

WYROK

z dnia 26 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2012 r. przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółkę Akcyjną w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez **Koleje Śląskie Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółkę Akcyjną w Bydgoszczy** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółkę Akcyjną w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna w Bydgoszczy** na rzecz **Kolei Śląskich Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** kwotę **4 092 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Koleje Śląskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę w formie dzierżawy 6 (sześciu) elektrycznych zespołów trakcyjnych dla Kolei Śląskich Sp. z o.o.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 13 lipca 2012 roku wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz w Bydgoszczy (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do niego;
- naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp poprzez określenie terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji i nieadekwatny do zakresu prac przyjętych w opisie przedmiotu zamówienia oraz art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej jako „KC”) w zw. z art. 14 Pzp oraz 139 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania, którego przedmiotem jest świadczenie niemożliwe;
- naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisów Pzp skutkujących prowadzeniem postępowania w sposób naruszający zasady i wpływającym na krąg potencjalnych wykonawców poprzez jego nieuzasadnione ograniczenie;
- naruszenie przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności opracowania treści ogłoszenia i SIWZ (w tym wzorca umowy) w części dotyczącej warunków udziału w postępowaniu oraz terminu realizacji zamówienia w zakresie opisanym w odwołaniu;
- dokonanie zmiany treści ogłoszenia i SIWZ (w tym wzorca umowy) w zakresie i w sposób określony w odwołaniu

W zakresie zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 22 ust. 4 Pzp warunki udziału w postępowaniu odwołujący się podniósł, że zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, a także dokonał opisu sposobu oceny ich spełniania w sposób sprzeczny z regułami ustalania warunków.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa w formie dzierżawy 6 (sześciu) elektrycznych zespołów trakcyjnych dla Kolei Śląskich Sp. z o.o. Zgodnie z treścią SIWZ (część III., pkt 2.1) przedmiot zamówienia opisany został następująco: „Przedmiotem zamówienia jest dzierżawa przez okres 36 miesięcy i wykup sześciu fabrycznie nowych sześcioczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych do wykonywania przewozów pasażerskich, normalnotorowych (rozstaw szyn - 143 5mm). Pojazdy te powinny być o długości przedziału pasażerskiego nie krótszej niż 90 m i nie dłuższej niż 95 m. Nominalna pojemność zespołu (min. 200 miejsc siedzących, miejsca stojące 5 os./m²): >900 osób. Przewiduje się, że średnie roczne przebiegi wyniosą ok. 150 tysięcy km. Żywotność pojazdów powinna wynosić min. 30 lat lub min. 4 000 000 km. Po okresie dzierżawy zamawiający dokona zakupu dzierżawionych pojazdów. Szczegółowy zakres zamówienia oraz wymagania techniczno-użytkowe określono w Załączniku nr 1 do SIWZ.” W analogiczny sposób kwestia ta została oczywiście przedstawiona w ogłoszeniu o zamówieniu. Całościowa analiza zapisów SIWZ, w tym w szczególności przywołanego powyżej opisu przedmiotu zamówienia oraz Załącznika Nr 1, a także wzoru umowy dzierżawy (Załącznik Nr 2) pozwala, zdaniem odwołującego, twierdzić, że wybrany wykonawca, obok dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych, nie będzie świadczył żadnych dodatkowych usług związanych z ich utrzymaniem, serwisem, ani specyficzną formą „finansowania zamówienia”/ „kredytowania zamówienia”, itd. W zamian za to otrzyma wynagrodzenie w formie czynszu dzierżawnego i ostatnią opłatę za przeniesienie własności dostarczonych zespołów trakcyjnych po podpisaniu protokołu odbioru końcowego. Zakres obowiązków potencjalnego wykonawcy zamówienia sprowadza się zatem *de facto* do sprzedaży tych pojazdów Zamawiającemu, a dzierżawę można uznać w tym przypadku jako informację na temat formy wypłaty wynagrodzenia, jego przekazania wykonawcy. Warunki udziału w ww. postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania zostały natomiast, zgodnie z treścią SIWZ ukształtowane w następujący sposób:

„5. Sytuacja ekonomiczno - finansowa Wykonawcy: 5.1. Wykonawca winien znajdować się w sytuacji ekonomicznej i finansowej umożliwiającej należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, tj. Wykonawca winien posiadać środki lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 25.000.000,00 PLN (słownie: dwadzieścia pięć milionów złotych) 6. Doświadczenie i wiedza Wykonawcy: 6.1.

