

WYROK
z dnia 24 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 22 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2017 r. przez wykonawcę **N. P. S. A. (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w C. (...)**

przy udziale wykonawcy **B. Sp. z o.o. (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **N. P. S. A. (...)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **N. P. S. A. (...)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejski Zarząd Dróg i Transportu w C. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na „Dostawę elementów składowych systemu C. Roweru Miejskiego (CRM) wraz z instalacją i uruchomieniem”, znak sprawy: MZDiT.ZP.3411-485/2016 dalej „Postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 grudnia 2016r. pod numerem 2016/S 232-422529.

Odwołujący: N. P. S.A. z siedzibą w W. wniósł odwołanie od:

- czynności unieważnienia Postępowania.

Zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył następujące przepisy:

1) art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i bezprawne unieważnienie Postępowania pomimo, że nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie Postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;

2) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i bezprawne unieważnienie Postępowania pomimo, że Postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z zarzutami wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania,
- powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego,

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Uwzględnienie odwołania spowoduje uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, ponieważ przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozostałych kryteriów oceny ofert. Oferta Odwołującego została niesłusznie odrzucona przez Zamawiającego i następnie uznana za ważną na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 23 marca 2017r., sygn. akt KIO 461/17. Niewątpliwie w niniejszym stanie

faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez N. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu jego oferty Odwołujący otrzymał w dniu 28 kwietnia 2017r.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

1. W dniu 30 stycznia 2017 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację o ofertach złożonych w Postępowaniu. Oferty złożyło dwóch wykonawców – N. oraz B. Sp. z o.o. (...) (dalej: „B.”). Kryteria oceny ofert w niniejszym Postępowaniu stanowiły:

Cena N - 3.940.920,00 zł B - 3.992.174,10 zł

Dedykowana dla CRM aplikacja mobilna, Możliwość adaptacji stacji pod rowery dziecięce (2 rowerki dziecięce na każdej stacji), Możliwość adaptacji wybranych stacji pod rowery elektryczne (2 stanowiska do ładowania rowerów na stację) - kryteria potwierdzone przez obu wykonawców

Porównanie ofert wskazuje, że najwyżej oceniona powinna zostać oferta Odwołującego. I rzeczywiście, Zamawiający pismem z 31 stycznia 2017r. wezwał N. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia.

W dniu 3 marca 2017r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty B. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty N. Zamawiający wskazał, że oferta N. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 23 marca 2017r., KIO 461/17 nakazała Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert z udziałem oferty wykonawcy N., jako niepodlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Prawa zamówień publicznych. Zamawiający czynności tych nie wykonał.

W dniu 28 kwietnia 2017 r. Zamawiający unieważnił Postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i pkt 7 ustawy Pzp.

II. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA - ART. 93 UST. 1PKT 6 USTAWY PZP

1. Zamawiający decyzję o unieważnieniu postępowania u argumentował następująco: „Dokonując ogłoszenia o zamówieniu w dniu 1 grudnia 2016 r. Zamawiający przewidywał termin zrealizowania dostawy na 31 marca 2017 r. oraz termin uruchomienia systemu C. Rower Miejski (dalej „CRM”) na dzień 1 kwietnia 2017 r. W trakcie postępowania powyższe terminy zostały przesunięte o 3 tygodnie kalendarzowe, odpowiednio na dzień 21 kwietnia 2017 r. i 22 kwietnia 2017 r. Tak wyznaczone terminy miały umożliwić funkcjonowanie systemu CRM w sezonie wiosenno - letnim, tj. w czasie, kiedy mieszkańcy w przeważającej

