

Sygn. akt: KIO/UZP 515/08

KIO/UZO 516/08

WYROK
z dnia 11 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **09 czerwca 2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **02 czerwca 2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, RESTAL Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe DROGPOL Andrzej Bojda, Waldemar Kołodziejczyk, Zbigniew Rakus Spółka Jawna, 42-360 Poraj, ul. 3 maja 39,

B. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, RESTAL Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe DROGPOL Andrzej Bojda, Waldemar Kołodziejczyk, Zbigniew Rakus Spółka Jawna, 42-360 Poraj, ul. 3 maja 39,

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, 45-085 Opole, ul. Niedziałkowskiego 6** protestów:

Konsorcjum: Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, RESTAL Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe

DROGPOL Andrzej Bojda, Waldemar Kołodziejczyk, Zbigniew Rakus Spółka Jawna, 42-360 Poraj, ul. 3 maja 39 z dnia 13 maja 2008 r.,

B Konsorcjum: Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, RESTAL Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe DROGPOL Andrzej Bojda, Waldemar Kołodziejczyk, Zbigniew Rakus Spółka Jawna, 42-360 Poraj, ul. 3 maja 39 z dnia 13 maja 2008 r.,

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **XXX**.

orzeka:

1. Oddała oba odwołania,

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, RESTAL Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, Przedsiębiorstwo DROGPOL Andrzej Waldemar Usługowo-Handlowe Bojda, Kołodziejczyk, Zbigniew Rakus Spółka Jawna, 42-360 Poraj, ul. 3 maja 39 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołującego się **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, RESTAL Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w**

**Piotrkowie Trybunalskim, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe
DROGPOL Andrzej Bojda, Waldemar Kołodziejczyk, Zbigniew Rakus
Spółka Jawna, 42-360 Poraj, ul. 3 maja 39,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX)
stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
A kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu XXX
B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu XXX

2

-
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień
Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
A kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
4) dokonać zwrotu kwoty 35936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy
dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu
Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego się **Konsorcjum:
Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, RESTAL Sp. z
o.o. z siedzibą w Opolu, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych
Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, Przedsiębiorstwo
Usługowo-Handlowe DROGPOL Andrzej Bojda, Waldemar Kołodziejczyk,
Zbigniew Rakus Spółka Jawna, 42-360 Poraj, ul. 3 maja 39.**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest
Wykonanie oznakowania poziomego cienkowarstwowego na drogach krajowych GDDKiA
Oddział w Opolu w latach 2008 -2011 (2 części)" zostało opublikowane w Biuletynie
Zamówień Publicznych w dniu 2008-03-28 przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i
Autostrad Oddział w Opolu, ul.Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole zwaną dalej
"Zamawiającym".

Zarządzeniem Prezesa KIO odwołania dotyczące części pierwszej zamówienia i
drugiej części zamówienia zostały połączone do wspólnego rozpoznania.

Pierwszy protest.

Pismem z dnia 13.05.2008r. Konsorcjum wykonawców : Przedsiębiorstwo Robót
Drogowo -Mostowych Sp.z o.o. 97-300 Piotrków Trybunalski ul.Południowa 17/19, RESTAL
Sp. z o.o. 45-838 Opole. ul.śerkowicka 1 A, Przedsiębiorstwo "DUBR" Sp. z o.o. 25-655
Kielce, ul.Łódzka 247D i Przedsiębiorstwo Usługowo -Handlowe "DROGPOL" Andrzej Bojda,
Waldemar Kołodziejczyk, Zbigniew Rakus Sp.J.42-360 Poraj, ul.3-go Maja 39 (pełnomocnik
Konsorcjum) zwany dalej Konsorcjum "DROGPOL" złożył z doręczeniem w dniu
14.05.2008r. protest wobec czynności podjętych jak i zaniechanych przez Zamawiającego w
części I, a polegających na :

1. nie odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców :
 - 1.1. GRAWIL Sp. z o.o. ul.Komunalna 7, 87-800 Włocławek,
 - 1.2. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych "VIA" Renata Rocławska, Wojciech

