

Sygn. akt UZP/ZO/0-574/07

DRÓG KRAJOWYCH I AUTOSTRAD
ODDZIAŁ W KIELCACH

Wpł. dnia 2007-05-28

L. dz. 3671

WYROK

R-2

proszę o kopie
ale tylko
muśnięcia
Zespołu Arbitrów
(sygn. z dn. 12.13)

Zespołu Arbitrów z dnia 15 maja 2007 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Alicja Stanisława Juszczak**

Arbitrzy: **Wojciech Leopold Jaremk**

Barbara Monika Wachowiak -

Guzikowska

Protokolant **Filip Orczykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15.05.2007 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez
**Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., PRD Lubartów S.A.,
PBK "ABM" Sp. z o.o., WPM "MOSTY" S.A., KPRD Sp. z o.o., Mińsk Mazowiecki, ul.
Kolejowa 28**

od oddalenia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad
Oddział w Kielcach, Kielce, ul. I. Paderewskiego 43/45**
protestu z dnia 26 kwietnia 2007 r.

orzeka:

1. *Oddala odwołanie.*

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., PRD Lubartów S.A., PBK "ABM" Sp. z o.o., WPM "MOSTY" S.A., KPRD Sp. z o.o., Mińsk Mazowiecki, ul. Kolejowa 28**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **3 873 zł 79 gr**

(słownie: **trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt trzy złote siedemdziesiąt dziewięć groszy**)

z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., PRD Lubartów S.A., PBK "ABM" Sp. z o.o., WPM "MOSTY" S.A., KPRD Sp. z o.o., Mińsk Mazowiecki, ul. Kolejowa 28**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 660 zł 00 gr**

(słownie: **trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt złotych zero groszy**)

przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., PRD Lubartów S.A., PBK "ABM" Sp. z o.o., WPM "MOSTY" S.A., KPRD Sp. z o.o., Mińsk Mazowiecki, ul. Kolejowa 28** na rzecz **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, Kielce, ul. I. Paderewskiego 43/45**

- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr**

(słownie: **xxx**)

przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek środków specjalnych UZP

- 4) dokonać zwrotu kwoty **870 zł 21 gr**

(słownie: **osiemset siedemdziesiąt złotych dwadzieścia jeden groszy**)

z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., PRD Lubartów S.A., PBK**

**"ABM" Sp. z o.o., WPM "MOSTY" S.A., KPRD Sp. z o.o., Mińsk Mazowiecki, ul.
Kolejowa 28.**

3. Uzasadnienie

W dniu 27 kwietnia 2007 roku do Zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach wpłynął protest Konsorcjum Firm – Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Spółka z o.o. z Mińska Mazowieckiego (Lidera Konsorcjum) Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. z Lubartowa, Przedsiębiorstwa Budownictwa Komunikacyjnego „ABM” Spółka z o.o. z Legnicy, Warszawskiego Przedsiębiorstwa Mostowego „Mosty” S.A. z Warszawy, Kieleckiego przedsiębiorstwa Robót Drogowych Spółka z o.o. na czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (z dnia 19.06.2006r.) na budowę węzła komunikacyjnego Kielce Północ w ciągu drogi krajowej Nr 87 odcinek Występna –Wiśniówka (km 531+804,02 –km 539 + 078,24) wraz z nadbudową drogi krajowej Nr 73 do parametrów 2 jezdniowej drogi klasy GP odcinek Wiśniówka –granica m.Kielce (km 1+ 200,24 – km 3+ 579,19). Podstawą złożenia protestu było pismo Zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2007 roku, doręczone Konsorcjum w tym samym dniu. W proteście zarzucono Zamawiającemu :

1) zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyrażenia zgody na zmianę sposobu spełnienia świadczenia poprzez zmianę terminu rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia określonego w rozdziale 1 pkt 5.1 i pkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. terminu rozpoczęcia robót wyznaczonego na datę „... nie później niż 30 dni od daty 1.01.2007 r., kiedy to nastąpi przekazanie placu budowy, które odbędzie się nie później niż do 31.12.2006 r.” Skreślenie tego zdania umożliwiłoby podpisanie ważnej umowy po dniu 1.02.2007r., w związku z zaistnieniem okoliczności i innych przesłanek określonych w art. 140 ust.2 ustawy z

dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2006r. Nr 164, poz. 1163),

2) czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oferty firmy STRABAG pólka z o.o. w Warszawie z ceną ofertową brutto 201.351.419, 55 zł.

