

Sygn. akt: KIO 3186/21

WYROK
z dnia 18 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2021r. przez odwołującego: **Pneumotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** (ul. Lwowska 199a/114, 33-100 Tarnów) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie** (ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków),

orzeka:

1. Oddala odwołanie:
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Pneumotechnika Sp. z o.o. ul. z siedzibą w Tarnowie** (Lwowska 199a/114, 33-100 Tarnów) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie** (ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków), kwotę 98 zł 00 gr (słownie: dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) tytułem kosztu dojazdu na rozprawę pełnomocników.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 27 października 2021r. przez odwołującego: Pneumotechnika Sp. z o.o. ul. z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Wykonanie usługi przeprowadzenia w latach 2021-2022 prób odbiorczych testerów tarcia”. Numer referencyjny: 116/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP nr 2021/BZP 00167788 z dnia 02.09.2021 r.

Odwołujący podał, że odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego z dnia 22 października 2021 r. w przedmiocie unieważnienia postępowania niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, której zarzucił:

- 1) naruszenie art. 255 pkt. 6 ustawy PZP poprzez błędne zastosowanie tego przepisu i unieważnienie postępowania mimo braku przesłanek do takiej czynności wskazanych w podstawie prawnej unieważnienia tj. postępowanie nie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy;
- 2) naruszenie art. 387 § 1 kc poprzez jego błędne zastosowanie i stwierdzenie, że umowa podlegająca zawarciu byłaby umową nieważną z mocy prawa z uwagi na obiektywną niemożliwość świadczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym zastępstwa procesowego. Wniósł także o dopuszczenie dowodu z akt Zamawiającego dot. postępowania.

Odwołujący wskazał, że *„posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż unieważnienie postępowania ma na celu uniknięcia wyboru jego oferty, choć spełnia wszystkie wymagania Zamówienia. Wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą i w przypadku uchylecia czynności unieważnienia postępowania, Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty Wykonawcy”*.

W uzasadnieniu podał, że Zamawiający w dniu 22 października 2021 roku opublikował informację o unieważnieniu postępowania i wskazał art. 255 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jako podstawę prawną unieważnienia. W dalszej części uzasadnienia podał, że w przypadku dokonania w niniejszym postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę, który nie zawiera akredytacji PCA, zawarta umowa z wybranym wykonawcą byłaby nieważna w rozumieniu art. 357 § 1 kc. Wykonawca jednak przyjmuje, że przytoczona podstawa prawna tj. art. 357 § 1 kc stanowi omyłkę pisarską i przyjmuje, że Zamawiający miał na myśli art. art. 387 § 1 kc, który mówi, że Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Wskazał na orzecznictwo sądowe i jak rozumiana jest niemożliwość świadczenia w wskazanym przepisie:

- „Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 2016 r., V CSK 535/15, LEX nr 2072197:”[...] należy stwierdzić, że nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 387 § 1 k.c. Przepis ten, stanowiący, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, odnosi się do pierwotnej niemożliwości świadczenia, istniejącej już w chwili zawarcia umowy, która jest jednocześnie niemożliwością nieprzemijającą i obiektywną, co oznacza, że danego świadczenia nie jest w stanie spełnić w żadnym czasie nie tylko dłużnik, ale także żadna inna osoba, jest to bowiem świadczenie rzeczywiście w ogóle niewykonalne [...]”
- „Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 2 grudnia 2015 r., V ACa 514/15, LEX nr 2004556:”Świadczenie niemożliwe to takie zachowanie zobowiązanego, które nie może być zrealizowane według kryteriów obiektywnych przez żadną osobę. Tej okoliczności skarżący w żadnej sposób nie dowiódł, co więcej przeczy temu jego własne zachowanie polegające na dążeniu do nabycia spornych praw. Nie sposób bowiem przyjąć by pozwany zmierzał do zawarcia umowy w celu nabycia tych praw gdyby ich wykonanie nie byłoby możliwe.”
- „Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18 marca 2013 r., I ACa 872/12, LEX nr 1294705:”Świadczeniem niemożliwym określa się świadczenie nie dające się urzeczywistnić, inaczej niewykonalne, tj. takie które jest obiektywnie niemożliwe - gdy nie może go spełnić nie tylko dłużnik, ale każda inna osoba. Niemożliwość świadczenia może istnieć już w chwili zawarcia umowy - mówimy wówczas o tzw. niemożliwości pierwotnej - uprzedniej, początkowej. [...] Owa niemożliwość musi mieć nadto charakter trwały (nieprzemijający), który ma miejsce, jeśli wedle rozsądnych ludzkich oczekiwań świadczenie nie stanie się możliwe w niedalekiej przyszłości, przy czym czasokres, jaki należy brać pod uwagę zależeć będzie od rodzaju świadczenia i celu zobowiązania.”
- „Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2009 r., II CSK 611/08, LEX nr 527123: „Artykuł 387 § 1 k.c. reguluje tzw. niemożliwość pierwotną świadczenia, a więc niemożliwość istniejącą w chwili zawarcia umowy. Jest to niemożliwość obiektywna, która

polega na tym, że nie tylko konkretny dłużnik, ale również żadna inna osoba nie może spełnić świadczenia.”