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał się należytem wykonaniem, a w

przypadku świadczeń obecnie realizowanych (świadczenia okresowe lub ciągłe) należytem wykonywaniem zamówienia w zakresie dostawy w formie najmu, dzierżawy lub leasingu przynajmniej 2 (dwóch) nowych EZT przez co najmniej 12 miesięcy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie. Wzór wykazu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postaci wykazania doświadczenia stanowi załącznik nr 4 do SIWZ. (...)

7. Ocena spełnienia przedstawionych warunków zostanie dokonana według formuły „spełnia - nie spełnia”, na podstawie dokumentów i oświadczeń załączonych do Oferty, wymienionych w punkcie V SIWZ.” W sposób analogiczny określono jest oczywiście w ogłoszeniu o zamówieniu. Z powołanego powyżej pkt 6.1. w obecnym brzmieniu wynika, że wykonawca powinien wykazać się wiedzą i doświadczeniem jednocześnie na dwóch płaszczyznach. Pierwsza z nich obejmuje dostawę jako taką, o czym świadczy sformułowanie: „należytem wykonywaniem zamówienia w zakresie dostawy (...) przynajmniej 2 (dwóch) nowych EZT przez co najmniej 12 miesięcy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert,(...)”. Druga z nich natomiast to kwestie związane z wiedzą i doświadczeniem w zakresie finansowania takiej dostawy, o czym świadczy konstrukcja: „należytem wykonywaniem zamówienia w zakresie dostawy w formie najmu, dzierżawy lub leasingu”. Przy zakresie przedmiotu zamówienia, na jaki zdecydował się zamawiający, a który przywołano powyżej, żądanie doświadczenia w dostawie jako takiej nie budzi większych zastrzeżeń. Wątpliwości pojawiają się natomiast w przypadku żądania od wykonawców doświadczenia jako podmiotu „finansującego”/„kredytującego” taką dostawę, skoro przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu obejmuje tylko pierwszą z ww. płaszczyzn. Dla oceny doświadczenia umożliwiającego realizację przedmiotowego zamówienia, w świetle zaprezentowanego stanowiska doktryny i sądów orzekających, wystarczające jest bowiem posiadanie doświadczenia jedynie w dostawie co najmniej 2 nowych ETZ. Żądanie szerszego doświadczenia jako całkowicie zbędne dla realizacji przedmiotu niniejszego postępowania, należy uznać za nieuprawnione.

W ocenie odwołującego, za związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny należałoby uznać warunek wiedzy i doświadczenia w następującym kształcie: „6.1. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał się należytem wykonaniem, a w przypadku świadczeń obecnie realizowanych (świadczenia okresowe lub ciągłe) należytem wykonywaniem zamówienia w zakresie dostawy przynajmniej 2 (dwóch) nowych EZT w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie. Wzór wykazu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postaci wykazania doświadczenia stanowi

załącznik nr 4 do SIWZ.” Jednocześnie, mając na względzie, że kwestia „wymogu finansowania” mogła wynikać z intencji Zamawiającego wyboru wykonawcy, którego kondycja finansowa pozwala na „kredytowanie” zamawiającego i spłatę przez tego ostatniego należności z tytułu realizacji zamówienia w ratach, odwołujący wskazuje, iż należało w nieco odmienny sposób ukształtować również drugi z warunków - sytuacji ekonomicznej i finansowej. Mianowicie biorąc pod uwagę szacunkową wartość zamówienia (194 mln. zł bez VAT), należało wskazać np., iż: „5.1. Wykonawca winien znajdować się w sytuacji ekonomicznej i finansowej umożliwiającej należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, tj. Wykonawca winien posiadać środki lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 100.000.000,00 PLN (słownie: sto milionów' złotych).”