większości korzystają z roweru, jako środka komunikacji miejskiej. Obecnie, na skutek złożonej przez przystępującego B. spółki z o.o. skargi na wyrok KIO 461/17, nie jest ostatecznie rozstrzygnięta kwestia oceny prawidłowości odrzucenia oferty N. P. S.A. Zamawiający, chcąc wykluczyć ryzyko ewentualnego unieważnienia umowy, wstrzymał się z dokonaniem ponownej oceny złożonych ofert. Jest to działanie dozwolone na podstawie zapisów ustawy pzp i celowe w kontekście odpowiedzialności za środki publiczne. Sprawa jest rozpoznawana przez Sąd Okręgowy w Częstochowie sygn. akt VI Ca 386/17 (wpływ do Sądu 25 kwietnia 2017 r.) - obecnie podejmowane są przez Sąd czynności weryfikujące zachowanie wymogów formalnych złożonej skargi. Oznacza to, iż nie jest już możliwym podpisanie umowy na uruchomienie systemu CRM w terminie, który pozwoli, by system ten działał w okresie nie tylko wiosennym ale również letnim (przewidywany przez Zamawiającego czas merytorycznego rozpoznania skargi przez Sąd to lipiec 2017 r. - złożenie wniosku o zwolnienie od ponoszenia kosztów wyklucza dochowanie terminu z art. 198f ust. 1 ustawy Pzp). Brak jest więc interesu publicznego by system CRM został ewentualnie uruchomiony w październiku 2017 r. a w listopadzie 2017 r. już zdemontowany z uwagi na zbliżający się okres zimowy. Co więcej, wynagrodzenie należne wykonawcy miało obejmować utrzymanie systemu CRM przez 4 sezony. Brak działania systemu CRM w sezonie 2017 r. może spowodować wypłatę wynagrodzenia pomimo niewykonania wszystkich obowiązków określonych w SIWZ i zgodnych ze złożoną ofertą".

2. Decyzja Zamawiającego ta jest wadliwa i narusza art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp brzmi: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć". Zatem dla zastosowania tego przepisu muszą zaistnieć trzy przesłanki:

- 1) wystąpienie istotnej zmiany okoliczności,
- 2) zmiana ta powoduje, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
- 3) nie można było tego wcześniej przewidzieć.

Żadna z tych okoliczności nie zaistniała w niniejszym stanie faktycznym.

Odwołujący wskazuje, że przyczyną opóźnienia w udzieleniu zamówienia jest okoliczność skorzystania z wykonawców biorących udział w Postępowaniu ze środków ochrony prawnej, tj. przez N. z odwołania, oraz B. ze skargi. Każdy zamawiający prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi sobie zdawać sprawę z możliwości skorzystania przez wykonawców z tych środków, co może pociągnąć za sobą opóźnienie w udzieleniu zamówienia. Zdawał sobie z tego sprawę i przewidywał także sam Zamawiający w tym

Postępowaniu. Co więcej, podjął działania, aby takie opóźnienie nie wpływało negatywnie na możliwość udzielenia zamówienia. Zamawiający przewidział w takim przypadku możliwość zmiany umowy w zakresie terminu realizacji zamówienia. Zgodnie z pkt 22.2 SIWZ:

„Zamawiający dopuszcza możliwość zmian umowy w następującym zakresie i na określonych poniżej warunkach:

W zakresie zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje się możliwość zmiany istotnych postanowień umowy odnośnie:

- 1) należnego Wykonawcy wynagrodzenia w przypadku wprowadzenia zmian przez ustawodawcę w zakresie stawek podatku od towarów i usług;
 - 2) terminu realizacji umowy w przypadku:
 - a) wystąpienia siły wyższej;
 - b) wystąpienia niesprzyjających warunków atmosferycznych, które uniemożliwiają wykonanie prac zgodnie z przyjętą technologią lub innymi przyjętymi normami;
 - c) wystąpienia uzasadnionych okoliczności leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego, np. konieczność przesunięcia terminu udostępnienia danego terenu, zaistniałych w trakcie realizacji przedmiotu umowy, które utrudniają lub uniemożliwiają prawidłowe i terminowe wykonanie przedmiotu umowy;
 - d) przedłużenia się postępowania przetargowego m.in. na skutek toczących się postępowań odwoławczych;
 - e) nie wydania przez uprawniony organ w ustawowym terminie decyzji warunkującej kontynuację i zakończenie prac montażowych lub robót budowlanych;
- przy tym, termin może zostać przedłużony nie więcej niż o czas trwania okoliczności uzasadniających jego zmianę".

Zatem Zamawiający mógł przewidzieć okoliczności skutkujące koniecznością zmiany terminu realizacji umowy, przewidywał je i zabezpieczył się na tę okoliczność przewidując możliwość zmiany umowy z tego powodu. Warto także zwrócić uwagę, że Zamawiający przesłanki warunkujące możliwość zmiany terminu realizacji opisał bardzo szeroko. Zatem dostrzegał zasadność dokonania zmiany terminu. To z kolei stoi w sprzeczności z uzasadnieniem unieważnienia postępowania z powołaniem się na uruchomienie systemu na w okresie wiosennym i letnim. Skoro Zamawiający dopuszczał zmianę terminu realizacji bez żadnych ograniczeń czasowych, to znaczy godził się z tym, że system może być nieuruchomiony w okresie wiosennym i letnim. Przesłanki zmiany umowy Zamawiający powtórzył w § 14 umowy dostawy - załącznik nr 7 do SIWZ.