Zdaniem Odwołującego, że świadczenie opisane jako przedmiot umowy są w stanie wykonać oferenci, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Świadczenie skonkretyzowane w dokumentacji przetargowej oraz umowie może wykonać podmiot nie będący ITWL. Żaden przepis prawa nie daje podstawy do stwierdzenia nieważności umowy w przypadku, gdy jest ona niezgodna z inną umową cywilnoprawną, nawet zawartą w reżimie ustawy Prawo zamówień publicznych. Świadczeniem Wykonawcy jest wykonanie prób odbiorczych urządzeń do ciągłego pomiaru współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych (testerów tarcia) zgodnie z Programem prób odbiorczych urządzeń do ciągłej oceny współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych typu CSR, które to są dostarczane w ramach umowy nr 101/3RBILog/26/2021. Program prób odbiorczych nie wymaga, aby wykonawcą prób odbiorczych była jednostka naukowo – badawcza posiadająca akredytację PCA, gdyż są to właściwości podmiotowe a nie przedmiotowe zamówienia. Brak jest uzasadnienia użytkowego dla zawężania kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia poprzez stawianie wymogu przeprowadzenia prób odbiorczych tylko przez jednostkę naukowo – badawczą o profilu lotniczym posiadającą akredytację PCA. Podał, że Wykonawca zdolny do wykonania zamówienia to wykonawca posiadający odpowiednie urządzenie oraz personel przeszkolony przez producenta urządzenia. Z tych względów brak postawienia w postępowaniu warunku co do tego aby wykonawca był jednostką naukowo-badawczą i aby posiadała akredytację PCA nie stanowi wady postępowania.

Zgodnie z art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie odnosi się do żadnych wypadków wskazanych w art. 454 Pzp ani 455 Pzp, uzasadnienie decyzji powinno być szczególnie uzasadnione poprzez wykazanie wady postępowania, a więc naruszenia przepisów PZP na tyle istotnych aby skutkowało unieważnieniem umowy. Unieważnienie umowy jest czynnością prowadzącą do stwierdzenia jej nieważności, zaś nieważność musi wynikać z konkretnych przepisów prawa. Przytoczony przez Zamawiającego przepis nieważności czynności z powodu obiektywnej niemożliwości świadczenia nie może mieć zastosowania w opisanym stanie faktycznym. Wykonawca jest w stanie wykonać świadczenie zgodnie z umową i Specyfikacją Techniczną, gdyż dysponuje odpowiednim sprzętem i kwalifikacjami, które były weryfikowane w toku postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 16/11/2021) Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i wskazał na następujące okoliczności:

(...)

2. W pierwszej kolejności należy wskazać, że w wyniku udzielenia zamówienia publicznego dnia 12.04.2021 r. Zamawiający zawarł umowę nr 101/3RBLog/26/2021. Wykonawcą tej umowy jest konsorcjum: D. Sp. z o.o. oraz D. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „HAX” D. W.. Przedmiotem umowy jest zaś dostawa w latach 2021-2022 urządzeń do ciągłego pomiaru współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych (testerów tarcia).

3. W tym miejscu należy wyjaśnić specyfikę urządzeń do pomiaru współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych, a więc urządzeń bardzo skomplikowanych, od których wymaga się, by przedstawiane przez nie wyniki pomiarów (badań) były dokładne, precyzyjne i odpowiednio skorelowane. Jest to niezwykle istotne, bowiem od wyników tych badań uzależnione będzie to, czy na pasie startowym będą mogły bezpiecznie lądować samoloty, z F-16 i F-35 na czele. Tylko bowiem odpowiedni współczynnik szorstkości (tarcia) nawierzchni pasa startowego pozwoli na bezpieczne wyhamowanie samolotu. Badania szorstkości wykonywane są regularnie i wielokrotnie, nawet w ciągu jednego dnia — na przykład po opadach deszczu, deszczu ze śniegiem, po wykonanym odśnieżaniu pasa startowego, lub nawet gdy zażąda tego pilot bezpośrednio przed planowanym lądowaniem samolotu. Szorstkość pasa może bowiem zmienić się wielokrotnie z powodu warunków atmosferycznych, czy też większej liczby lądowań. Wykonanie błędnego pomiaru może spowodować, że pilot lądującego samolotu może błędnie dobrać prędkość lądowania, kąt zniżania, a także miejsce przyziemienia, co może doprowadzić do katastrofy lotniczej.