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp oraz 387 § 1 KC w zw. z art. 14 Pzp oraz 139 ust. 1 Pzp odwołujący się podniósł, że określony przez zamawiającego termin realizacji przedmiotu zamówienia - 31.12.12 r. - nosi cechy umowy o świadczenie niemożliwe, a zgodnie z art. 387 § 1 KC (który na podstawie art. 14 Pzp znajduje zastosowanie) umowna taka jest nieważna. Wykonanie zamówienia o przyjętym przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia zakresie w terminie przez niego wymaganym realnie i rzeczywiście nie jest możliwe i to z przyczyn obiektywnych. Ponadto odwołujący wskazał, że obiektywną niemożliwością jest nie tylko niemożność faktyczna i prawna, ale także w jej zakres wchodzi sytuacje, gdy wykonanie świadczenia jest w prawdzie możliwe, ale pociągałoby za sobą szczególnie wysokie koszty, nakłady czy starania. Odwołujący się zwrócił uwagę na fakt, iż takimi kosztami dla zamawiającego będą przykładowo ceny ofert, które ze względu na znacznie zwiększone w takim przypadku ryzyko nałożenia kary umownej za niedotrzymanie terminu dostawy pojazdów, będą to ryzyko obejmować. Zamawiający przewiduje, iż wykonawca zobowiązany jest wydać przedmiot dzierżawy w terminie do dnia 31 grudnia 2012 r. Wprawdzie zamawiający może dowolnie wyznaczyć termin realizacji zamówienia, jednakże dokonując jego dookreślenia, powinien zważyć, by termin był realny i obiektywnie możliwy do dochowania. Mając na uwadze postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu odwołujący się uznał, że wyznaczony przez zamawiającego zbyt krótki termin realizacji zamówienia w sposób celowy ogranicza konkurencję. Dostawa podstawowych, strategicznych komponentów do budowy elektrycznych zespołów trakcyjnych wynosi co najmniej 9-12 miesięcy. Tak jest w przypadku takich elementów, jak na przykład: przekładnia osiowa, której termin dostawy wynosi od 7- 9 miesięcy. Powyższe wskazuje, że nawet przy zachowaniu najwyższej staranności wykonawcy, którzy nie dokonali zamówienia na dane urządzenia przed datą ogłoszenia niniejszego postępowania, nie

będą w stanie spełnić wymogów stawianych przez zamawiającego. Należy mieć przy tym na uwadze fakt, iż w branży związanej z budową i modernizacją taboru kolejowego nie ma możliwości dokonywania zamówień przed datą ogłoszenia konkretnego postępowania. Każde bowiem postępowanie charakteryzuje się własną specyfiką przedmiotu zamówienia, warunkami i właściwościami technicznymi i konfiguracją pojazdu. Ponadto komponenty do budowy ezt charakteryzują się wysoką ceną, co dodatkowo ogranicza możliwość zamówienia podzespołów, które mogą nie zostać przez producenta wykorzystane przy produkcji pojazdów kolejowych. O ile można byłoby twierdzić, że producent ma możliwość wcześniejszego zakupu i magazynowania strategicznych podzespołów do budowy jednego czy też maksymalnie dwóch pojazdów, to w przypadku sześciu pojazdów, które są przedmiotem postępowania, jest to całkowicie niemożliwe i narażałoby wykonawcę na bardzo duże ryzyko finansowe. Konkludując odwołujący się uznał, że żaden producent taboru kolejowego nie rozpoczyna produkcji pojazdów przed pozyskaniem zlecenia. W związku z tym żaden z wykonawców nie jest w stanie wygrać niniejszego postępowania, chyba że wiedział o przedmiotowym zamówieniu i wykonał stosowne działania logistyczne z bardzo dużym wyprzedzeniem, w stosunku do terminu opublikowania ogłoszenia. Średni czas potrzebny na realizację tego typu zamówienia, to co najmniej 13 miesięcy.

Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia obiektywnie minimalnym realnym terminem jego wykonania jest 13 miesięcy. W związku z tym zmiany SIWZ powinny uwzględniać co najmniej taki termin.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 pzp odwołujący się podniósł, że stosownie do przepisu art. 7 ust. ustawy Pzp „1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.(...)” Biorąc pod uwagę okoliczność, iż zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych i wynikających z odwołania, za w pełni uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Poprzez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów, zamawiający dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych, zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców - ukształtował bowiem warunki udziału w postępowaniu i dokonał ich konkretyzacji w taki sposób, iż w sposób znaczny miało to wpływ na krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, drastycznie ograniczając konkurencję. Jednocześnie w okolicznościach przedmiotowej sprawy zachodzi sytuacja, że biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia w SIWZ został określony niemożliwy do spełnienia

termin realizacji zamówienia. Brak zmiany niemożliwego do spełnienia terminu narusza zasady uczciwej konkurencji stanowiąc tym samym rażąco obrazę art. 7 ust 1 Pzp.

Pismem z dnia 27 lipca 2012 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i obciążenie odwołującego się kosztami postępowania.

Zamawiający poinformował, że w dniu 24 lipca 2012 roku dokonał modyfikacji ogłoszenia oraz SIWZ w zakresie wymaganego doświadczenia i terminu realizacji umowy.

W wyniku modyfikacji dotychczasowy punkt IV.6.1 otrzymał brzmienie:

6.1 Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał się należytych wykonaniem, a w przypadku świadczeń obecnie realizowanych (świadczenia okresowe lub ciągłe) należytych wykonywaniem zamówienia w zakresie dostaw przynajmniej 2 (dwóch) nowych EZT w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie. Wzór wykazu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postaci doświadczenia stanowi załącznik nr 4 do SIWZ.

Punkt III.3.1 SIWZ otrzymał brzmienie:

3.1. Okres dzierżawy obejmuje 36 miesięcy od dnia protokolarnego przekazania Zamawiającemu Przedmiotu zamówienia. Wykonawca dostarczy cztery pojazdy do dnia 31 grudnia 2012 r., a dwa do dnia 28 lutego 2013 r. Okres gwarancji wynosi 36 miesięcy i rozpoczyna się z chwilą protokolarnego przekazania Zamawiającemu Przedmiotu zamówienia.

Paragraf 3 ust. 1 załącznika nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:

Wykonawca dostarczy Zamawiającemu cztery pojazdy do dnia 31 grudnia 2012 r., a dwa do dnia 28 lutego 2013 r.

Oświadczeniem złożonym na rozprawie w dniu 26 lipca 2012 roku odwołujący się cofnął zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła , co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

Izba ustaliła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego się, iż wymagany przez zamawiającego termin realizacji zamówienia jest nierealny, a przez to nosi cechy umowy o świadczenie niemożliwe.

Izba przeanalizowała materiał dowodowy zgromadzony w sprawie i skonstatowała, że odwołujący się brał udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i w niektórych z nich zawarł umowy, gdzie termin realizacji podobnego zamówienia był podobny, a nierzadko krótszy niż ten, którego zamawiający wymaga w niniejszej sprawie. I tak w postępowaniu na dostawę nowego czteroczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego dla Województwa Kujawsko-Pomorskiego odwołujący się zaoferował jednomiesięczny termin realizacji zamówienia. Podobnie w postępowaniu na dostawę elektrycznego zespołu trakcyjnego dla Województwa Śląskiego, gdzie zaoferowany termin wynosił 31 dni od zawarcia umowy. Umową z dnia 20 stycznia 2011 roku odwołujący się, działając w formie konsorcjum z Zakładami Naprawczymi Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” Spółka Akcyjna w Mińsku Mazowieckim zobowiązał się do dostawy 16 sztuk nowych czteroczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, przy czym dostawa pierwszych trzech sztuk miała nastąpić w terminie 26 tygodni, natomiast dostawa ostatniego – w terminie 52 tygodni.