3

-
- Rocławski s.c. , ul.Gen.Wł. Sikorskiego, 87-300 Brodnica,
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez GRAWIL Sp. z o.o.
ul.Komunalna 7, 87-800 Włocławek.
 3. Nie unieważnieniu postępowania.
Zdaniem Konsorcjum "DROGPOL" , Zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia
29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655) zwaną
dalej "ustawą Pzp" to jest art. 7 ust.1, art.89 ust.1pkt 2 oraz 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.
U uzasadnieniu podniósł następujące zarzuty.
Spółka GRAWIL Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku nie spełniła warunku

doświadczenia zawodowego w zakresie wykonania co najmniej 340.000 m kw. oznakowania poziomego cienkoinciowego w ramach co najwyżej 4 zadań. Z wykazu wynika, że w 2003r. wykonała 152 799,91 m.kw. oznakowania w ramach jednego zadania. Natomiast z referencji Nr GDDiK.O.KR/REF/37/8/2005 wynika, że roboty te zostały wykonane w ramach dwóch zadań co łącznie daje 5 zadań, a nie czterech zadań. W związku z tym oferta powinna być odrzucona.

Oferta Przedsiębiorstwa Robót Drogowych "VIA" Renata Roślawska, Wojciech Roślawski s.c. Winna być również odrzucona jako nie spełniająca wymogu przychodu netto 5 mln.zł. łącznie za ostatnie trzy lata obrotowe. Wykonawca ten bowiem złożył druk ZAS-DP oraz oświadczenie finansowe na formularzu według własnego wzoru. Druk ZAS-DP jest deklaracją podatkową VAT składaną przez podatnika do urzędu skarbowego, który można w ciągu roku podatkowego korygować. Dlatego druk ten nie jest niepodważalnym dokumentem. Ponadto dane przedstawione w oświadczeniu dotyczą dwóch lat, bez roku 2007r. Stworzenie dodatkowego formularza jest niezgodne z pkt. 9.6. SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) i dokument ten nie powinien być oceniany jako część oferty.

Poza tym zgodnie z zapisem SIWZ termin realizacji umowy na roboty zasadnicze tzn. oznakowanie przejść dla pieszych powinno być wykonane do 15 maja bieżącego roku. Biorąc pod uwagę, że w dniu 7 maja bieżącego roku dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty oraz złożeniem protestu i ustawowym terminem jego ostatecznego rozstrzygnięcia niemożliwe jest dotrzymanie terminu wyżej wymienionych robót. Powyższe stanowi, że w świetle art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, postępowanie powinno być unieważnione gdyż obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

W związku z powyższym Konsorcjum "DROGPOL" żąda :

1. odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców :
 - 1.1. GRAWIL Sp. z o.o. ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek,
 - 1.2. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych "VIA" Renata Roślawska, Wojciech Roślawski s.c. , ul.Gen.Wł. Sikorskiego, 87-300 Brodnica,
2. unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez GRAWIL Sp. z

4

-
- o.o. ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek,
3. unieważnienia postępowania przetargowego w ramach części pierwszej.

Pismem z dnia 21.05.2008r. Zamawiający oddalił protest w całości, uzasadniając w następujący sposób.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutami Konsorcjum "DROGPOL" , ponieważ po pierwsze nie spełnienie doświadczenia zawodowego nie może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Po drugie spółka GRAWIL Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku wykazała łącznie 348.154, 78 m.kw. oznakowania na podstawie robót przedstawionych w pozycjach wykazu od 2 do 4, to jest bez uwzględnienia zarzucanych zadań z pozycji 1 wykazu. Tak więc uwzględniając zarzut, iż w poz. 1 wykazu są dwie umowy i tak spółka GRAWIL Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku spełnia warunek doświadczenia zawodowego to jest 340.000 m.kw. w co najwyżej czterech zadaniach.