4. Z powyższych przyczyn badania szorstkości muszą być każdorazowo wykonywane zgodnie z restrykcyjnymi wymaganiami ICAO (Załącznik nr 14 do Konwencji Międzynarodowym Lotnictwie Cywilnym).

5. Z tych względów w umowie nr 101/3RBLog/26/2021 wymagano, by dostarczone urządzenie było m. in. skorelowane do urządzeń ASFT (SFT), wyszczególnionych w Normie Obronnej NO-17-A510. W umowie tej wskazano także na szczegółowy tryb odbioru dostarczanego sprzętu.

6. Przechodząc do bardziej szczegółowych kwestii technicznych należy wyjaśnić istotę zagadnienia współczynnika tarcia i jego wpływu na wojskowe statki powietrzne. Ocena współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych jest jednym z kluczowych obszarów problematyki utrzymania bezpieczeństwa operacji lotniczych (startów i lądowań) wykonywanych na lotnisku. Rozwijała się ona wraz z rozwojem lotnictwa — statków powietrznych i pojawieniem nawierzchni lotniskowych wykonanych z materiałów sztucznych betonu cementowego i betonu asfaltowego.

7. Wyposażenie polskich Sił Powietrznych w samoloty wielozadaniowe F16 (a w nieodległej przyszłości także w samoloty F-35), spowodowało jakościową zmianę w tym obszarze w stosunku do obowiązujących wcześniej uregulowań. Lotniska bazowania tych samolotów zostały wyposażone w testery do ciągłego pomiaru współczynników tarcia. Były to urządzenia produkcji szwedzkiej firmy ASFT. Jednocześnie rozpoczął się proces ustalania standardów w celu wdrożenia do stosowania na szeroką skalę w polskim lotnictwie wojskowym. Proces ten odbywał/odbywa się przy współudziale Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych w Warszawie. Wynikiem tych prac było opracowanie Normy Obronnej NO-17-A501 :2015 oraz wytycznych o kontrolach okresowych testerów tarcia, a także wdrożenie standardu ASFT (opona T520 z ciśnieniem roboczym 700 kpa), jako obowiązującego w SZ RP. Jednocześnie należy stwierdzić, że standard ten obowiązuje także na zdecydowanej większości lotnisk cywilnych w Polsce.

8. Opisane powyżej przedsięwzięcia wynikają z charakterystyk eksploatacyjnych samolotów F-16. Samolot ten nie posiada żadnych zdolności, w przeciwieństwie do samolotów produkcji rosyjskiej (SU-22, MiG-29), do operowania na nawierzchniach naturalnych (czyli poza drogą startową oraz drogami kołowania wykonanymi z betonu cementowego lub asfaltowego). Samoloty lotnictwa taktycznego większości państw w tym F-16, mogą kołować (poruszać się) tylko i wyłącznie po nawierzchni sztucznej (utwardzonej). Opuszczenie takiej nawierzchni i wykołowanie na nawierzchnie naturalną podczas np. wydłużonego dobiegu lub przerwane go startu, może wiązać się ze zniszczeniem samolotu i bezpośrednim zagrożeniem życia dla jego załogi. W przypadku samolotów F-16, jego konstrukcja ulega destrukcji najczęściej w okolicach kabiny pilota. Dlatego też, w przypadku wystąpienia zagrożenia wykołowania poza granice drogi startowej, obowiązujące procedury przewidują opuszczenie kabiny przez pilota (jego katapultowanie). W konsekwencji samolot kołując bez kontroli ulega bardzo poważnemu uszkodzeniu, a najczęściej zniszczeniu,

9. Zagrożenie wystąpienia wydłużonego dobiegu może się pojawić przy prawidłowo przeprowadzonym lądowaniu i w pełni sprawnym samolocie, np. w niesprzyjających warunkach atmosferycznych. Czynnością, którą w sposób stały wykonuje się więc na lotniskach jest ocena stanu nawierzchni pod kątem ich właściwości przeciwpoślizgowych ocena szorstkości z wykorzystaniem urządzeń do jej ciągłego pomiaru (ang. CFME). Pozwala to na ujawnienie jej niewystarczających właściwości przeciwpoślizgowych i podjęcie działań zaradczych, np. skierowanie samolotu na inne lotnisko, lub przyjęcie odpowiedniej procedury lądowania (dobiegu). Stosuje się również inne rozwiązania mające na celu zmniejszenie prawdopodobieństwa wykołowania samolotu poza granice drogi startowej, np. wydłużenie drogi startowej lub zwiększenie szorstkości jej nawierzchni czy też polepszenie jej odwodnienia powierzchniowego (ryftowanie czyli rowkowanie, spadek dwustronny). Przykładowo: zagrożenia związane z możliwością wykołowania poza granice drogi startowej

samolotów F-16 — również sojusznicy — na lotnisku w Łasku ze względu na niewystarczającą szorstkość nawierzchni drogi startowej (głównie podczas opadów atmosferycznych) były powodem jej wydłużenia o 500m, tj. do 3,0 km i wykonania w technologii ryftowej, w celu poprawienia jej powierzchniowego odwodnienia — ograniczenia zjawiska aquaplaningu.