Zaniechane, jak i dokonane przez Zamawiającego czynności w ocenie Konsorcjum stanowią naruszenie:

a) przepisu art.94 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych z tego powodu, że Zamawiający zawiera umowę z innym wykonawcą mimo, iż gdyby dokonano zmiany sposobu świadczenia to oferta Konsorcjum byłaby i tak korzystniejsza niż oferta firmy STRABAG ,

b) znowelizowanego ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 roku przepisu art.140 ust.2 ustawy Pzp, który w szczególnie uzasadnionych przypadkach dopuszcza zmianę sposobu spełnienia świadczenia przed zawarciem umowy na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego, a wykonawca wyraził na nią zgodę - poprzez jego niezastosowanie, pomimo zaistnienia określonych w tym przepisie przesłanek.

c) przepisu art.7 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp zobowiązującego zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdy stosując przepisy ustawy obowiązujące przed 25 maja 2006 roku nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy w przedmiotowym postępowaniu,

d) przepisu art.24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nie wykluczenie z postępowania wykonawcy-firmy STRABAG, która nie przedłużyła ważności wymaganego wadium – po odrzuceniu jej protestu, wyroku Zespołu Arbitrów i orzeczenia Sądu Okręgowego w Kielcach,

e) przepisu art.94 ust.2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty STRABAG Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej z pozostałych ofert, pomimo nie uchylania się Konsorcjum od zawarcia

umowy, konieczność wykluczenia firmy STRABAG z postępowania oraz zaistnienia przesłanek do unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu postawionych zarzutów Konsorcjum wskazało, że po zakończeniu przewidzianych prawem postępowań wynikających, z wykorzystania przez wykonawców biorących udział w postępowaniu środków ochrony prawnej, zakończeniu kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Konsorcjum dążyło do zawarcia umowy. Konsorcjum wobec istotnej nieprzewidzianej zmiany okoliczności, która nastąpiła w trakcie trwania postępowania i konieczności zmiany terminów przewidzianych w SIWZ usiłowało skłonić Zamawiającego do dostosowania postanowień zawieranej umowy do nowych okoliczności zgodnie z art.140 ust.2 ustawy Pzp. Jednak Zamawiający odmówił jakiegokolwiek współpracy i wezwał Konsorcjum do zawarcia umowy na określonych w SIWZ niewykonalnych warunkach faktycznych (terminach które upłynęły) i finansowych grożących Konsorcjum rażącą starą. Zamawiający mimo prób wyjaśnienia sytuacji w piśmie z dnia 13 kwietnia 2007 roku zagroził zastosowaniem art.94 ust.2 ust.Pzp i potraktowaniem stanowiska Konsorcjum jako odmowy podpisania umowy. Dlatego Konsorcjum w dniu 20.04.2007r. złożyło (inny) protest wobec odmowy podpisania z Konsorcjum umowy z zastosowaniem przepisu art.140 ust.2 ustawy Pzp. W dniu 23 kwietnia 2007 r. Konsorcjum otrzymało pismo Zamawiającego o wyborze na podstawie art.94 ust.2 oferty firmy STRABAG. Wybór tej oferty jest obarczonym błędami prawnymi, dyskwalifikującymi ten wybór i uzasadniającymi unieważnienie postępowania. W ocenie Konsorcjum istnieje bezwzględna konieczność dokonania zmian w sposobie spełnienia świadczenia w zakresie terminu rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 5.1. i pkt 6 SIWZ) oraz warunków określonych w pkt 11.8 SIWZ. W okresie od daty złożenia oferty do momentu kiedy stało się możliwe podpisanie umowy nastąpił znaczny wzrost cen robocizny oraz cen surowców i materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, czego nie można było przewidzieć na etapie rozpoczęcia postępowania o zamówienia. Dlatego na skutek zaniechania

przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum do wyrażenia zgody na zmianę sposobu spełnienia świadczenia. Zamawiający wybrał ofertę STRABAG uznając ją (w drugiej kolejności) jako najkorzystniejszą pomimo, że cena oferty Konsorcjum nawet po zmianie terminów i wprowadzeniu klauzuli waloryzacyjnej była by znacznie niższa niż cena oferty STRABAG (blisko o 40 mln zł).Faktycznie w „szczególnych warunkach kontraktu „ wyłączona była możliwość waloryzacji wynagrodzenia, choć jest to typowa klauzula FIDC. Konsorcjum w swej korespondencji (pisma z dnia 5 kwietnia, 13 kwietnia, 17 kwietnia i 18 kwietnia 2007 roku) wskazywało na ekonomiczną i prawną niemożność zawarcia umowy, określającej wynagrodzenie i terminy rozpoczęcia Etapu 2 zawarte w ofercie, wskazywało szereg aspektów prawnych które umożliwiałyby zawarcie umowy z proponowanymi zmianami, tak by nie był zagrożony interes Zamawiającego i Wykonawcy przy zachowaniu ekwiwalentności świadczenia stron. W ocenie Konsorcjum zawarcie umowy przy zastosowaniu przepisów ustawy Pzp, obowiązujących przed 25.05.2006r. (czego domagał się Zamawiający) spowodowałoby zawarcie nieważnej umowy w świetle przepisu art.387§1 K.c., gdyż umowa (bez zmiany terminów określonych w SIWZ) była by umową o świadczenie niemożliwe, a postępowanie winno być unieważnione (stanowisko to potwierdzają wyroki Zespołu Arbitrów). Proponowany przez Konsorcjum rodzaj zmian w umowie jest możliwy przy zastosowaniu przepisu art.140 ust.2 znowelizowanego Prawa zamówień publicznych, który w szczególnie uzasadnionych przypadkach dopuszcza możliwość zmiany sposobu spełnienia świadczenia przed zawarciem umowy. Możliwość taka wynika z treści przepisu art.3 ust.2 ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że do umów zawieranych po wejściu w życie ustawy stosuje się przepisy znowelizowane. Zdaniem Konsorcjum ewentualna zmiana umowy polegająca na zmianie sposobu świadczenia, poprzez zmianę pkt 11.8 rozdziału 1 SIWZ i wprowadzeniu klauzuli waloryzacyjnej nie stanowiłaby naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający z możliwości zmiany umowy nie skorzystał i wybrał ofertę kolejnego wykonawcy z naruszeniem przepisu art.94 ust.1 ustawy Pzp. Takie stanowisko Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w obecnie ustalanych trendach odformalizowania postępowania o zamówienia publiczne. Przepisy ustawy Pzp jak i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dopuszczają możliwość, pod pewnymi warunkami, zmiany zakresu świadczenia, nawet jeżeli były oceniane w toku postępowania. Zamawiający zaniechał wykonania obowiązku określonego w art.140 ustawy wprowadzenia zmian w sposobie świadczenia.

Wybór kolejnej oferty (firmy STRABAG) nastąpił z naruszeniem przepisu art.94 ust.2 gdyż nie wystąpiły przesłanki do jego zastosowania, bowiem Zamawiający odmawiał jakiegokolwiek współpracy z Konsorcjum w zakresie ukształtowania warunków umowy, działając z pełną świadomością niewykonalności proponowanej przez niego umowy. Zamawiający nie zajął żadnego merytorycznego stanowiska w zakresie proponowanych zmian, postawił tylko Konsorcjum ultymatywny termin do zawarcia umowy na dotychczasowych warunkach, co jak wykazano wcześniej nie jest możliwe i prawnie dopuszczalne.