Odnosnie zarzutu iż, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych "VIA" Renata Roślawska, Wojciech Roślawski s.c., ul.Gen.Wł. Sikorskiego, 87-300 Brodnica nie spełniają warunku zdolności ekonomicznej również Zamawiający uznał za niezasadne, ponieważ wykonawca ten złożył oświadczenie jako podmiot nie zobowiązany do sporządzania bilansu oraz rachunku zysku i strat , z którego wynika, że w latach 2005 - 2006r. osiągnął przychody łącznie w wysokości 6.005.356 zł., czyli przekraczające wymagane 5.000.000,00zł. Dlatego też brak podstaw do wzywania tegoż wykonawcy do składania dodatkowych dokumentów w trybie art.26 ust. 3 Ustawy Pzp. śądanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp również jest bezpodstawne, ponieważ nie wykazano sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Co do podniesionego zarzutu nie unieważnienia postępowania to brak podstaw do jego uwzględnienia z tej racji, że w myśl "Istotnych postanowień umowy" stanowiących tom II SIWZ, Zamawiający do 30 kwietnia 2008r. miał określić wielkości i lokalizację robót w ramach robót zasadniczych czego nie uczynił, więc nie zachodzi przesłanka świadczenia niemożliwego to jest robót do dnia 15 maja 2008r. Ponadto Konsorcjum "DROGPOL" nie wskazał uszczerbku w jego interesie prawnym z uwagi na nie unieważnienie postępowania.

Reasumując w ocenie Zamawiającego nie naruszył on żadnych przepisów prawa, które by nakazywały uwzględnienie protestu.

Pismem z dnia 26.05.2008r. Konsorcjum "DROGPOL" wniosło odwołanie podtrzymując zarzuty zawarte w proteście dotyczące nie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. pomimo zaistniałej wady postępowania. Zacytował treść pkt 6 SIWZ w którym Zamawiający wymaga, aby zamówienie było realizowane w terminie od daty podpisania umowy do dnia 30.09.2011, przy czym roboty zasadnicze –

5

oznakowanie przejść dla pieszych – do dnia 15 maja każdego roku – oznakowanie linowe – do dnia 30 czerwca każdego roku., roboty nieplanowane – oznakowanie dodatkowe wynikłe z konieczności zapewnienia bezpieczeństwa drogowego – do 15 października każdego roku. Skoro strony nie mogą zawrzeć umowy zgodnie z zakresem robót określonych w SIWZ to zachodzi konieczność unieważnienia postępowania. W tym miejscu Odwołujący przywołał art. 387 § 1 kodeksu cywilnego (k.c.) - podpisanie umowy, w której wykonawca byłby zobowiązany do świadczenia w okresie do dnia 15.05.2008r. pomimo upływu tego terminu w dacie zawarcia umowy, czyni umowę nieważną ,a w dalszej części uzasadnienia art. 384 k.c. - doszło w danym postępowaniu do zawarcia umowy na podstawie wiążącego wzorca umowy, w którym zachodzi niemożliwość świadczenia (wykonanie robót do dnia 15.05.2008r.). W tym stanie rzeczy Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty spółki GRAWIL Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku i unieważnienie postępowania.

Drugi protest.

Pismem z dnia 13.05.2008r. Konsorcjum "DROGPOL" wniósł protest dotyczący drugiej części zamówienia. Zarzucił Zamawiającemu nie odrzucenie i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum utworzone przez :

1. HUNTER Joanna Łowińska ul.Dębowa 49/15, 61-458Poznań,
2. Zakład Usług Technicznych BUDMAL, ul.Galileusza 2E/11, 60-159 Poznań, zwany dalej "Konsorcjum HUNTER".