10. Warto zaznaczyć, że na lotniskach Sił Zbrojnych RP z roku na rok odbywa się coraz więcej ćwiczeń w ramach NATO z udziałem wojsk sojusznicy oraz samolotów bojowych najnowszej generacji, gdzie służby operacyjne danego lotniska muszą każdorazowo na żądanie pilota odbywającego loty szkoleniowe lub bojowe przeprowadzić pomiar współczynnika tarcia. Błędne wskazanie lub niemożliwość podania takiego pomiaru skutkuje wygenerowaniem międzynarodowego meldunku NOTAM i skierowaniem samolotu na inne lotnisko z uwagi na brak możliwości bezpiecznego wykonania operacji lądowania statku powietrznego.

11. Powyższe uwagi zyskały na znaczeniu szczególnie z uwagi na stale rosnące napięcie w sytuacji międzynarodowej w związku z dynamicznie rozwijającą się sytuacją na granicy polsko białoruskiej. Prawidłowe i bardzo precyzyjne działanie dostarczanych testerów współczynnika tarcia może mieć krytyczne znaczenie dla bezpieczeństwa lotów zarówno szkoleniowych, jak też potencjalnie — bojowych.

12. Z powyższych przyczyn istotne jest, by dostarczane urządzenia były skorelowane. Korelacja jest to związek pomiędzy dwoma zależnościami. Każdy typ testera tarcia wykonuje pomiary we właściwej dla konkretnego typu skali. Zależność pomiędzy skalami pomiarowymi dwóch typów testerów tarcia będzie więc zależnością, która je łączy i która jest korelacją. Wymóg posiadania przez przedmiot umowy nr 101/3RBLog/26/2021 tj. tester korelacji do urządzeń typu ASFT oraz standardu SFT wynika z obowiązującego w Siłach Zbrojnych RP standardu

13. Z powyższych kwestii wyłania się wysoka istotność prawidłowego wykonania badań, które są przedmiotem niniejszego postępowania. Ich błędne wykonanie może skutkować dopuszczeniem do użytkowania urządzeń wskazujących błędne wyniki prowadzonych pomiarów tarcia.

14. Z powodu dużej istotności niezawodnej i bardzo precyzyjnej pracy urządzeń, których dostawa ujęta została w umowie nr 101/3RBLog/26/2021, Zamawiający w tej umowie określił precyzyjne wymagania dotyczące odbioru w/w urządzeń.

15. Zgodnie z zawartym dnia 24.06.2021 r. Aneksem nr 1 do Umowy nr 101/3RBLog/26/2021, Strony doprecyzowały, że pod pojęciem „Instytucja realizująca próby odbiorcze” określona jest „jednostka naukowo-badawcza o profilu lotniczym posiadająca akredytację PCA, z którą Zamawiający zawrze odrębną umowę na przeprowadzenie prób odbiorczych przedmiotu umowy”. Z kolei w § 8c ust 1 przedmiotowej umowy dookreślono

zapis, zgodnie z którym „Wykonawca zobowiązany będzie umożliwić jednostce naukowo-badawczej o profilu lotniczym wskazanej przez Zamawiającego, posiadającej akredytację PCA, przeprowadzenie prób odbiorczych przedmiotu umowy na zgodność z Wymaganiami techniczno-użytkowymi zawartymi w załączniku nr 1

16. Przewidziana w umowie nr 101/3RBLog/26/2021 procedura odbioru przedmiotu umowy sprowadza się zatem do konieczności przeprowadzenia bardzo szczegółowych badań, które potwierdzą (lub też nie potwierdzą) prawidłowość i precyzyjność działania dostarczanych testerów tarcia. Ich przeprowadzenie wymaga wiedzy technicznej, doświadczenia oraz kwalifikacji popartych posiadaniem stosownej akredytacji PCA

17. Odwołujący w treści odwołania stwierdza, że: „oferenci są w stanie wykonać świadczenie”. Zamawiający wskazuje, że wada postępowania implikuje brak możliwości jednoznacznego weryfikowania tych twierdzeń, a to nawet w oderwaniu od zapisów umowy nr 101/3RBLog/26/2021 Należy podkreślić, że w postępowaniu Zamawiający postawił wymóg posiadania doświadczenia. Odwołujący, polegając na doświadczeniu podmiotu trzeciego, złożył zaś dokumenty, z których wynika, że dysponuje doświadczeniem w zakresie wykonywania usług polegających na kontroli stanu technicznego i właściwego działania urządzeń do oceny szorstkości sztucznych nawierzchni lotniskowych eksploatowanych na lotniskach cywilnych lub wojskowych, wobec wykonania takiej usługi na kwotę 123,00 zł brutto. Chociaż więc na obecnym etapie dokumenty te nie zostały jeszcze przez Zamawiającego ocenione, to już ich wstępna analiza wskazuje na bardzo poważne wątpliwości co do tego, czy przedstawione referencje dla podmiotu trzeciego nie są jedynie pozorne, w szczególności mając na uwadze cenę ofert w niniejszym postępowaniu, tj. odpowiednio dla Wykonawców: 42 066,00 zł i 276 750,00 zł.

18. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na skutek którego zawarta została umowa nr 101/3RBLog/26/2021, nie wpłynęło żadne odwołanie na treść zapisów SWZ. W szczególności żaden wykonawca nie kwestionował zapisów projektu umowy, który zakładał, że „Wykonawca odpowiedzialny jest za przeprowadzenie prób odbiorczych zgodnie z Programem prób odbiorczych, natomiast ITWL Warszawa, na zlecenie Zamawiającego, jako jednostka naukowo badawcza o profilu lotniczym, posiadająca akredytację PCA, będzie odpowiedzialny za nadzorowanie prób pod kątem poprawności i weryfikacji uzyskanych wyników”. W projekcie umowy wskazano także, że „Po zakończeniu wszystkich pomiarów i ocen opisanych w programie prób odbiorczych ITWL Warszawa sporządzi Sprawozdanie z przeprowadzenia prób odbiorczych testerów tarcia dostarczonych w roku na podstawie umowy nr z dnia

19. Jak wskazano powyżej, treść zapisów § 8c umowy nr 101/3RBLog/26/2021 została zmodyfikowana w taki sposób, by możliwe było wyłonienie innej* niż tylko ITWL Warszawa, jednostki naukowo — badawczej o profilu lotniczym posiadającej akredytację PCA która

mogłyby wykonać przedmiotowe próby odbiorcze. Dopiero na skutek takiej zmiany zapisów umowy 101/3RBLog/26/2021 możliwe stało się wszczęcie przedmiotowego postępowania, na takich warunkach, które nie utrudniałyby zachowania uczciwej konkurencji.

20. W umowie nr 101/3RBLog/26/2021 wskazano pojęcie „akredytacji PCA” należy zatem wyjaśnić na czym polega proces przyznawania takiej akredytacji, Jak wskazuje Polskie Centrum Akredytacji (PCA), „zgodnie z normą PN-EN ISO/IEC 17000:2006 akredytacja to "atestacja przez stronę trzecią, dotycząca jednostki oceniającej zgodność, służąca formalnemu wykazaniu jej kompetencji do wykonywania określonych zadań w zakresie oceny zgodności".

21. Akredytację należy zatem rozumieć jako formalne uznanie przez upoważnioną jednostkę kompetencji organizacji działających w obszarze oceny zgodności, czyli jednostek certyfikujących, inspekcyjnych lub laboratoriów, do wykonywania określonych czynności. Upoważnienie jednostki akredytującej jest zwykle uzyskiwane od rządu.

22. Akredytacja służy budowaniu i umacnianiu zaufania do wyników wzorcowań, badań i inspekcji, certyfikowanych wyrobów i usług, kwalifikacji certyfikowanych osób oraz certyfikowanych systemów zarządzania.

23. Międzynarodowe normy i wytyczne określają wymagania akredytacyjne zarówno dla jednostek akredytujących, jak i dla podlegających akredytacji jednostek oceniających zgodność, Uzyskanie akredytacji oznacza, że akredytowane podmioty zostały ocenione według tych norm i wytycznych.

24. Polskie Centrum Akredytacji (PCA) prowadzi działalność na podstawie ustawy z dnia 13.04.2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (tj. Dz.U. z 2021 r., poz. 514). PCA jest krajową jednostką akredytującą upoważnioną do akredytacji jednostek oceniających zgodność, posiada status państwowej osoby prawnej i jest nadzorowane przez ministra właściwego do spraw gospodarki.

25. PCA działa zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku, w rozporządzeniu (WE) 765/2008 normie PN-EN ISO/IEC 17011 '2017 Ocena zgodności. Wymagania dla jednostek akredytujących prowadzących akredytację jednostek oceniających zgodność oraz zgodnie z zobowiązaniami wynikającymi z zawartych wielostronnych porozumień EA MLA, ILAC MRA, IAF MLA. W zakresie akredytacji weryfikatorów EMAS, PCA działa zgodnie z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu nr 1221/2009 oraz wytycznymi Forum of Accreditation and Licencing Bodies (FALB).

26. System akredytacji prowadzony przez PCA jest dostępny dla wszystkich jednostek oceniających zgodność, niezależnie od ich wielkości, przynależności do jakiegokolwiek organizacji lub grupy. Akredytacja nie jest również uwarunkowana liczbą już akredytowanych jednostek oceniających zgodność.