Nadto w proteście Konsorcjum wskazało, że w związku z zaniechaniem wykluczenia firmy STRABAG i wyborem tej oferty postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy zgodnie z art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, co wyklucza możliwość zastosowania przepisu art. 94 ust.2 tej ustawy.

Konsorcjum wnosiło o uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty firmy STRABAG oraz o dokonanie czynności określonych w art.140 ust.2 ustawy Pzp i zastosowanie do zawieranej umowy znowelizowanych przepisów Praw zamówień publicznych zgodnie z art.3 ust.2 ustawy z dnia 7.04.2006 r.

Zamawiający protest z dnia 30 kwietnia 2007 roku oddalił w uzasadnieniu podając, że całkowicie bezzasadne i niezrozumiałe są zarzuty i twierdzenia Konsorcjum dotyczące

zastosowania do trybu zawierania umowy w przedmioty postępowaniu przepisy ustawy obowiązujące po dniu 25.05.2006r. i dlatego zawarta w proteście analiza znowelizowanego po tym dniu art.140 ust.2 ustawy Pzp jest bezprzedmiotowa. Przyczyną nie udzielenia Protestującemu Konsorcjum zamówienia była odmowa z jego strony zawarcia umowy z wynagrodzeniem określonym w ofercie. Wskazywane w proteście zapisy SIWZ (dotyczące terminów realizacji zamówienia), które miałyby uniemożliwiać zawarcie umowy nie stanowią w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych przeszkody do zawarcia umowy. Zamawiający nie zmienia podstawowych terminów realizacji przedmiotu umowy(Etap I i Etap II), obowiązku wykonania zamówienia w okresie 24 miesięcy od dnia podpisania umowy. Wymienione przez Konsorcjum terminy rozpoczęcia robót Etap II wynikały z przyczyn organizacyjnych, podane w SIWZ terminy były najwcześniejszymi w których Zamawiający mógł przekazać teren budowy do dyspozycji wykonawcy. Przytoczone okoliczności wskazują, że kwestionowane w proteście terminy miały charakter organizacyjny i mogły być w umowie zmienione gdyby Konsorcjum wyraziło zgodę na zawarcie umowy z wynagrodzeniem określonym w ofercie. Taka zmiana umowy jest dopuszczalna w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak należy ją odróżnić od zmiany warunków umowy w zakresie wynagrodzenia , czy też zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie , które podlegają ocenie w toku postępowania, co potwierdza Komentarz do ustawy Pzp, pod red. T.Czajkowskiego wyd.2004. Przeprowadzona kontrola uprzednia przedmiotowego postępowania, zakończona przez Prezesa UZP w dniu 26.02.2007r. potwierdziła brak przeszkód prawnych do zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Bezzasadny jest również zarzut zaniechania negocjacji z Protestującym w sprawie zawarcia w umowie wynagrodzenia wyższego niż wynikającego ze złożonej przez Konsorcjum oferty. Treść art.140 ust.2 -w brzmieniu obowiązującym dla prowadzonego zamówienia- nie wskazuje, że Zamawiający jest zobowiązany do negocjowania z Protestującym zawarcie umowy na innych warunkach niż zawarte w ofercie. Z tym zarzutem (treścią przepisu) nie jest związana jakkolwiek

czynność Zamawiającego, która stanowiłaby o naruszeniu interesu prawnego Protestującego Konsorcjum. W świetle przepisu art. 168 ust.6 ustawy bezzasadny jest zarzut zaniechania wykluczenia firmy STRABAG, o bezzasadności tego zarzutu świadczy wynik kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania, wynik tej kontroli nie wskazuje na konieczność wykluczenia z postępowania firmy STRABAG, co wskazuje że wykonawca ten w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp zabezpieczył swoją ofertę wadium. Zamawiający wskazał na brak interesu prawnego Protestującego Konsorcjum w kwestionowaniu rzekomego zaniechania wykluczenia z postępowania firmy STRABAG, gdyż Konsorcjum odmawiając podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, dokonał czynności świadczącej o braku interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Tym samym w odniesieniu do formułowanego zarzutu nie może być mowy o istnieniu interesu prawnego w rozumieniu przepisu art.179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W okolicznościach odmowy podpisania umowy przez Konsorcjum na warunkach określonych w ofercie, Zamawiający zobowiązany był w myśl art.94 ust.2 ustawy Pzp do wyboru najkorzystniejszej z spośród pozostałych ofert. Dlatego wybór oferty firmy STRABAG, której ważność potwierdzona została kontrolą uprzednią Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest w pełni uzasadniony.

