

Sygn. akt: KIO/UZP 1044/08

**WYROK**  
**z dnia 14 października 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Członkowie: Emil Kuriata**  
**Luiza Łamejko**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie\* w dniu ~~w dniach~~\* 14 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**EKO TRADE**” Sp. z o.o., **41-103 Siemianowice Śląskie, ul. Wyzwolenia 22** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Południowy Koncern Energetyczny S.A., 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23** protestu ~~/protestów\*~~ z dnia 2 września 2008 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża „EKO TRADE” Sp. z o.o., 41-103 Siemianowice Śląskie, ul. Wyzwolenia 22**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez „**EKO TRADE**” Sp. z o.o., **41-103 Siemianowice Śląskie, ul. Wyzwolenia 22,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez „**EKO TRADE**” Sp. z o.o., **41-103 Siemianowice Śląskie, ul. Wyzwolenia 22** na rzecz **Południowego Koncernu Energetycznego S.A., 40-389 Katowice, ul. Lwowska 23** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**EKO TRADE**” Sp. z o.o., **41-103 Siemianowice Śląskie, ul. Wyzwolenia 22.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Południowy Koncern Energetyczny S.A. prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „na odbiór, transport i utylizację (zagospodarowanie) popiołu suchego o kodzie odpadu 10 01 02 z PKE S.A. - Elektrowni Łagisza w Będzinie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 12 lutego 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 29-039200.

Dnia 26 sierpnia 2008 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego się. Czynność powyższa stała się podstawą do wniesienia przez Odwołującego się protestu (dnia 2 września 2008 r.). Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu zaniechanie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący się przytacza następującą argumentację: Z postanowień rozdziału III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) – Opis przedmiotu zamówienia – wynika, że zamówieniem objęty jest cały wytwarzany w Elektrowni Łagisza popiół. Jest to około 200.000 ton +/- 30% (tj. w ilości od 140.000 ton do 260.000 ton rocznie) oraz minimalnie 300 ton, a maksymalnie 1100 ton na dobę. Jednocześnie Zamawiający, w drodze odrębnych postępowań, ogłosił

zamiar sprzedaży pewnej ilości popiołów o kodzie odpadu 10 01 02. W odpowiedzi na zapytanie Odwołującego się, dotyczące przebiegu przedmiotowych postępowań i ich wpływu na niniejsze postępowanie, Zamawiający w piśmie z dnia 1 września 2008 r. przyznał, że już zawarł umowy na sprzedaż popiołu oraz że w „skrajnym przypadku gdy kontrahenci, z którymi PKE S.A. – Elektrownia Łagisza ma zawarte umowy sprzedażowe będą odbierali całą ilość popiołu suchego z Elektrowni Łagisza, to umowa w postępowaniu publicznym, która ma być zawarta może okazać się martwa”.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego się, świadczenie Zamawiającego jest świadczeniem niemożliwym, zaś zgodnie z art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej k.c., umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Jednocześnie Odwołujący się podnosi, iż nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, że wiążące w spornej materii, są postanowienia projektu umowy, gdzie mowa o ilości popiołu zadysponowanego przez Zamawiającego. Również w treści Ogłoszenia o zamówieniu, w Sekcji II.2.1 Całkowita wartość lub zakres, wskazano na szacowane wielkości produkcji na poziomie 200.000 ton rocznie +/- 30%.

Odwołujący się zwraca uwagę, że interpretacja postanowień SIWZ zaprezentowana przez Zamawiającego jest niekorzystna dla wykonawców i nie ma oparcia w dokumentach, w przeciwnym bowiem razie Odwołujący się nie złożyłby oferty w niniejszym postępowaniu. Należy zwrócić uwagę, że wykonawca zobowiązany jest utrzymywać w gotowości do obioru popiołu tabor samochodowy lub kolejowy, zabezpieczyć możliwość utylizacji, jak i złożyć bardzo wysokie finansowe zabezpieczenie wykonania umowy.

Odwołujący się wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający protestu nie rozstrzygnął, co na mocy art. 183 ust. 3 ustawy Pzp, uznaje się za jego oddalenie.