Konsorcjum "DROGPOL" zarzucił naruszenie następujących przepisów art.7 ust.1, art.89 ust.1 pkt 2 oraz art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zakwestionował referencję o numerze RB-5511/14/14/08 z dnia 07.02.2008r. wydaną przez Zarząd Dróg Miejskich (ZDM) w Poznaniu, w której stwierdza się, że HUNTER Joanna Rowińska wykonywała w 2007r. roboty w ramach zamówień publicznych w zakresie poziomego oznakowania dróg na ulicach miasta Poznania w ilości 104.346 m.kw. Zarząd Gród Miejskich wystawiając referencję pominął fakt, że były to dwa zadania - zadanie nr 1 i zadanie nr 2. Faktem jest, że ZDM Poznań podpisał jedną umowę, ale to dlatego, że wykonawca HUNTER Joanna Rowińska wygrała obydwa zadania. Niemniej w zadaniach tych obowiązywały różne ceny i różna była specyfika zadań. Również dobrze mogły wygrać te zadania dwie różne firmy. Niedopuszczalne jest zatem, gdy mamy do czynienia z dwoma różnymi zadaniami twierdzić, że jest to jedno zadanie tylko dlatego, że sporządzono jedną umowę. Reasumując doświadczenie zawodowe zostało wykazane na 343.484 m kw. , jednakże jest to ilość nie w czterech zadaniach lecz w pięciu zadaniach, co narusza warunki SIWZ, ponieważ Zamawiający postawił warunek 340.000 m .kw. ale co najwyżej w czterech zadaniach.

6

Konsorcjum "DROGPOL" podniósł również zarzut braku unieważnienia umowy w sytuacji, gdy Zamawiający w SIWZ przewidział wykonanie oznakowania przejść dla pieszych w terminie do dnia 15 maja 2008r. argumentując swoje stanowisko jak w proteście pierwszym.

Wskazując na naruszenie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia Konsorcjum "DROGPOL" zażądał :

1. odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum HUNTER,
2. unieważnienia wezwania Konsorcjum "DROGPOL" do złożenia oferty dodatkowej,
3. unieważnienia postępowania na część drugą.

Do przedmiotowego protestu załączono dokumenty potwierdzające, że umowa została zawarta z ZDM Poznań, a dotyczyła dwóch zadań w przetargu nieograniczonym na wykonanie mechaniczne oznakowania poziomego podłużnego i poprzecznego ulic miasta Poznania wraz z protokołami zdawczo - odbiorczymi robót, zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty, wyciągiem z SMWZ, formularzem ofertowym, umowa z 18.05.2007r.

Pismem z dnia 21.05.2008r. Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu odniósł się kolejno do przedstawionych w proteście zarzutów.

W pierwszej kolejności stwierdził, że niespełnienie warunków udziału w postępowaniu nie może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast w zakresie zarzutu nie spełnienia warunku doświadczenia zawodowego wskazał na pismo Zamawiającego z dnia 11.04.2008r., w którym odpowiadając na pytanie Konsorcjum "DROGPOL" - "Czy użyte powyżej słowo zadanie należy rozumieć roboty budowlane wykonane w ramach jednej umowy?" wyjaśnił, że "Jako zadanie należy rozumieć roboty budowlane wykonane w ramach jednej umowy" Tym samym referencja MZD m.Poznań pomimo, że dotyczyła dwóch zadań, ale w ramach jednej umowy, to należy rozumieć, że odnosiła się do jednego zadania, w myśl udzielonych wyjaśnień przez Zamawiającego.

Zamawiający stwierdził również, że zarzut wezwania do złożenia oferty dodatkowej nie został uzasadniony, a w szczególności nie podano na czym polega naruszenie w tym zakresie przepisów ustawy Pzp. Ponadto żądanie w tym zakresie jest nieważne wobec złożenia oferty dodatkowej przez konsorcjum "DROGPOL".

W związku z powyższym Zamawiający uważa, że interes prawny konsorcjum "DROGPOL" nie doznał uszczerbku i żądanie odrzucenia oferty konsorcjum HUNTER jest bezpodstawne.

Zamawiający odniósł się również do żądania unieważnienia postępowania uznając je za bezpodstawne i argumentując jak w rozstrzygnięciu protestu na pierwszą część zamówienia.

