał odwołującego do podpisania umowy, wezwania przesyłając odwołującemu za pomocą faksu oraz pisemnie.

Pismem z 21 stycznia 2014 r. został wyznaczony pierwszy termin podpisania umowy na 27 stycznia 2014 r. 24 stycznia 2014 r. odwołujący oświadczył, iż nie jest w stanie dostarczyć gwarancji na dzień 27 stycznia, prosząc jednocześnie o przesunięcie terminu podpisania umowy co najmniej o 14 dni.

Zamawiający pismem z 24 stycznia 2014 r. wyznaczył drugi termin podpisania umowy na 3 lutego 2014 r. Odwołujący w dniu wyznaczonym na podpisanie umowy poinformował zamawiającego, iż „w dalszym ciągu prowadzi działania w celu uzyskania gwarancji

ubezpieczeniowej dotyczącej zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zawarcia ubezpieczenia ryzyk budowlanych kontraktu”, prosząc o przesunięcie terminu o minimum 7 dni.

Ostateczny termin podpisania umowy został wyznaczony przez zamawiającego na 5 lutego 2014 r. Do momentu upływu tego terminu odwołujący nie przedłożył podpisanej przez siebie umowy oraz dokumentów żądanych przez zamawiającego, a także nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zdaniem zamawiającego wyznaczony przez niego termin na podpisanie umowy (łącznie 15 dni) nie był obiektywnie nierealny, ponieważ pozostali wykonawcy uczestniczący w postępowaniu (na pozostałe części zamówienia) wnieśli wymagane zabezpieczenie należytego wykonania umowy w terminie nie dłuższym niż 10 dni liczonym od momentu zaproszenia ich do podpisania umowy. Odwołujący już od momentu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, tj. od 13 stycznia 2014 r. powinien zacząć dopełniać wszelkie formalności związane z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy oraz dokumentami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiającemu zależało na możliwie jak najszybszym podpisaniu nowych umów z uwagi na fakt, że dotychczasowe umowy na bieżące utrzymanie dróg przestały obowiązywać.

Zgodnie z zapisem punktu 15.1 „Instrukcji dla wykonawców” w przypadku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji wykonawca zobowiązany jest do uzgodnienia jej treści z zamawiającym.

Odwołujący w terminie wyznaczonym na podpisanie umowy, jako jedyny z wykonawców nie przedłożył zamawiającemu draftu gwarancji w celu uzgodnienia jej treści. Mimo iż zamawiający w wezwaniu do podpisania umowy zwrócił odwołującemu na to uwagę, odwołujący nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. popierając stanowisko zamawiającego.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z przepisem ten funkcjonalnie powiązany jest przepis art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiący, że 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.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Stan ten można podsumować w skrócie, iż zamawiający trzykrotnie wzywał odwołującego do podpisania umowy, a odwołujący trzykrotnie się w tym terminie nie stawił (nie przesłał podpisanej umowy wraz z wymaganymi dokumentami).

Jest więc zrozumiałe, że zamawiający taką sytuację uznał za uchylanie się wykonawcy od zawarcia umowy, niezależnie od przedstawianych przez niego tłumaczeń.

Zresztą należy zwrócić uwagę, że wyjaśnienia te były bardzo lakoniczne i w zasadzie wskazywały jedynie na fakt, który mógł być dla zamawiającego niepokojący – iż odwołujący ma problem z uzyskaniem gwarancji ubezpieczeniowej dla zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Dopiero podczas rozprawy odwołujący wyjaśnił, iż ze względu na udział w kilku przetargach musiał zwiększyć limit, na który opiewała umowa z ubezpieczycielem, aby mógł taką gwarancję otrzymać. Ze względu zaś na restrukturyzację w PZU oraz przedmiot gwarancji (umowa na roboty budowlane) decyzje w tej sprawie były podejmowane dość długo.

Co do terminu zawarcia umowy – należy zgodzić się z zamawiającym, iż w praktyce zamówień publicznych termin ten wyznacza zamawiający. Oczywiście jest wskazane, aby w miarę możliwości był on ustalony z wykonawcą, choć dotyczy to najczęściej sytuacji, w której zamawiający wyznacza konkretny termin stawienia się w jego siedzibie. W przypadku, gdy jest to termin określony jako „do dnia”, wykonawca ma możliwość dostosowania swoich działań do tego terminu.

Zamawiający zwrócił też uwagę, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w punkcie 10. wzoru oferty wskazał na fakt, że termin ten zostanie wykonawcom

wyznaczony przez zamawiającego. Tak więc składając ofertę odwołujący zadeklarował, iż zawrze umowę w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Należy też zwrócić uwagę, iż gdyby odwołujący w swoich pismach zawarł nie wniosek, by termin zawarcia umowy przesunąć o „minimum 14 dni” czy „minimum 7 dni”, lecz dokładne wyjaśnienia oraz wskazał konkretną datę, w której podpisze umowę oraz przedstawi gwarancję należytego wykonania umowy i pozostałe wymagane dokumenty, zamawiający być może podjąłby decyzję, aby do owej daty ze swoją decyzją o wyborze kolejnej oferty poczekać.