27. Akredytowane jednostki oceniające zgodność są uprawnione do stosowania symboli akredytacji. Właścicielem symboli akredytacji jest Polskie Centrum Akredytacji. Wzory symboli akredytacji oraz zasady ich stosowania zostały przedstawione w dokumencie DA-02. Symbole akredytacji są wydawane przez PCA, w celu posługiwania się nimi przez akredytowane podmioty dla wykazania statusu posiadanej akredytacji. Symbol akredytacji PCA informuje, że kompetencje akredytowanego podmiotu zostały potwierdzone przez PCA

28. PCA wymaga od jednostek oceniających zgodność stosowania symboli akredytacji, ponieważ stanowią one narzędzie służące tworzeniu atmosfery zaufania do ich działalności, zarówno w obszarze regulowanym, jak i dobrowolnym.

29. Zawarcie umowy w wyniku udzielenia zamówienia w przedmiotowym postępowaniu doprowadziłoby do sytuacji w której umowa zostałaby udzielona wykonawcy co do którego nie można weryfikować czy spełnia przesłanki określone w powiązanej umowie nr 101/3RBLog/26/2021 Nie istniałaby zatem możliwość zweryfikowania, czy tak wyłoniony wykonawca spełniałby wymogi uznania go za jednostkę naukowobadawczą o profilu lotniczym wskazanej przez Zamawiającego, posiadającą akredytację PCA Z kolei brak możliwości takiego ustalenia, skutkuje uniemożliwieniem dokonania odbioru przedmiotu umowy nr 101/3RBLog/26/2021, bowiem w umowie tej określono ściśle warunki procedury odbioru, w tym także w zakresie podmiotu wykonującego badania,

30. W tym miejscu należy nadmienić, że umowa nr 101/3RBLog/26/2021 została zawarta w ramach procedur wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych i z tych przyczyn jej treść nie może ulegać zmianie, poza przypadkami wskazanymi w przepisach. Dodatkowo zaś, ewentualna zmiana umowy wymaga zgody Wykonawcy umowy nr 101/3RBLog/26/2021.

31. Samo pojęcie "niemożliwości świadczenia" nie ma definicji legalnej. Wobec braku definicji ustawowej analiza tego pojęcia musi zawierać odniesienie do ich znaczenia funkcjonującego w języku powszechnym. Termin "niemożliwy" oznacza "nie dający się urzeczywistnić" (zob. też Z. Gawlik, w: Kidyba, Komentarz KC, t. III, cz. 1, 2010, s. 624; K. Kruczałak, Skutki niemożliwości świadczenia, s. 11; B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, Niemożliwość świadczenia, s. 77). Również przyczyny niemożliwości mogą mieć rozmaity charakter, a ich związek z przyczynami odpowiedzialności dłużnika ma bezpośrednie znaczenie prawne (Art. 387 KC T. II red. Gutowski 2019, wyd. 2).

32. Z tych względów należy uznać, że niemożliwością świadczenia w rozumieniu art. 387 § 1 kc jest także taka sytuacja, w której Wykonawca umowy zawartej w trybie ustawy pzp nie może jej świadczyć z przyczyn, uzasadnionych uprzednio zawartą umową, także zawartą w trybie ustawy pzp, z którą to przedmiotowe postępowanie jest ściśle związane. W przedmiotowym postępowaniu, z powodu przyczyn tkwiących w niemożliwym do usunięcia błędzie, Zamawiający, w oparciu o przepisy ustawy pzp, nie jest w stanie zweryfikować czy

Wykonawca, z którym miałyby zostać zawarta umowa, spełnia przesłanki określone w umowie nr 101/3RBLog/26/2021. To z kolei sprawi, że Wykonawca taki, jako niezwyfikowany, nie zostanie dopuszczony do uczestnictwa w sformalizowanej procedurze odbioru przedmiotu umowy 101/3RBLog/26/2021. Zatem świadczenie Wykonawcy potencjalnie wybranego w przedmiotowym postępowaniu (niezależnie od tego który z Wykonawców zostałby wybrany), byłoby niemożliwe do zrealizowania. Niemożliwość ta dotyczy każdego podmiotu, zarówno Wykonawców, którzy złożyli oferty, w tym Odwołującego, jak i innych} potencjalnych wykonawców.

33. W tym miejscu należy także nadmienić, że zgodnie z art. 387 § 2 kc Strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Izba uznała, że w okolicznościach tej sprawy, uzasadnione było zastosowanie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp jako podstawy unieważnienia postępowania, którego przedmiotem jest „*Wykonanie usługi przeprowadzenia w latach 2021-2022 prób odbiorczych testerów tarcia*”.