Pismem z dnia 26.05.2008r. Konsorcjum "DROGPOL" wniosło odwołanie żądając :

7

1. unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum HUNTER,
2. wykluczenia z postępowania konsorcjum HUNTER z jednoczesnym odrzuceniem oferty,
3. dokonanie ponownej oceny ofert
4. lub unieważnienie postępowania.

Dokonano zmiany podstaw prawnych żądania to jest dodatkowo wskazano " 89 ust.1 pkt 5 i art. 24 ust.1 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i art.91 ust.1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu dodatkowo przedstawiono zarzut, że robota wykazana na 86.814,75 m.kw. w poz. 3 wykazu gdzie odbiorcą był Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu był przedmiotem dwóch umów. W związku z powyższym nie spełnia konsorcjum HUNTER wymogu 340.000 m.kw.

W pozostałym zakresie co do unieważnienia postępowania konsorcjum "DROGPOL" wywodzi jak w odwołaniu na pierwszą część zamówienia.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Obydwa protesty i odwołania to jest na pierwszą i drugą część zamówienia zawierały żądanie unieważnienia postępowania na podstawie tego samego rodzaju zarzutów. Przy czym Odwołujący konsorcjum DROGPOL składając odwołanie w zakresie części pierwszej ograniczył zarzuty zawarte w proteście tylko do żądania unieważnienia postępowania.

Przy czym żądając unieważnienia postępowania powołał się na art.93.ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ustawa Pzp reguluje zagadnienie nieważności umów w art. 146 określając taksatywnie wymienione w ust. 1 okoliczności, które powodują nieważność umowy. Przy czym w ust. 1 tegoż artykułu 146 ustawy Pzp jest zawarta dyspozycja zgodnie z którą umowa jest nieważna, z zastrzeżeniem przepisów odrębnych. Z wywodów Odwołującego wynika, że na te odrębne przepisy się powołuje, ponieważ wskazuje jako podstawę prawną swego żądania art. 384 i art. 387 § 1 kodeksu cywilnego (k.c.) oraz powołując się na brzmienie art. 14

ustawy Pzp. Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r, - Kodeks cywilny (Dz.U nr 16, poz. 93 z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy to jest ustawy Pzp nie stanowią inaczej . Zacytowany art. 384 k.c. co prawda pomocniczo , ponieważ jako podstawowy powołano art. 387 §1 k.c., brzmi : Art. 384. § 1 Ustalony przez jedną ze stron wzorzec umowy, w

8

szczegółności ogólne warunki umów, wzór umowy, regulamin, wiąże drugą stronę, jeżeli został jej doręczony przed zawarciem umowy.

§ 2. W razie gdy posługiwanie się wzorcem jest w stosunkach danego rodzaju zwyczajowo przyjęte, wiąże on także wtedy, gdy druga strona mogła się z łatwością dowiedzieć o jego treści. Nie dotyczy to jednak umów zawieranych z udziałem konsumentów, z wyjątkiem umów powszechnie zawieranych w drobnych, bieżących sprawach życia codziennego.

§ 4. Jeżeli jedna ze stron posługuje się wzorcem umowy w postaci elektronicznej, powinna udostępnić go drugiej stronie przed zawarciem umowy w taki sposób, aby mogła ona wzorzec ten przechowywać i odtwarzać w zwykłym toku czynności.

Niemniej z wywodów zawartych w proteście i odwołaniu wynika, że swoje żądanie w zakresie unieważnienia postępowania Odwołujący opiera na brzmieniu § 1 tegoż art. 384 k.c., ponieważ podnosi kwestie zakazu zmiany wzorca umowy załączonego do SIWZ.