Przede wszystkim Zamawiający nie kupuje systemu CRM na jeden sezon. System będzie służył przez kilka kolejnych sezonów. Rozpatrywanie celowości zakupu systemu z perspektywy tylko jednego sezonu nie ma zatem uzasadnienia. Ponadto sezon rowerowy w

CRM ma trwać w każdym roku do 30 listopada. Sam Zamawiający widzi zatem potrzebę - podobnie jak praktycznie wszyscy pozostali zamawiający w funkcjonowaniu systemu także w miesiącach jesiennych. Deprecjonowanie tej okoliczności stanowi jedynie odzwierciedlenie stanowiska procesowego. Tym bardziej, że bardzo możliwe jest udzielenie niniejszego zamówienia w czerwcu br.

Warto przywołać rozważania zawarte w wyroku 1366/16: W ocenie Izby okoliczność przedłużania się postępowania nie stanowi wady postępowania, a jest okolicznością wpisaną w naturę postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z tym niemożność świadczenia w zakresie i terminie przewidzianym jest zjawiskiem do przewidzenia i samo jako takie nie może stanowić wady postępowania tkwiącej w tym postępowaniu od początku a także wadą niemożliwą do usunięcia nawet przy uwzględnieniu reżimu przewidzianego przepisem art.144 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający próbuje także argumentować swoją decyzję dbałością o finanse publiczne, stwierdzając: „Co więcej, wynagrodzenie należne wykonawcy miało obejmować utrzymanie systemu CRM przez 4 sezony. Brak działania systemu CRM w sezonie 2017 r. może spowodować wypłatę wynagrodzenia pomimo niewykonania wszystkich obowiązków określonych w SIWZ i zgodnych ze złożoną ofertą”. Takie stanowisko Zamawiającego mogłoby mieć znaczenie (przy zaistnieniu pewnych warunków) w przypadku modelu postępowania, gdzie Zamawiający kupowałby jedynie usługę na dostarczenie, uruchomienie i zarządzanie systemem roweru publicznego i nie stawałby się właścicielem dostarczanego systemu. Stanowisko to nie ma żadnego znaczenia w niniejszym Postępowaniu, którego przedmiotem jest dostawa systemu rowerowego, a Zamawiający staje się właścicielem systemu CRM stanowiącego przedmiot zamówienia. Zatem okres przez jaki system będzie zarządzany przez wykonawcę nie ma żadnego znaczenia, bowiem nabyty sprzęt będzie własnością Zamawiającego także po upływie owego 4-letniego okresu. Zamawiający może ten sprzęt użytkować także później. Zatem skoro Zamawiający płaci za dostawę a nie za usługę, to okres zarządzania - dzierżawienia nie ma wpływu na rozliczenia z tytułu umowy dostawy, bowiem ta nie przewiduje wynagrodzenia za zarządzanie. Przewiduje je odrębna umowa - umowa dzierżawy (załącznik nr 8 do SIWZ). Przy czym umowa ta może być rozwiązana na podstawie przesłanek w niej określonych, co w żaden sposób nie wpływa na ważność umowy dostawy. To tylko dodatkowo wskazuje, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest przede wszystkim dostawa systemu CRM, którego Zamawiający potrzebował, potrzebuje teraz i będzie potrzebował w przyszłości. Unieważnienie przedmiotowego Postępowania wywarłoby jedynie taki skutek, że Zamawiający za chwilę ogłosiłby nowe postępowanie, w którym być może najkorzystniejszą ofertę złożyłby inny wykonawca.

Zamawiający wymaga zawarcia oprócz umowy dostawy, także umowy dzierżawy. Na mocy tej umowy wykonawca - dzierżawca będzie dzierżawił od Zamawiającego dostarczony na mocy umowy dzierżawy system CRM. Zgodnie z § 2 ust. 1 i 2 umowy dzierżawy:

I. Przedmiotem umowy jest dzierżawa kompleksowego systemu wypożyczania rowerów, jakim jest CRM w terminie i na warunkach określonych w niniejszej umowie (zwanej dalej „umową”).

I. Dzierżawca jest uprawniony do pobierania opłat z tytułu wypożyczania rowerów w systemie CRM, wynajmu powierzchni reklamowych umieszczonych na rowerach i reklam na portalu internetowym obsługującym CRM.

Zgodnie zaś z § 9 ust. 1 i 2 umowy dzierżawy:

1. Dzierżawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Wydierżawiającego rocznego czynszu dzierżawnego w kwocie 25.650,00 zł (dwadzieścia pięć tysięcy sześćset pięćdziesiąt złotych) netto, z zastrzeżeniem § 9 ust. 3 i 5 umowy.

2. Czynsz dzierżawny płatny będzie na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT z gony, w terminie do dnia:

1) w roku 2017 - do dnia 12 maja 2017 r.;

2) w latach 2018, 2019, 2020 - do dnia 15 marca danego roku;

3) w przypadku podwyższenia kwoty czynszu, w sytuacji opisanej w § 9 ust. 3 umowy, po terminie zapłaty czynszu za dany rok, brakująca kwota czynszu płatna jest w terminie 21 dni kalendarzowych od dnia wystawienia faktury VAT na tą kwotę.

Zatem wykonawca ma płacić Zamawiającemu roczny czynsz dzierżawny w określonej w umowie wysokości a w zamian będzie pobierał opłaty z tytułu wypożyczenia rowerów w systemie CRM oraz przychody z reklam. Zatem późniejsze uruchomienie systemu w żaden sposób nie wpłynie niekorzystnie na finanse Zamawiającego - wręcz przeciwnie. Zamawiający nie wydatkuje na mocy umowy dzierżawy żadnych środków, lecz osiąga przychody. Twierdzenie, że „Brak działania systemu CRM w sezonie 2017 r. może spowodować wypłatę wynagrodzenia pomimo niewykonania wszystkich obowiązków określonych w SIWZ i zgodnych ze złożoną ofertą” jest sprzeczne z istotą udzielanego zamówienia i warunkami umownymi.

10. Co więcej, sam Zamawiający w § 3 umowy dzierżawy (załącznik nr 8 do SIWZ) postanowił:

1. Przedmiotowa umowa obowiązuje od dnia jej zawarcia do dnia 31 grudnia 2020 r.

2. Wydierżawiający przekaże system CRM Dzierżawcy w terminie do dnia 31 marca 2017 r.

3. Dzierżawca zobowiązany jest do uruchomienia systemu CRM w dniu 01 kwietnia 2017 r. godz. 12:00.

Wydierżawiający dopuszcza możliwość zmiany terminów, o których mowa w § 3 ust. 2 i ust. 3 umowy w sytuacji, gdy opóźni się dostawa systemu CRM (realizowana w ramach odrębnej umowy).

Zatem Zamawiający konsekwentnie dopuszczał zmianę także umowy dzierżawy w zakresie terminów jej realizacji.

Reasumując, Zamawiający zawarze z wykonawcą któremu udzieli zamówienia 2 umowy:

1) umowę dostawy - wynagrodzenie z tytułu realizacji tej umowy stanowi ekwiwalent za dostarczenie systemu CRM, przeniesienie jego własności na Zamawiającego i nie obejmuje wynagrodzenia za utrzymanie systemu, co powoduje, że okres utrzymywania systemu nie ma żadnego znaczenia dla tego wynagrodzenia. System CRM Zamawiający będzie użytkował przez kilka następujących lat,

2) umowę dzierżawy- o ile przedmiotem tej umowy jest utrzymanie systemu (co do zasady przez 4 sezony), o tyle wynagrodzenie płaci na podstawie tej umowy wykonawca Zamawiającemu, co powoduje, że finanse Zamawiającego nie mogą doznać żadnego uszczerbku w związku z późniejszym uruchomieniem systemu CRM, wręcz przeciwnie - Zamawiający nie otrzyma czynszu, który mógłby uzyskać.