W odwołaniu, które złożyło Konsorcjum w dniu 5 maja 2007 roku, powtórzone zostały zarzuty zawarte w proteście oraz argumentacja na ich poparcie, wnosząc o

Odwołujące się Konsorcjum wnosiło o uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty firmy STRABAG oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności polegającej na wezwaniu Konsorcjum do wyrażenia zgody na zmianę sposobu świadczenia i wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej przewidzianej w FIDIC w związku z wystąpieniem przesłanek określonych w art.140 ust.2 ustawy Pzp. albo alternatywnie o uchylenie czynności

Zamawiającego polegającej na wyborze oferty firmy STRABAG oraz o unieważnienie postępowania.

Na posiedzeniu Zespół Arbitrów ustalił, że środki zaskarżenia wpłynęły w ustawowych terminach.

Na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Zespół Arbitrów na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, w tym złożonych ofert oraz ustaleń dokonanych na rozprawie, ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający pismem z dnia 22.03.2007r. znak: GDDKIA – O/KI-R-2- MN/417 – 102/2007 i GDDKIA – O/KI-7-MN/417-102/2007 zaprosił Odwołującego na dzień 27.03.2007r. w celu ustalenia miejsca i terminu podpisania umowy. Następnie pismem z dnia 30.03.2007r. znak: GDDKIA – O/KI-R-2- MN/417 – 120/2007 i GDDKIA – O/KI-7-MN/417-120/2007 wezwał Odwołującego się do podpisania umowy zgodnie ze złożoną ofertą w nieprzekraczalnym terminie do dnia 05.04.2007r. w siedzibie Zamawiającego, przypominając o obowiązku wniesienia należytego zabezpieczenia umowy.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w pismach z dnia 05.04.2007r. poinformował Zamawiającego, że ze względu na znaczny wzrost cen materiałów budowlanych i robocizny w okresie od dnia złożenia oferty do chwili obecnej oraz terminy zawarte w SIWZ dotyczące przekazania placu budowy i rozpoczęcia robót, realizacja kontraktu na warunkach określonych w SIWZ nie jest możliwa i groziłaby Odwołującemu się rażącą stratą.

W odpowiedzi Zamawiający pismem z dnia 12.04.2007r. GDDKIA – O/KI-R-2- MN/417 – 139/2007 i GDDKIA – O/KI-7-MN/417-139/2007 powiadomił Odwołującego się, że propozycji dostosowania warunków planowanej umowy do aktualnych cen materiałów budowlanych i robocizny w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przyjęć

nie może. Jednocześnie wezwał Odwołującego, aby w terminie do dnia 13.04.2007r. złożył ostateczną deklarację ustalenia terminu podpisania umowy i zawiadomił, że brak odpowiedzi będzie traktowany jako odstąpienie od podpisania umowy, i rezygnacja z realizacji kontraktu ze wszystkimi skutkami określonymi w obowiązujących przepisach prawnych. Jednocześnie powiadomiono Odwołującego, iż w takiej sytuacji Zamawiający zobligowany będzie do zastosowania przepisu art. 94 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W piśmie z dnia 12.04.2007r. dostarczonym do Zamawiającego w dniu 17.04.2007r. Odwołujący powiadomił Zamawiającego, że jego stanowisko odmawiające uwzględnienia w umowie nadzwyczajnej zmiany okoliczności polegających na radykalnym wzroście cen materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy, a wpływające na ekwiwalentność świadczenia stron jest chybione i nie znajdują podstawy w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych oraz, że nie uwzględnia interesu publicznego. Jednocześnie Odwołujący zaproponował Zamawiającemu zastosowanie do umowy przepisu art. 140 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym po dniu 25 maja 2006r., który umożliwia zmianę sposobu spełnienia świadczenia.