Bowiem na podstawie wywodów Odwołującego należy stwierdzić, że chodzi mu o to, że doręczony przez Zamawiającego projekt umowy zawarty w SIWZ jest wiążący w przypadku dojścia do zawarcia umowy w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty to jest pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie będzie mógł spełnić tego warunku, ponieważ w umowie przewidziano wykonanie prac do 15 maja 2008 chodzi o znakowanie przejść dla pieszych. Natomiast Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie postanowieniami SIWZ oraz projektem umowy cytuję „ dokładny zakres robót na lata 2008-2011 określany będzie corocznie przez Zamawiającego w zależności od posiadanych środków, w terminie do 30 kwietnia 2008r i do 15 kwietnia w kolejnych latach (tzw. Roboty zasadnicze). Po tym terminie Wykonawca będzie zobowiązany również do wykonania każdego oznakowania zleconego do wykonania przez zamawiającego w ramach tzw, robót nieplanowanych - których potrzeba realizacji wynika z konieczności zapewnienia bezpieczeństwa drogowego. Roboty te zasadniczo powinny być wykonane w ciągu 7 dni od daty zlecenia ich przez Zamawiającego, a w przypadku dużego i różnorodnego (różna lokalizacja) zakresu tych robót – w terminie indywidualnie uzgodnionym. (pkt 5.3. SIWZ str. 4). Zbieżnej treści zapisy jak wyżej cytowane znalazły się w „Istotnych dla stron postanowieniach umowy” - § 2 ust. 4,5,6,7 projektu umowy.

Z powyżej przedstawionych zapisów wynika, że tzw, wzorzec przewiduje prawo Zamawiającego do określania zakresu robót każdorazowo w kolejnych latach. Sam fakt, że w bieżącym roku z uwag między innymi na nie rozstrzygnięcie przetargu nie zawarto umowy i nie określono części robót nie stanowi wprost, że umowa ulegnie niedopuszczalnej zmianie. Tym bardziej, że jak cytuje sam Odwołujący § 2 ust. 4 „Istotnych dla stron postanowieniach umowy” brzmi : Umowa będzie realizowana od dnia od dnia podpisania do dnia 30.09.2011, przy czym i dalej następuje wskazanie terminów harmonogramu robót na

9

poszczególne lata. Czyli początkiem powstania zobowiązań jest data podpisania umowy, a nie jakkolwiek inna data np.: 15 kwietnia czy 15 maja bieżącego roku.

Przy rozstrzygnięciu kwestii czy wystąpi nieważność umowy istotne jest, że cena ustalona w przedmiotowym postępowaniu ma charakter kosztorysowy Wynika to z zapisów SIWZ i projektu umowy, które stanowią, że wykonawca będzie rozliczany na podstawie cen jednostkowych za faktycznie zlecone i wykonane roboty (§ 4 „Istotnych dla stron postanowieniach umowy”).

Dlatego też w ocenie składu orzekającego Izby, Odwołujący Konsorcjum „DROGPOL” nie udowodnił twierdzenia, że naruszono art. 384 k.c. w zakresie niemożności zawarcia umowy zgodnie z jej projektem załączonym do SIWZ , skoro zgodnie z projektem umowy, wiąże ona od daty podpisania, a nie od jakiejś konkretnie wskazanej daty w SIWZ i będzie

wykonywana w zależności od potrzeb do 30.09.2011 .

Kolejnym zarzutem nieważności umowy to dyspozycja art. 387 § 1 kodeksu cywilnego zgodnie z którym Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Odwołujący uważa, że ma zastosowanie przepis kodeksu cywilnego regulujący skutki świadczenia niemożliwego. Kwestią zasadniczą do rozstrzygnięcia jest wyjaśnienie czy mamy do czynienia ze świadczeniem niemożliwym. Aby to stwierdzić trzeba najpierw zidentyfikować to świadczenie . Próba identyfikacji świadczenia na dzień dzisiejszy okazuje się niemożliwa, ponieważ zgodnie z zapisami SIWZ i projektu umowy, świadczenie będzie określone po podpisaniu umowy, w poszczególnych latach i według harmonogramów ustalanych na poszczególne lata przez Zamawiającego. Czyli Zamawiający nie określił daty rozpoczęcia realizacji tylko jej koniec to jest 30.09.2011r. W związku z tym, że wykonawca realizuje umowę od daty zawarcia to logicznym jest, że bezprzedmiotowe są zobowiązania nieistniejące na dzień zawarcia umowy, ponieważ nie powstały. Reasumując skoro świadczenie nie zostało określone przez Zamawiającego to nie istnieje i nie może powstać zarzut niemożności niespełnienia czegoś nieistniejącego. Inna byłaby sytuacja, gdyby w projekcie umowy były wpisane konkretne zadania i terminy, które by rozpoczęły się lub upłynęły przed datą podpisania umowy. Takiej sytuacji jednak nie mamy w przedmiotowej sprawie. Zobowiązania przewidziane w SIWZ do których zobligował się do wykonania w formularzu ofertowym wykonawca będą na bieżąco określone zgodnie z warunkami SIWZ.