Zamawiający jednak takich informacji ze strony odwołującego nie posiadał. Zamawiający zwrócił także uwagę na istotny fakt, że odwołujący nie przedstawił nawet do uzgodnienia projektu gwarancji, jak również innych wymaganych dokumentów (dotyczących uprawnień budowlanych, podwykonawców itd.). To tylko mogło potwierdzać przekonanie zamawiającego, iż wykonawca uchyla się od zawarcia umowy.

„Uchylenie się” bowiem wcale nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, lecz może wynikać z okoliczności i z zachowania (działań lub zaniechań) wykonawcy. Zdaniem Izby trzykrotnie niestawienie się w celu zawarcia umowy (ewentualnie nieprzesłanie umowy) jak najbardziej może być uznane za uchylenie się.

Co do pisma zamawiającego z 3 lutego 2014 r. wyznaczającego ostateczny termin zawarcia umowy na 5 lutego (odwołujący wskazał, że otrzymał je dopiero 6 lutego 2014 r. pocztą, natomiast zamawiający przedstawił raport transmisji faksu z 3 lutego), Izba uznała, że nie ma podstaw kwestionować, że pismo to zostało przesłane faksem w tej dacie. Jest to też zgodne z praktyką GDDKiA przekazywania korespondencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma to jednak przesądzającego znaczenia, gdyż już dwukrotne uchylenie terminowi byłoby wystarczające do stwierdzenia uchylenia się od zawarcia umowy, a zamawiający nie miał obowiązku wyznaczenia trzeciego terminu.

Należy też zwrócić uwagę, iż w swoim piśmie zamawiający zwracał odwołującemu uwagę, że nie wyznaczy dłuższego terminu na zawarcie umowy, gdyż zależy mu na jak najszybszym jej podpisaniu. Argument odwołującego o 3-letnim terminie wykonania umowy jest chybiony o tyle, że nie jest to termin na dokonanie (zakończenie) jakiejś czynności w ciągu 3 lat, np. wybudowania obiektu budowlanego. Zadaniem wykonawców było jak najszybsze objęcie pieczy nad utrzymaniem powierzonych im odcinków drogi i wypełnianie zleceń zamawiającego, np. podane przez niego przykładowo ustawianie znaków drogowych. Zatem znaczenie ma również czas rozpoczęcia wykonywania zamówienia.

Ma więc rację zamawiający stwierdzając, iż być może odwołujący miał zamiar podpisać umowę i wnieść zabezpieczenie jej należytego wykonania, jednak sam zamiar zawarcia umowy to zbyt mało, a zabezpieczenie musi być wniesione realnie.

Niezależnie więc od kwestii uchylania się od zawarcia umowy, należy zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego, iż bezsporna i wystarczająca jest druga okoliczność, tj. odwołujący nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czy to w formie gwarancji, czy też innej.

Kwestie proceduralne pomiędzy wykonawcą a gwarantem pozostają poza zainteresowaniem zamawiającego, dla którego istotny jest efekt, czyli przedstawienie mu wystawionej gwarancji (lub innej formy zabezpieczenia określonej w art. 148 ustawy Prawo zamówień publicznych). Odwołujący stwierdził, iż gwarancję ubezpieczeniową zaczął załatwiać u ubezpieczyciela zaraz po otrzymaniu informacji o wyborze jego oferty 13 stycznia 2014 r. Jednak, jak się okazało, w niniejszym stanie faktycznym były to działania zbyt późne, zwłaszcza, że nie dotyczyło samej gwarancji jako takiej, lecz zmiany ogólnej umowy z ubezpieczycielem dotyczącej limitów finansowych gwarancji.

Zatem rację ma zamawiający, iż w takim wypadku wykonawca mógł podjąć negocjacje z ubezpieczycielem dotyczące warunków wystawienia gwarancji już od 16 grudnia 2013 r., czyli od dnia otwarcia ofert, kiedy to dowiedział się, że jego oferta jest najtańsza dla zadania nr 4. W zasadzie można tu stwierdzić, iż nawet wcześniej – już przed złożeniem oferty wykonawca powinien zadbać, aby jego oferta była „poważna” (określenie według nomenklatury Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości), czyli m.in. by był w stanie dopełnić formalności niezbędnych do zawarcia umowy.

Co do zatrzymania wadium – przesłanki takiego zatrzymania są dokładnie opisane w art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem zatrzymanie to jest naturalną prawną konsekwencją sytuacji, która zaistniała w niniejszym postępowaniu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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: