



**MIASTO  
NOWY DWÓR MAZOWIECKI**

**URZĄD MIEJSKI  
W NOWYM DWORZE MAZOWIECKIM**  
ul. Zakroczyńska 30  
05-100 Nowy Dwór Mazowiecki  
Tel. (22) 51-22-000, (22) 51-22-111  
Fax (22) 51-22-101

sekretariat@nowydwormaz.pl  
www.nowydwormaz.pl

Nowy Dwór Mazowiecki, dnia 30 lipca 2014 r.

WPI.271.15.2014

**DO WSZYSTKICH WYKONAWCÓW**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn.: **„Rozbudowa obiektów zaplecza kulturalno-rekreacyjnego w Nowym Dworze Mazowieckim – Modernizacja Stadionu Miejskiego – przebudowa trybun”**, oznaczenie sprawy: **WPI.271.15.2014**.

Zamawiający zawiadamia o zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn.: **„Rozbudowa obiektów zaplecza kulturalno-rekreacyjnego w Nowym Dworze Mazowieckim – Modernizacja Stadionu Miejskiego – przebudowa trybun”**, oznaczenie sprawy: WPI.271.15.2014.

W dniu 8 lipca 2014 r. Zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą, jednocześnie przekazał drogą elektroniczną Wykonawcom, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu została uznana oferta złożona przez Wykonawcę: EUROBUDOWA Sp. z o. o., ul. Orzechowa 25, 02-244 Warszawa.

W zawiadomieniu przekazanym Wykonawcy, którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza, Zamawiający, zgodnie z zapisem zawartym w Rozdz. XIII ust. 1 SIWZ, wskazał termin podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie w/w zadania, jak też wszelkie formalności niezbędne do dopełnienia przed jej podpisaniem. W szczególności zaś, Zamawiający przypomniał Wykonawcy o obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Termin podpisania umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia został wyznaczony na dzień 15 lipca 2014 r.

W dniu 11 lipca 2014 r. Wykonawca przekazał Zamawiającemu drogą elektroniczną wniosek o przesunięcie powyżej wskazanego terminu podpisania umowy na dzień 22 lipca 2014 r., zapewniając jednocześnie Zamawiającego, że dokumenty, których przekazanie Zamawiającemu było niezbędne przed podpisaniem umowy, zostaną mu przesłane w terminie nie później niż do dnia 17 lipca 2014 r. W odpowiedzi na powołany wniosek Wykonawcy przekazanej mu drogą elektroniczną w dniu 12 lipca 2014 r., Zamawiający nie wyraził zgody na jakąkolwiek zmianę ustalonego terminu podpisania umowy.

W dniu 15 lipca 2014 r., tj. w dniu, w którym miało nastąpić podpisanie umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia, do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego: ZAB-BUD Andrzej Zaboklicki, ul. Nowosielecka 14A lok. 3, 00-466 Warszawa.

W ocenie Zamawiającego, nie sposób uznać, że Wykonawca mógł mieć wiedzę, że w dniu 15 lipca 2014 r. do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynie odwołanie wniesione w

niniejszym postępowaniu. Tymczasem, do dnia 15 lipca 2014 r. Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wykonawca nie dopełnił formalności wskazanych przez Zamawiającego, czy to w piśmie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazanym Wykonawcy w dniu 8 lipca 2014 r., czy to w piśmie z odpowiedzią na wniosek o przesunięcie terminu podpisania umowy przekazanym Wykonawcy w dniu 12 lipca 2014 r. Wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu chociażby uzupełnionego o niezbędne dane projektu dokumentu mającego stanowić zabezpieczenie należytego wykonania umowy, mimo że obowiązek tej postaci wynika wprost z postanowień Rozdz. XIV SIWZ. Zgodnie z tymi postanowieniami treść dokumentu stanowiącego zabezpieczenie należytego wykonania umowy podlega akceptacji Zamawiającego, co oznacza, że na Wykonawcy ciąży obowiązek, by zapewnić Zamawiającemu odpowiedni czas na zapoznanie się z projektem przedmiotowego dokumentu i zgłoszenie ewentualnych uwag odnośnie do jego treści przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. W rozpatrywanym przypadku, Wykonawca nie dochował tego obowiązku.

