Sygn. akt: KIO/UZP 840/08

WYROK
z dnia 27.08.2008

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko

Protokolant: Agnieszka Albin

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Towarzystwo Wykonawstwa Obiektów Elektroenergetycznych EL-EN Andrzej Krzanowski i Ryszard Wąsik Sp. J., 30-085 Kraków, ul. Głowackiego 56** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Krakowski Zarząd Komunalny w Krakowie, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53 F** protestu z dnia 18 lipca 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie

---

2. Kosztami postępowania obciąża **Towarzystwo Wykonawstwa Obiektów Elektroenergetycznych EL-EN Andrzej Krzanowski i Ryszard Wąsik Sp. J., 30-085 Kraków, ul. Głowackiego 56** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Towarzystwo Wykonawstwa Obiektów Elektroenergetycznych EL-EN Andrzej Krzanowski i Ryszard Wąsik Sp. J., 30-085 Kraków, ul. Głowackiego 56**

2) dokonać wpłaty kwoty 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx

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 **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Towarzystwa Wykonawstwa Obiektów Elektroenergetycznych EL-EN Andrzej Krzanowski i Ryszard Wąsik Sp. J., 30-085 Kraków, ul. Głowackiego 56**

Uzasadnienie

Zamawiający – Krakowski Zarząd Komunalny w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania: *„Stoki Wzgórza Wawelskiego – opracowanie projektu iluminacji z zasilaniem tymczasowym i docelowym oraz realizacji iluminacji z tymczasowym zasilaniem”,* w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 czerwca 2008 r. pod pozycją: 133122.

Pismem z dnia **15 lipca 2008** roku Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum firm: Biuro Techniczno Handlowe TECHNO LIGHT Tomasz Matkowski z siedzibą w Częstochowie i REKLAMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej Konsorcjum).

Dnia **18 lipca 2008** roku Wykonawca Towarzystwo Wykonawstwa Elektroenergetycznego EL-EN Andrzej Krzanowski i Ryszard Wąsik Sp.j. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej Odwołujący) wniósł protest zarzucając czynnościom Zamawiającego:

1) naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia zawierających błędy dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
2) naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności unieważnienia postępowania z uwagi na okoliczność, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego;
3) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, jako oferty o treści nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

żądając:

1) dokonania zaniechanej czynności wezwania Konsorcjum do uzupełnienia zawierających błędy dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty albo, ewentualnie,
2) unieważnienia postępowania przetargowego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) albo, ewentualnie,
3) dokonania zaniechanej czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, a następnie dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając wskazał, iż Konsorcjum winno być wezwane do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto wskazał, że Zamawiający przedłużył termin wykonania zamówienia z „do dnia 14 października 2008 roku" na „do dnia 31 grudnia 2008 roku", tym samym wykazując, że wykonanie zamówienia do dnia 14 października 2008 roku jest obiektywnie niemożliwe.

Podniósł również okoliczność modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdzając, że do takiej modyfikacji nie doszło, gdyż zarówno ustawa Pzp (art. 38) jak i s.i.w.z. (część II ust. 3 i 4) wyraźnie odróżniają wyjaśnienia udzielane w odpowiedzi na zapytania od modyfikacji s.i.w.z. Poza tym również w „Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty" Zamawiający potwierdził, że termin wykonania zamówienia to „od dnia podpisania umowy do dnia 14 października 2008 roku".

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zdaniem Odwołującego zachodzi sytuacja, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia został określony niemożliwy do spełnienia termin realizacji zamówienia. Brak zmiany niemożliwego do spełnienia terminu lub zmiana tego terminu na krótki czas przed upływem terminu do składania ofert narusza zasady uczciwej konkurencji stanowiąc tym samym rażącą obrazę art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego, wadliwość postępowania jest niejako „pierwotna" i wynika z błędu Zamawiającego, której mógł uniknąć wskazując od początku prowadzonego postępowania realny termin wykonania zamówienia lub w odpowiednim czasie modyfikując s.i.w.z.

Nawet jeżeliby przyjąć, że doszło do modyfikacji terminu wykonania umowy poprzez przedłużenie go do dnia 31 grudnia 2008 roku to w takim wypadku i tak nie istnieje możliwość zawarcia ważnej umowy z Konsorcjum. Zdaniem Odwołującego, nie zmodyfikowano treści załącznika Nr 1 do s.i.w.z. – na skutek tego uchybienia Konsorcjum złożyło ofertę, zgodnie z którą zobowiązało się wykonać zamówienie do dnia 14 października 2008 roku. Oferty tej, ani Konsorcjum, ani Zamawiający nie mogą już zmodyfikować. Zawarcie zaś ważnej umowy zgodnej z jej treścią nie wchodzi w grę z uwagi na brzmienie art. 387 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący podnosi, że w swojej ofercie wskazał jako termin wykonania zamówienia dzień 31 grudnia 2008 roku decydując się w tym zakresie na modyfikację formularza oferty zgodnie z odpowiedzią Nr 2, w której Zamawiający, jak było wzmiankowane „przedłuża obowiązujący w przedmiotowym postępowaniu termin wykonania zamówienia od dnia podpisania umowy do dnia 31 grudnia 2008 roku". W tych warunkach, jedynie ofertę Odwołującego należałoby uznać za odpowiadającą swoją treścią treści s.i.w.z., a ofertę Konsorcjum za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie jest dopuszczalna sytuacja,

gdzie w postępowaniu, w którym jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty jest cena, oferty poszczególnych wykonawców różnią się między sobą także terminami wykonania zamówienia i wszystkie one uznawane są za takie, których treść pokrywa się z treścią s.i.w.z.