W odpowiedzi (pismo z dnia 13.04.2007r. GDDKIA – O/KI-R-2- MN/417 – 142/2007 i GDDKIA – O/KI-7-MN/417-142/2007) Zamawiający podał, iż w nawiązaniu do pisma Odwołującego z dnia 12.04.2007r. i niezastosowaniu się do dyspozycji zawartej w tym piśmie, tj. brakiem wyrażenia ostatecznej deklaracji w kwestii ustalenia terminu podpisania umowy na obowiązujących warunkach określonych w ofercie złożonej w dniu 19.06.2006r., uznaje, że Odwołujący odstąpił od podpisania umowy, a tym samym rezygnuje z realizacji kontraktu.

W piśmie z dnia 17.04.2007r., które było odpowiedzią Odwołującego na pismo Zamawiającego z dnia 13.04.2007r., Odwołujący podał, iż cyt. „podpisanie umowy na warunkach określonych w SIWZ zaakceptowanych w złożonej przez nas ofercie z dnia

19.06.2006r. jest niemożliwe". Powyższe stwierdzenie Odwołujący zawarł również w piśmie z dnia 18.04.2007r., które było uzupełnieniem jego pisma z dnia 17.04.2007r. Pismo to zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 20.04.2007r.

W dniu 19.04.2007r. Zamawiający dokonał wyboru, na podstawie art. 94 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, oferty firmy STRABAG.

Z opisanego wyżej stanu faktycznego, w ocenie Zespołu Arbitrów, jednoznacznie wynika, iż doszło do sytuacji opisanej w przepisie art. 94 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 25 maja 2006r.), a polegającej na uchylaniu się wybranego Wykonawcy od zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie, w tym w szczególności dotyczących ceny oferty, za którą miał być realizowany przedmiot umowy.

Zespół Arbitrów na podstawie zgromadzonych i opisanych wyżej dokumentów ustalił, iż Zamawiający kilkakrotnie wzywał i wyznaczał Odwołującemu termin do podpisania umowy, a Odwołujący uchylał się od dokonania tej czynności, a w zamian tego przedkładał pisma, w których informował o przyczynach i konieczności dokonania zmian w zawieranej umowie, które miały odbiegać od treści złożonej przez niego oferty.

Zespół Arbitrów stwierdza, że niezastosowanie się Odwołującego do licznych wezwań Zamawiającego należy uznać za uchylenie się od zawarcia umowy, o którym mowa w przepisie art. 94 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

Z uwagi na powyższe Zespół Arbitrów, przed merytorycznym rozpoznaniem odwołania, rozważył czy Odwołujący posiada prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności czy można uznać, iż ma interes prawny do ich wniesienia. Posiadanie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia jest konieczną przesłanką materialnoprawną skutecznego

wnoszenia środków ochrony prawnej, bowiem tylko wykonawca, który wykaze doznanie uszczerbku w interesie prawnym lub możliwość takiego uszczerbku jest uprawniony do złożenia protestu i odwołania. W opisanym wyżej stanie faktycznym niewątpliwie Odwołujący uchylając się od podpisania umowy faktycznie zrezygnował z uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a tym samym utracił prawo do kwestionowania czynności, do wykonania których był zobowiązany Zamawiający na podstawie art. 94 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

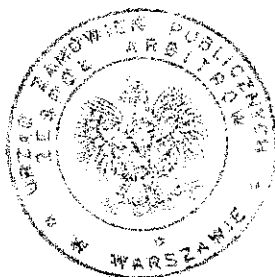
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględniając koszty pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 660 złotych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Kielcedu.....¹

Przewodniczący Zespołu Arbitrów: Alina Jurczyk.....

Arbitrzy: Wojciech.....

[Signature].....



¹ Nie dotyczy postępowań wszczętych przed dniem 2 marca 2004 r.