Należy zauważyć, że termin ważności wadium wniesionego przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu upływał z dniem 26 lipca 2014 r. W związku z tym, w dniu 17 lipca 2014 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 184 ustawy, wezwał Wykonawcę, pod rygorem wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia niniejszego postępowania do zawarcia umowy, tj. na okres co najmniej do dnia 11 sierpnia 2014 r. Przed upływem terminu ważności wadium wniesionego przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu, ani nie przedłużył on ważności wadium, ani też nie wniósł on nowego wadium zgodnie z dyspozycją Zamawiającego zawartą we wskazanym wezwaniu.

W dniu 23 lipca 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o zwróceniu odwołania wniesionego w niniejszym postępowaniu, tj. postanowienie kończące postępowanie odwoławcze, które zniosło zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego wyrażony w art. 183 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy: *„W przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia.”*. W niniejszym postępowaniu bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu w dniu 15 lipca 2014 r. – do dnia 23 lipca 2014 r. Od dnia 24 lipca 2014 r. zaś, nastąpiła kontynuacja biegu wskazanego terminu. Wobec tego, należało uznać, że termin związania ofertą złożoną przez Wykonawcę upływie ostatecznie w dniu 3 sierpnia 2014 r.

W związku z powyższym, w dniu 24 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do natychmiastowego stawienia się w siedzibie Zamawiającego celem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie w/w zadania – w nieprzekraczalnym terminie do dnia 25 lipca 2014 r. (do godz. 16:00). Jednocześnie, Zamawiający poinformował ponownie Wykonawcę, że przed podpisaniem umowy jest on zobowiązany wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy, wskazując, że wymagania dotyczące tego zabezpieczenia zostały określone w Rozdz. XIV SIWZ.

Przed upływem drugiego terminu podpisania umowy wyznaczonego na dzień 25 lipca 2014 r. Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Co więcej, nie stawiał się w siedzibie Zamawiającego w celu podpisania umowy w wyznaczonym, a powyżej wskazanym terminie, nie przedstawiając jakiegokolwiek uzasadnienia dla powodów swojej nieobecności.

Jak stanowi art. 46 ust. 5 pkt 2) ustawy: *„Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: [...] nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.”*.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, w dniu 25 lipca 2014 r. Zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 5 pkt 2) ustawy, zatrzymał wadium wniesione przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu.



Należy uznać, że powołane okoliczności w sposób bezsporny świadczą także o tym, iż Wykonawca uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie w/w zadania. Wobec upływającej z dniem 26 lipca 2014 r. ważności wadium wniesionego przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu, całkowitą bezczynność Wykonawcy, która polegała na niedopełnieniu – przed upływem drugiego terminu podpisania umowy wyznaczonego na dzień 25 lipca 2014 r. – odpowiednich formalności niezbędnych przed jej podpisaniem, należy ocenić jako celową i zmierzającą do uniknięcia przez Wykonawcę sankcji przewidzianej w art. 46 ust. 5 ustawy.

Podkreślenia wymaga także fakt, iż Wykonawca nie odpowiedział na żadne z pism przekazanych mu przez Zamawiającego poczynawszy od dnia 12 lipca 2014 r. Tym bardziej uzasadnia to uznanie, że Wykonawca uchyla się od zawarcia umowy.

Należy podzielić pogląd Włodzimierza Dzierżanowskiego wyrażony w publikacji pt.: *„Prawo zamówień publicznych. Komentarz.”* (Wydawnictwo LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010), zgodnie z którym: *„Uchylanie się nie jest tym samym co każda odmowa zawarcia umowy. Odmowa jest każdym oświadczeniem woli wyrażającym brak zgody. Będzie więc miała miejsce również tam, gdzie wybrany wykonawca odmówi podpisania umowy, wskazując na występowanie przesłanek do jej unieważnienia. Natomiast uchylanie się według poglądów SN powstających na gruncie art. 390 § 1 k. c., posługującego się pojęciem uchylania się od zawarcia umowy przyrzeczonej po zawarciu umowy przedwstępnej sprzedaży, to: tylko bezpodstawna odmowa zawarcia umowy przyrzeczonej. Uchylanie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonywania umowy przedwstępnej, powinno więc być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego niezawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem.”.*

Zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy: *„Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia 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.”.*

Jak wskazuje Jerzy Pieróg w publikacji pt.: *„Prawo zamówień publicznych. Komentarz.”* (Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2010): *„Przepis art. 94 ust. 3 wprowadzono na wypadek, gdyby po wyborze oferty nie mogło nastąpić zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, z tym że przyczyna niemożności podpisania umowy musi znajdować się po stronie wykonawcy i może nią być tylko:*

- *uchylenie się od zawarcia umowy,*
- *niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.*

*Zastosowanie procedury wyboru następnej w kolejności uzyskanych punktów oferty może mieć miejsce tylko wtedy, gdy nie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.”.*

Należy zauważyć, że w niniejszym postępowaniu zachodzą obie przesłanki określone w art. 94 ust. 3 ustawy, a mianowicie, wykonawca nie wniósł wymaganego przez Zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zaś wskazane powyżej okoliczności nakazują uznać, że uchyla się od zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia. Ponadto, w niniejszym postępowaniu nie zachodzą przesłanki jego unieważnienia, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 93 ust. 1 ustawy.

Niemniej jednak, jak to ujął Jerzy Pieróg w powołanej publikacji: *„Przepis art. 94 ust. 3 ma charakter fakultatywny, w związku z czym procedura w nim opisana może, ale nie musi zostać zastosowana. Jeżeli zamawiający zdecyduje się z niej skorzystać, to wyboru następnej oferty musi dokonać na podstawie istniejącej punktacji, nie może dokonywać ponownego badania i oceny ofert. Jeżeli nie skorzysta z tej procedury, dla udzielenia zamówienia musi przeprowadzić nowe postępowanie.”.*

Wyżej przedstawione stanowisko doktryny potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 30 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1285/11) Krajowa

Izba Odwoławcza wyraziła pogląd, że: *„W przeciwieństwie do pierwotnego brzmienia przepisu art. 94 ust. 3 p.z.p., wybór kolejnej oferty nie jest już obowiązkiem zamawiającego, lecz zależy od jego woli, a tym samym wykonawcy nie mogą domagać się dokonania tej czynności i zarzucać zamawiającemu naruszenia przepisów p.z.p. poprzez zaniechanie wyboru kolejnej oferty.”*

W ocenie Zamawiającego, wybór oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny zgodnie z procedurą określoną w art. 94 ust. 3 ustawy stanowiłoby naruszenie zasady celowości i efektywności gospodarowania środkami publicznymi, tj. naruszenie art. 44 ust. 3 pkt 1) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.). Wymagałby bowiem, dokonania wyboru oferty, w której cena zaoferowana za realizację przedmiotu zamówienia jest większa o 904 640,40 zł. brutto w stosunku do ceny zaoferowanej przez Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym, Zamawiający zostałby zmuszony do poniesienia znacznie większych kosztów niż jest to konieczne w celu realizacji przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem.

W wyniku dokonania powyższych ustaleń, w dniu 30 lipca 2014 r. Zamawiający podjął decyzję o zakończeniu niniejszego postępowania bez zastosowania procedury określonej w art. 94 ust. 3 ustawy, co mieści się w sferze uprawnień Zamawiającego.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyżej przytoczonym wyroku: *„Nowe brzmienie art. 94 ust. 3 p.z.p. powoduje także zaistnienie nowej sytuacji, w której dane postępowanie nie kończy się w żaden z dwóch dotychczasowych sposobów, a więc ani zawarciem umowy, ani jego unieważnieniem. Tym samym zamawiający mógł zamknąć postępowanie, nie dokonując czynności unieważnienia.”*

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn.: *„Rozbudowa obiektów zaplecza kulturalno-rekreacyjnego w Nowym Dworze Mazowieckim – Modernizacja Stadionu Miejskiego – przebudowa trybun”*, oznaczenie sprawy: WPI.271.15.2014 zostało zakończone bez zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec braku podstaw ku temu, nie zostało ono unieważnione.

Z poważaniem,

Z up. BURMISTRZA -

Janusz Milkuszewski  
Z-ca Burmistrza