Pismem z dnia **31 lipca 2008** roku (przekazanym Odwołującemu w dniu 1 sierpnia 2008 roku) Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie.

Uzasadniając, wyjaśnił, że w dniu 10 lipca 2008 roku, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum, w wyznaczonym terminie złożyło wymagany dokument.

Odnośnie zarzutu dotyczącego terminu przedłużenia realizacji zamówienia, Zamawiający wyjaśnił, iż przedłużył on ten termin do dnia 31 grudnia 2008 roku – pismem znak: KZK/R/0219/08/NZ/22607 z dnia 4 lipca 2008 roku. Przedłużenie wskazanego terminu nie jest jednak jednoznaczne, jak twierdzi Odwołujący z potwierdzeniem przez Zamawiającego, że „wykonanie zamówienia w terminie do dnia 14 października 2008 roku jest obiektywnie niemożliwe". Zamawiający wskazał, że wykonanie zamówienia publicznego do dnia 31 grudnia 2008 roku jest dla Zamawiającego satysfakcjonujące, a zaoferowanie przez Konsorcjum krótszego terminu wykonania zamówienia (do dnia 14 października 2008 roku) nie stawia Konsorcjum w uprzywilejowanej pozycji jako, że termin wykonania zamówienia nie był kryterium oceny ofert.

W odniesieniu do zarzutu braku modyfikacji załącznika Nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający poinformował, że nie istnieje przepis prawny nakazujący Zamawiającemu tego typu modyfikację. Zgodnie z art. 38 ustawy Pzp Zamawiający przekazuje treść pytań, wyjaśnień i zmian do s.i.w.z. wszystkim wykonawcom, którym przekazano s.i.w.z., a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej (tak było w przedmiotowym postępowaniu), zamieszcza także na tej stronie. Zamawiający wyjaśnił, że przedłużenie terminu wykonania zamówienia choćby o jeden dzień faktycznie skutkowałoby odrzuceniem ofert, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu termin określony został jako „ do dnia 31 grudnia 2008 roku", czyli nie później niż do wyznaczonego terminu. Data 14 października 2008 roku spełnia więc wymóg Zamawiającego w zakresie terminu wykonania zamówienia.

W związku z oddaleniem protestu Odwołujący dnia **6 sierpnia 2008** roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając rozstrzygnięciu protestu wadliwe zastosowanie przepisów ustawy Pzp skutkujące oddaleniem protestu albowiem, zdaniem Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż w postępowaniu nie doszło do naruszeń ustawy Pzp wskazanych protestem, czyniących zasadnymi żądania protestu.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1) art. 93 ust. 1 pkt 7 poprzez zaniechanie czynności unieważnienia postępowania, z uwagi na okoliczności, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (jako, że doszłoby do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe lub alternatywnie, z uwagi na naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 38 ust. 4 i 5 ustawy Pzp);
2) art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, jako oferty nieodpowiadającej treści s.i.w.z.,

żądając:

1) unieważnienia postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) albo ewentualnie;
2) dokonania zaniechanej czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, a następnie dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Po zapoznaniu się z oryginalną dokumentacją przetargową, po wysłuchaniu stron na rozprawie Izba ustaliła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutów postawionych przez Odwołującego Krajowa Izba

Odwoławcza stoi na stanowisku, że są one niezasadne.

Zamawiający opracowując treść postanowień składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia, m.in. w części I ustęp 2 określił termin wykonania zamówienia, jako od dnia podpisania umowy do dnia 14 października 2008 roku. W wyniku pytania jednego z wykonawców Zamawiający, pismem z dnia 4 lipca 2008 roku – odpowiedzią na pytanie Nr 2 zmodyfikował treść s.i.w.z. przedłużając obowiązujący w przedmiotowym postępowaniu termin wykonania zamówienia na „od dnia podpisania umowy do dnia 31 grudnia 2008 roku". Tym samym dał możliwość potencjalnym wykonawcom na zaoferowanie terminu wykonania zamówienia do dnia jw. Fakt, że Konsorcjum TECHNO LIGHT zaoferowało termin wykonania zamówienia do dnia 14 października 2008 roku nie może stanowić podstawy do stawiania zarzutu, że termin ten, jako inny niż określił to Zamawiający stanowi naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia mamy do czynienia wówczas, gdy oferta złożona w postępowaniu nie spełnia wymogów Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu wymogiem było zrealizowanie zamówienia do dnia 31 grudnia 2008 roku. Zaoferowanie krótszego terminu nie stoi w sprzeczności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wręcz, jak zauważył to na rozprawie Zamawiający – jest dla Niego atrakcyjniejsze.