W związku z powyższym w ocenie składu orzekającego Izby zarzut z art. 93 ust.1 pkt 7 w związku z art. 384 i 387 §1 nie został wykazany.

W związku z powyższym żądanie unieważnienia postępowania zostało nieuwzględnione.

10

Tym samym protest na część pierwszą zamówienia nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ w Odwołaniu podtrzymano jedynie żądanie z protestu w zakresie unieważnienia postępowania.

W drugim proteście to jest dotyczącym części drugiej zamówienia oprócz żądania unieważnienia postępowania, podniesiono zarzut nie spełnienia warunków doświadczenia zawodowego. Przy czym w proteście zarzucono konsorcjum HUNTER, że w poz. 1 wykazu robót dla Zarządu Dróg Miejskich m. Poznania ujęto dwa zadania nazywając je jednym. Odwołujący przeprowadził dowód aby wykazać, że w przedmiotowym postępowaniu przewidziane były do wykonania dwa zadania, a nie jedno jak przedstawił wykonawca konsorcjum HUNTER. W związku z tym, że konsorcjum HUNTER wygrało obie części Zamawiający ZDM w Poznaniu zawarł jedną umowę, co w ocenie Odwołującego uczynił nieprawidłowo. Niemniej faktowi istnienia jednej umowy Odwołujący nie był w stanie zaprzeczyć.

Zasadność powyższego wyводу Odwołującego zniweczył Zamawiający wskazując, że 11.04.2008r. to jest przed terminem składania ofert przesłał jednoznaczny odpowiedź na pytanie zadane przez Odwołującego, zgodnie z którym o tym czy zadanie będzie traktowane jako jedno decydować będzie okoliczność zawarcia jednej umowy. Odwołujący temu oświadczeniu nie zaprzeczył oraz się do tego nie odniósł.

Natomiast w odwołaniu wskazał na kolejny zarzut dotyczący nie spełnienia warunku doświadczenia zawodowego. Mianowicie skutecznie wykazał, że w poz. trzeciej wykazu skumulowano roboty obejmujące dwie umowy, a dotyczy to roboty wykonywanej na rzecz Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu. Na powyższe twierdzenie Odwołujący przedłożył odpowiedź tegoż Zamawiającego, z której jednoznacznie wynika, że roboty ujęte w pozycji trzeciej wykazu dotyczą dwóch odrębnych umów.

Słusznie jednak pełnomocnik Zamawiającego podniósł, że jest to zarzut nie zgłoszony w proteście. Bowiem w proteście Odwołujący podniósł zarzut do poz. 1 wykazu (ZDM w Poznaniu), nie wskazując nawet w sposób ogólny, iż w pozostałym zakresie podane dane są również niewiarygodne.

W związku z tym, że zgodnie z art. 191 ustawy Pzp, skład orzekający Izby nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście to zarzut przedstawiony dopiero w odwołaniu nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Tym samym skoro zarzut braku doświadczenia zawodowego postawiony do pozycji

pierwszej wykazu nie potwierdził się oraz brak podstaw do unieważnienia postępowania również odwołanie do części drugiej zamówienia nie zostaje uwzględnione.

11

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*

12