Dnia 17 września 2008 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty zgłoszone w proteście i wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, alternatywnie o unieważnienie postępowania.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołującemu się przysługuje uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej, gdyż jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku, gdyby doszło do zawarcia umowy dotkniętej sankcją nieważności.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia. Odwołujący się w istocie nie wskazał na wadę postępowania, która skutkowałaby nieważnością umowy. Należy bowiem zauważyć, że unieważnić postępowanie można jedynie w okolicznościach, w których między wadą a nieważnością umowy istnieje adekwatny związek przyczynowy, przy czym wada musi mieć charakter nieusuwalny. Istotę tej przesłanki trafnie ujął Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 4 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 941/05, niepubl.), w którym wyjaśnił: „wadą w rozumieniu ww. przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że powoduje jej bezwzględną nieważność”. Tymczasem Odwołujący się wskazuje na okoliczności dotyczące innego postępowania, m.in. na fakt zawarcia przez Zamawiającego umów na sprzedaż popiołu i z tego wywodzi, że wykonanie zobowiązania przez Zamawiającego w ramach niniejszego postępowania jest zagrożone. Zatem zdaniem Odwołującego się, mamy do czynienia ze świadczeniem niemożliwym ze strony Zamawiającego, co skutkuje nieważnością umowy w świetle przepisu art. 387 § 1 k.c.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący się nie wykazał adekwatnego związku przyczynowego między naruszeniem w tym, konkretnym postępowaniu a nieważnością umowy. Innymi słowy Odwołujący się musiałby wykazać wadę przedmiotowego postępowania, która spowoduje nieważność umowy na podstawie art. 387 § 1 k.c. Odwołujący się tego nie uczynił, podobnie jak nie wykazał, że w badanym stanie faktycznym mamy do czynienia z niemożliwością świadczenia. Jak podkreśla się w doktrynie (W. Czachórski: „Zobowiązania”), niemożliwość świadczenia, która powoduje nieważność umowy, musi istnieć w chwili jej zawarcia (tzw. niemożliwość pierwotna). Okoliczności takich Odwołujący się nie wykazał, bowiem obawa, brak pewności co do wykonania zobowiązania nie przesądza o niemożliwości świadczenia. Co więcej, Odwołujący się na rozprawie oświadczył, że analiza treści SIWZ na sprzedaż popiołu nie wyklucza realizacji zobowiązania przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. W literaturze przyjmuje się nawet, że umowa jest ważna również w przypadku, gdy świadczenie w chwili zawarcia umowy jest niemożliwe do wykonania przez danego dłużnika, jednakże nie jest wyłączone, że stanie się możliwe do wykonania w przyszłości (W. Czachórski: „Zobowiązania”). Odwołujący się podkreśla także, że Zamawiający przyznał tę niemożliwość, stwierdzając w piśmie z dnia 1 września 2008 r., iż umowa która ma być zawarta może okazać się „martwa”. Należy zwrócić

uwagę, że takie stanowisko Zamawiającego w żaden sposób nie przesądza o niemożliwości świadczenia, nie stanowi również modyfikacji zobowiązania Zamawiającego. W dwóch aspektach można przyznać rację Odwołującemu się (choć nie wpływa to na kwalifikację prawną analizowanego stanu faktycznego), a mianowicie, że istotą przyszłego zobowiązania wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu nie jest pozostawanie w gotowości do świadczenia usługi oraz że Zamawiający określił w SIWZ treść swojego zobowiązania i Odwołujący się może żądać jego realizacji. Natomiast czym innym jest hipotetyczna możliwość braku realizacji zobowiązania, czy też niewykonanie zobowiązania na etapie realizacji, okoliczności takiej nie można bowiem kwalifikować jako niemożliwości świadczenia, stanowiącej przesłankę do unieważnienia postępowania, ale jako zaktualizowanie się uprawnienia dochodzenia roszczeń o charakterze odszkodowawczym.

W tym stanie rzeczy, wobec braku wskazania przez Odwołującego się wady postępowania, która skutkuje nieważnością umowy, zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\_\_\_\_\_

\* *niepotrzebne skreślić*