Zamawiający - 3 Regionalna Baza Logistyczna w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w uzasadnieniu faktycznym decyzji podał:

(...) przedmiotem niniejszego postępowania jest wykonanie usługi przeprowadzenia w latach 2021-2022 prób odbiorczych testerów tarcia. Usługa ta winna zostać przeprowadzona zgodnie z Programem prób odbiorczych urządzeń do ciągłej oceny współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych typu CSR, które to są dostarczane w ramach umowy nr 101/3RBLog/26/2021 z dnia 12.04.2021 r. zawartej w postępowaniu pn. „Dostawa w latach 2021-2022 urządzeń do ciągłego pomiaru współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych (testerów tarcia) ”. Oba te postępowania są ze sobą współzależne.

Zgodnie z treścią § 1 ust. 26 ww. umowy (w brzmieniu nadanym aneksem do umowy) „Instytucją realizującą próby odbiorcze winna być jednostka naukowo-badawcza o profilu lotniczym posiadająca akredytację PCA (Polskiego Centrum Akredytacji), z którą Zamawiający zawrze odrębną umowę na przeprowadzenie prób odbiorczych przedmiotu zamówienia”. Powyższy wymóg został również zawarty w § 8c Odbiór umowy w którym to w

ust. 1 zawarto, że „Wykonawca zobowiązany będzie umożliwić jednostce naukowo-badawczej o profilu lotniczym wskazanej przez zamawiającego, posiadającej akredytację PCA, przeprowadzenie prób odbiorczych...”. Również w ust. 3 tegoż paragrafu podkreślono, iż...”Próby odbiorcze przeprowadzi instytucja, o której mowa w § 1 ust. 26, wyłoniona przez Zamawianego na podstawie odrębnego postępowania, jako jednostka naukowo-badawcza o profilu lotniczym, posiadająca akredytację PCA”.

Powyższy istotny wymóg zawarty w umowie nr 101/3RBLog/26/2021 z dnia 12.04.2021 r. nie znalazł odzwierciedlenia w dokumentach zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Na obecnym etapie prowadzonego postępowania Zamawiający nie ma możliwości wprowadzenia wskazanego wymogu dotyczącego instytucji przeprowadzającej próby odbiorcze. Tym samym niniejsze postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skoro zgodnie z treścią umowy nr 101/3RBLog/26/2021 wykonawca ma umożliwić przeprowadzenie prób odbiorczych jedynie przez jednostkę naukowo-badawczą o profilu lotniczym, posiadającą akredytację PCA, w przypadku dokonania w niniejszym postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę, który takiej akredytacji nie posiada, zawarta umowa, stałaby się umową o świadczenie niemożliwe, która to zgodnie z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego jest nieważna.

W związku z powyższym postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Powołane w decyzji okoliczności potwierdza dokumentacja tego postępowania, w tym powołana umowa nr 101/3RBLog/26/2021 z dnia 12.04.2021 r. oraz Aneks nr 1 z dnia 26.06.2021 r. zawarty do tej umowy.

Tak jak wskazał Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania oraz w odpowiedzi na odwołanie, specyfika bardzo skomplikowanych urządzeń do pomiaru współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych, których zadaniem jest przedstawienie dokładnych, precyzyjnych i odpowiednio skorelowanych wyników pomiarów (badań) wymaga, aby próby odbiorcze testerów tarcia każdorazowo były wykonywane zgodnie z restrykcyjnymi wymaganiami ICAO (Załącznik nr 14 do Konwencji Międzynarodowym Lotnictwie Cywilnym). Stąd w umowie nr 101/3RBLog/26/2021 wymagano, by dostarczone urządzenie było m. in. skorelowane do urządzeń ASFT (SFT), wyszczególnionych w Normie Obronnej NO-17-A510. W umowie tej wskazano także na szczegółowy tryb odbioru dostarczanego sprzętu.

Zgodnie z Aneksiem nr 1 do tej Umowy, Strony doprecyzowały, pojęcie „Instytucja realizująca próby odbiorcze”, która została określona jako „jednostka naukowo-badawcza o profilu lotniczym posiadająca akredytację PCA, z którą Zamawiający zawrze odrębną umowę na przeprowadzenie prób odbiorczych przedmiotu umowy”. Z kolei w § 8c ust 1 przedmiotowej Umowy dookreślono wymaganie, zgodnie z którym „Wykonawca zobowiązany będzie umożliwić jednostce naukowo-badawczej o profilu lotniczym wskazanej przez Zamawiającego, posiadającej akredytację PCA, przeprowadzenie prób odbiorczych przedmiotu umowy na zgodność z Wymaganiami techniczno-użytkowymi zawartymi w załączniku nr 1”. Przewidziana w Umowie procedura odbioru przedmiotu umowy sprowadza się zatem do konieczności przeprowadzenia bardzo szczegółowych badań, które potwierdzą (lub też nie potwierdzą) prawidłowość i precyzyjność działania dostarczanych testerów tarcia. Ich przeprowadzenie wymaga wiedzy technicznej, doświadczenia oraz kwalifikacji popartych posiadaniem stosownej akredytacji PCA.