Analizując dokumentację postępowania Krajowa Izba Odwoławcza doszła do przekonania, że umowa, która zostanie zawarta z Konsorcjum nie będzie wypełniała przesłanek umowy

zawartej z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych czy też nie będzie umową zawartą o świadczenie niemożliwe. Argumenty przytoczone przez Odwołującego, iż w przedmiotowym postępowaniu umowa zawarta z terminem wykonania określonym do dnia 14 października 2008 roku wypełnia, tzw. pierwotną niemożliwość świadczenia są błędne. Odwołujący wskazuje, że obiektywną niemożliwością jest nie tylko niemożliwość faktyczna i prawna ale także w jej zakres wchodzą sytuacje, gdy wykonanie świadczenia jest wprawdzie możliwe, ale pociągałoby za sobą szczególnie wysokie koszty, nakłady czy starania. Odwołujący nie udowodnił jakie to dodatkowe wysokie koszty, nakłady czy starania miałyby obciążyć Zamawiającego w chwili podpisania umowy. Istnieje bowiem sytuacja odwrotna. Zamawiający przewidując możliwość opóźnienia w realizacji zamówienia zabezpieczył się stosownymi postanowienia określonymi w istotnych postanowieniach umowy w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. b i d. Ponadto wskazana przez Odwołującego niemożliwość mająca charakter pierwotny, tj. istniejąca w chwili zawierania umowy, jakoby miałaby to być niemożliwość bezwzględna nie znajduje w ocenie Izby potwierdzenia. Niemożliwość świadczenia istniejąca w chwili zawierania umowy powoduje, że zawarta umowa nie wywołuje skutków prawnych odpowiadających treści zgodnie złożonych oświadczeń woli. Z taką niemożliwością w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia, gdyż zawarta umowa będzie wywoływała skutki prawne dla obu stron będących jej podmiotami, gdyż od momentu zawarcia umowy będą wykonywane czynności objęte przedmiotem zamówienia, np. ewentualne uaktualnienie podkładów geodezyjnych, wystąpienie z wnioskiem o tymczasowe warunki przyłączenia do sieci elektrycznej, sporządzenie dokumentacji projektowej iluminacji z tymczasowym zasilaniem, itp. (szczegółowo określone w części 1 ust. 1.1. Programu funkcjonalno-użytkowego). Tym samym nie znalazł potwierdzenia zarzut stawiany przez Odwołującego dotyczący zaniechania przez Zamawiającego unieważnienia postępowania z uwagi na okoliczność, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Podkreślenia wymaga również fakt, iż Odwołujący nie wykazał niemożliwości wykonania świadczenia. Argumentacja Odwołującego opierała się wyłącznie na wykazaniu, iż przy założeniu maksymalnych terminów administracyjnych, nie będzie możliwe zrealizowanie zamówienia do dnia 14 października 2008 roku. Konsorcjum Techno Light w piśmie z dnia 24 lipca 2008 roku potwierdziło, że przyjmując termin realizacji zamówienia do dnia 14 października 2008 roku wyszło z założenia, że jest to termin jak najbardziej realny ponieważ przyjęto założenie, że dokumentacja wcześniej wykonanej koncepcji jest kompletna, uzgodniona i wykonana rzetelnie przez specjalistyczną firmę w oparciu o rzeczywiste uwarunkowania obiektu i oczekiwania Zamawiającego. Nadmienić należy, że Zamawiający w chwili obecnej dysponuje mapą ewidencji gruntów, mapą sytuacyjno-wysokościową, koncepcją iluminacji z 2007 roku, notatką służbową z wykonanych prób iluminacji Wzgórza wawelskiego w dniach 17, 18 i 20 kwietnia 2007 roku oraz decyzją ULI

CP Nr AU-02-1-JKK.7331-1535/07 z dnia 14 kwietnia 2008 roku. Tak więc istniejąca dokumentacja pozwala na stwierdzenie, że każdy z wykonawców miał możliwość zapoznania się z nią i określenia własnego, realnego terminu wykonania zamówienia. Konsorcjum Techno Light oświadczając gotowość wykonania zamówienia do dnia 14 października 2008 roku, a Zamawiający przyjmując to oświadczenie za właściwe, potwierdzone pismem z dnia 24 lipca 2008 roku nie naruszyli żadnych przepisów Prawa zamówień publicznych, a umowa zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania nie będzie umową o świadczenie niemożliwe.

Tym samym nie potwierdziły się zarzuty stawiane przez Odwołującego dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy - Prawo zamówień Publicznych.

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 **Krakowie**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……

_____

* *niepotrzebne skreślić*