Podobnie sytuacja ma miejsce w przypadku dostawy pojazdów szynowych z napędem spalinowym, np. dla Województwa Mazowieckiego w Warszawie, gdzie odwołujący się w umowie z dnia 8 listopada 2011 roku zobowiązał się do dostarczenia pojazdów do dnia 9 grudnia 2011 roku, czy też w postępowaniu na dostawę 5 sztuk pojazdów szynowych dla Województwa Podkarpackiego, gdzie odwołujący się złożył ofertę z dnia 3 sierpnia 2010 roku z terminem realizacji 3 sztuk pojazdów do dnia 27 grudnia 2010 roku. Odwołujący się podnosił co prawda, że wykonanie pojazdu o napędzie elektrycznym różni się pod względem technologicznym od wykonania pociągu z napędem spalinowym, niemniej jednak nie wykazał, iż różnice w wykonaniu obydwu rodzajów pojazdów w sposób istotny wpływają na termin ich wykonania. W szczególności odwołujący się nie udowodnił, że pojazdy o napędzie spalinowym konstruuje się szybciej niż te o napędzie elektrycznym. Izba uznała zatem, że dowody w postaci ofert i umów na dostawę pojazdów o napędzie spalinowym również

potwierdzają, że wymagany przez zamawiającego termin realizacji umowy w przedmiotowym postępowaniu jest terminem realnym.

Złożone przez odwołującego się dowody w postaci ofert producentów komponentów dla pojazdów trakcyjnych wskazują jedynie na fakt, iż ci konkretni producenci są w stanie dostarczyć wymagane komponenty we wskazanych terminach. Terminy te są co prawda odległe (7-11 miesięcy), niemniej jednak brak jest podstaw do uznania, że na rynku nie ma innych producentów mogących dostarczyć takie elementy szybciej. Ponadto nie można wykluczyć sytuacji, że wykonawcy dysponują wymaganymi elementami z uwagi np. na realizację podobnych dostaw. Wskazać tu należy na postępowanie w sprawie dostawy nowego zespołu elektrycznego dla Województwa Śląskiego, gdzie odwołujący się wykazał, iż może taki pojazd dostarczyć w terminie 31 dni. Odwołujący się podnosił, iż realizuje produkcję 46 sztuk pojazdów tego samego typu, więc może zrealizować również jeszcze jedną dostawę jednego egzemplarza takiego pojazdu.

Powyższe wskazuje, że nie w każdej sytuacji wykonawcy muszą polegać na dostawach komponentów w odległych terminach wskazanych przez producentów. Dowody w postaci ofert i umów z udziałem odwołującego się wskazują, że odwołujący się może realizować dostawy pojazdów w terminach znacznie krótszych niż te, które podali w swych ofertach jego podwykonawcy.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący się podniósł, iż określony przez zamawiającego termin realizacji przedmiotu zamówienia nosi cechy umowy o świadczenie niemożliwe, a zgodnie z art. 387 § 1 K.c. umowa taka jest nieważna.

Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 sierpnia 2008 roku sygn. akt IV CSK 81/09 (LEX nr 530575) niemożliwość świadczenia, powodująca według art. 387 § 1 K.c. nieważność umowy, musi zachodzić w chwili jej zawarcia (tzw. niemożliwość pierwotna), musi to być niemożliwość istniejąca obiektywnie i mieć charakter trwały. Obojętne jest, czy ma ona charakter faktyczny czy prawny.

Z kolei w wyroku z dnia 20 marca 2009 roku sygn. akt II CSK 611/08 (LEX nr 527123) Sąd Najwyższy wskazał, że musi to być niemożliwość obiektywna, która polega na tym, że nie tylko konkretny dłużnik, ale również żadna inna osoba nie może spełnić świadczenia.

W ocenie Izby argumentacja odwołującego się oraz przedłożone dowody wskazywały na niemożność świadczenia wyłącznie po stronie odwołującego się. Odwołujący się w żaden sposób nie wykazał, że wymagany przez zamawiającego termin realizacji zamówienia jest niemożliwy dla każdego innego podmiotu. Niemożność świadczenia przez jeden podmiot nie jest niemożliwością obiektywną, o której stanowi art. 387 § 1 K.c., a zatem Izba zarzut taki nie może się ostać.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....