Zamawiający wykazał, że treść § 8c umowy nr 101/3RBLog/26/2021 została zmodyfikowana w taki sposób, aby możliwe było wyłonienie innej niż tylko ITWL Warszawa, jednostki naukowo — badawczej o profilu lotniczym posiadającej akredytację PCA, która mogłaby wykonać przedmiotowe próby odbiorcze. Ta zmiana Umowy z 24.06.2021 r. i szacowana wartość usługi powodowała, że w dniu 2.09.2021 r. Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie. W warunkach przedmiotowego postępowania nawiązuje m.in. w rozdziale III SWZ do Umowy nr 101/3RBLog/26/2021 podając w ust.1 i 2:

„1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi przeprowadzenia w latach 2021-2022 prób odbiorczych testerów tarcia zgodnie z Programem prób odbiorczych urządzeń do ciągłej oceny współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych typu CSR (załącznik nr 5 do SWZ), dostarczanych do Sił Zbrojnych w ramach umowy nr 101/3RBLog/26/2021 z dnia 12.04.2021 r. tj.: - 11 egzemplarzy w roku 2021; - 4 egzemplarze w roku 2022.

2. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia zawarty jest w załączniku nr 3 do SWZ — Projektowane postanowienia umowy”.

W Umowie nr 101/3RBLog/26/2021 wskazano na wymaganą od wykonawcy „akredytację PCA”, jednakże tego wymagania nie przeniesiono do warunków tego postępowania. Tym samym należało się zgodzić z Zamawiającym, że zawarcie umowy w wyniku udzielenia zamówienia w przedmiotowym postępowaniu doprowadziłoby do sytuacji w której umowa w przedmiotowym postępowaniu zostałaby udzielona wykonawcy co do którego nie można byłoby zweryfikować czy spełnia przesłanki określone w powiązanej Umowie nr 101/3RBLog/26/2021. Nie istniałaby zatem możliwość zweryfikowania, czy tak wyłoniony wykonawca spełniałby wymogi uznania go za jednostkę naukowo-badawczą o profilu lotniczym, posiadającą akredytację PCA. Z kolei brak możliwości takiego ustalenia,

skutkowałby uniemożliwieniem dokonania odbioru przedmiotu Umowy nr 101/3RBLog/26/2021, bowiem w umowie tej określono ściśle warunki procedury odbioru, w tym także w zakresie podmiotu wykonującego badania.

Niewątpliwie pojęcie "niemożliwości świadczenia" nie ma definicji legalnej w przepisach kodeksu cywilnego. Przyczyny niemożliwości – jak wskazano w doktrynie w zakresie art. 387 § 1 powołanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie - mogą mieć zatem rozmaity charakter, a ich związek z przyczynami odpowiedzialności dłużnika ma bezpośrednie znaczenie prawne. Z tych też względów – tak jak wskazał Zamawiający - należało uznać, że niemożliwością świadczenia w rozumieniu art. 387 § 1 kc jest także taka sytuacja, w której wykonawca umowy zawartej w trybie ustawy Pzp nie może jej świadczyć z przyczyn, uzasadnionych uprzednio zawartą umową, także zawartą w trybie ustawy Pzp, z którą to przedmiotowe postępowanie jest ściśle związane. W przedmiotowym postępowaniu, z powodu przyczyn tkwiących w niemożliwym do usunięcia błędzie, Zamawiający, w oparciu o przepisy ustawy Pzp, nie jest w stanie zweryfikować czy wykonawca, z którym miałyby zostać zawarta umowa, spełnia przesłanki określone w umowie nr 101/3RBLog/26/2021. To z kolei sprawi, że wykonawca taki, jako niezwyfikowany, nie mógłby zostać dopuszczony do uczestnictwa w sformalizowanej procedurze odbioru przedmiotu umowy 101/3RBLog/26/2021. Zatem świadczenie wykonawcy potencjalnie wybranego w przedmiotowym postępowaniu (niezależnie od tego który z wykonawców zostałby wybrany), byłoby niemożliwe do zrealizowania. Niemożliwość ta dotyczy każdego podmiotu, zarówno wykonawców, którzy złożyli oferty, w tym Odwołującego, jak i innych potencjalnych wykonawców.

Wobec powyższych ustaleń Izba uznała, że także nie podlega uwzględnieniu zarzut dotyczący naruszenia art. 387 § 1 kc z uwagi na ustalenie, że wykonawca w warunkach unieważnionego postępowania nie mógłby być zweryfikowany w oparciu o wymagania umowy 101/3RBLog/26/2021, a w konsekwencji umowa podlegająca zawarciu w unieważnionym postępowaniu byłaby umową nieważną z uwagi na obiektywną niemożliwość świadczenia według kryteriów wskazanych w powołanej umowie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....