Zatem stwierdzenie, że wykonawca otrzymałby wynagrodzenie za 4 sezony pomimo niewykonywania przez ten okres utrzymania systemu CRM jest nieprawdziwe, bo wykonawca za utrzymanie systemu nie otrzymuje od Zamawiającego żadnego wynagrodzenia. Twierdzenie takie byłoby prawdziwe jeżeli przedmiotem zamówienia byłaby wyłącznie usługa (wykonawca nie przenosiłby własności systemu CRM na zamawiającego, zarządzałby dostarczonym systemem przez określony czas, a po jego upływie sprzęt zostałby zdemontowany przez wykonawcę i pozostawał jego własnością), a wykonawca otrzymywałby wynagrodzenie np., za 1 sezon z góry (a nie za każdy miesiąc). Wtedy pomimo, że świadczyłby usługę przez część sezonu otrzymałby wynagrodzenie za cały sezon. Na marginesie warto podkreślić, że zamawiający w takich postępowaniach przewidują, że wynagrodzenie należne byłoby proporcjonalnie.

Niezależnie od powyższego przy unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem ekonomicznym zamawiającego (por. wyrok KIO 991/14, KIO 1001/14). A do takiego interesu - zresztą błędnie, jak wskazano powyżej, referuje argumentacja Zamawiającego.

13. Wykładni pojęcia „istotna zmiana okoliczności” dokonał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r. sygn. akt I ACa 13/11 (LEX nr 1120068), odnoszącym się do art. 145 ust. 1 Pzp jednak mającym znaczenie dla tej samej przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. „Istotna zmiana okoliczności” jest wprawdzie zdarzeniem o mniejszym stopniu intensywności niż „nadzwyczajna zmiana stosunków” wymieniona w art. 3571 k.c.,

tym niemniej sformułowanie "istotna" wskazuje na zmianę znaczącą, a jednocześnie będącą następstwem zdarzeń występujących bardzo rzadko, niezwykłych. Takiego charakteru nie ma w żadnym wypadku skorzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, które spowodowały przesunięcie terminów. Takie zachowania wykonawców są normalnymi zachowaniami w procedurach udzielania zamówień publicznych. Wobec powyższego nie można uznać, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności.

Co istotne, cel dla którego Postępowanie jest prowadzone i ma być udzielone zamówienie - nie odpadł. Zamawiający nie zrezygnował z pozyskania systemu roweru publicznego. Wobec powyższego udzielenie zamówienia leży w interesie publicznym.

Zamawiający jedynie doszedł do wniosku, że udzielenie zamówienia w lipcu nie miałoby sensu, bowiem nie obejmowałoby miesięcy wiosennych i ewentualnie miesięcy letnich funkcjonowania systemu, a pomimo tego zapłaciłby wynagrodzenie wykonawcy. Takie spostrzeżenia Zamawiającego w żadnej mierze nie oznaczają jednak, że udzielenie tego zamówienia jest zbędne, niepotrzebne. Wręcz przeciwnie - z informacji o unieważnieniu Postępowania wynika zamiar udzielenia tego zamówienia, tyle że w wyniku rozstrzygnięcia kolejnego przetargu.

Zamawiający wywnioskował, że zamówienie mogłoby zostać ewentualnie zrealizowane w październiku. Założenie to jest jednak wadliwe, bowiem oparte zostało na kilku założeniach, które mogą w rzeczywistości nie nastąpić:

- 1) Zamawiający założył, że skarżący – B. uiszczy wpis od skargi na wyrok KIO 461/17 - co może nie nastąpić,
- 2) Zamawiający założył, że rozpoznanie skargi może nastąpić dopiero w lipcu - co może mieć miejsce zdecydowanie wcześniej,
- 3) Zamawiający założył, że udzielenie zamówienia mogłoby nastąpić w lipcu a realizacja zamówienia nastąpiła by w październiku, co oznacza, że trwałaby ona aż 3 miesiące - co jest nadmiernie długim okresem.

Powyższe założenia, w ocenie Odwołującego, same w sobie nie mogą uzasadniać unieważnienia Postępowania. Niezależnie od tego wskazać należy, że nawet gdyby uznać, że mogłyby one stanowić podstawę do unieważnienia Postępowania, to jest ono zdecydowanie przedwczesne, bowiem może się okazać, że Zamawiający udzielił zamówienia na początku czerwca. Wobec powyższego decyzja Zamawiającego została podjęta bez wzięcia pod uwagę powyższych okoliczności. Zamawiający poczynił pewne założenia, lecz w żaden sposób ich nie uargumentował. Tymczasem może się okazać, że są to błędne założenia i realizacja zamówienia mogłaby obejmować miesiące letnie.

Reasumując, unieważnienie Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp jest bezprawne.

III. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA - ART. 93 UST. 1 PKT 7 USTAWY PZP

1. Zamawiający decyzję o unieważnieniu postępowania uargumentował następująco:

„Ponadto, postępowanie obarczone jest już niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ewentualnie podpisana umowa z wybranym wykonawcą będzie niezgodna z treścią uchwały nr 527.XXXVIII.2017 Rady Miasta C. z dnia 27 marca 2017 r. w sprawie opłat za korzystanie z systemu wypożyczania rowerów – C. Rower Miejski (CRM). Zgodnie z zapisami SIWZ opłata 0,00 zł dotyczy wypożyczenia roweru za czas 0-20 minut. Zgodnie natomiast z podjętą uchwałą stawka zerowa ma dotyczyć wypożyczenia roweru za czas 0-30 minut. Podpisana umowa byłaby nieważna na podstawie art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. 2016 poz. 573 ze zm.). Zawarcie umowy o treści określonej w SIWZ byłoby sprzeczne z celem określonym przez Radę Miasta tj. podmiot nadrzędny nad działaniem MZDiT.

Dodatkowo umowa byłaby nieważna również z uwagi, iż została podpisana po terminie jej realizacji. Nieważnym byłoby podpisanie po dniu 28 kwietnia 2017 r. umowy przewidującej termin jej wykonania na dzień 21 kwietnia 2017 r.”.

2. Decyzja Zamawiającego jest wadliwa i narusza art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

3. Ww. przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu:

1) musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania),

2) wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego,

3) wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Żadna z tych przesłanek nie zaszła w Postępowaniu.

4. Zamawiający nie wskazał żadnej konkretnej przyczyny leżącej w Postępowaniu, ani żadnych uregulowań SIWZ, których treść powoduje, że Postępowanie obarczone jest nieusuwalną wadą, a ta wada skutkuje zawarciem umowy, która nie będzie ważna. Powoływanie się na nieważność umowy należy powiązać z przesłankami opisanymi w art. 146 a w szczególności jego ust. 1 i 6, w których opisane są wymienione okoliczności obligujące zamawiającego do unieważnienia postępowania. Tak więc Zamawiający chcąc skutecznie unieważnić postępowanie z powodu nieusuwalnych wad postępowania, które skutkują nieważnością umowy powinien je odnieść do dyspozycji art. 146 Pzp. Zamawiający w swej argumentacji w ogóle nie referuje do tych przesłanek.

5. Zamawiający w załączniku do umowy dzierżawy postanowił na str. 2:

„Zamawiający określił jednolitą taryfę opłat (taryfę wyjściową dla startu systemu) za korzystanie przez użytkowników z systemu CRM w C. Obowiązujące stawki maksymalne dla systemu CRM:

- 1-20 minut, opłata 0 zł
- 21-60 minut; opłata 2 zł
- 61 -120 minut., opłata 6 zł
- 121-180 minut., opłata 10 zł
- 181 minut, i każda następna godz., opłata 14 zł
- Opłata dodatkowa za przekroczenie 12 godzinnego okresu wypożyczenia roweru - opłata zawarta w przedziale od 200 do 300 zł.

Zgodnie zaś z pkt 4 na str. 3 załącznika do umowy dzierżawy:

Dzierżawcy systemu CRM przysługuje podczas trwania Umowy wielokrotne prawo zmiany taryfy, po wcześniejszym uzgodnieniu z Wydierżawiającym. Zmiany taryfy można dokonać tylko raz podczas danego roku kalendarzowego; winna być ona zawsze wprowadzona na początku sezonu rowerowego wraz ze startem systemu CRM. Przesłanką do zmiany taryfy przez Zamawiającego może być wyłącznie zwiększenie konkurencyjności podróży rowerem względem innych środków transportu publicznego lub indywidualnego, oczekiwanym zwiększeniem liczby podróży lub optymalizacją wykorzystania rowerów przez użytkowników systemu CRM.

6. Zatem fakt zmiany taryfy nie jest okolicznością nieprzewidzianą w dokumentacji Postępowania - wręcz przeciwnie - Zamawiający ją przewidywał. Wobec tego podjęcie uchwały przez Radę Miasta C. nie powoduje negatywnych konsekwencji dla Postępowania, bowiem zgodnie z postanowieniami SIWZ może ona ulec zmianie. Ponadto zmianę umowy w tym zakresie należałoby uznać za nieistotną. Zatem nieprawdnie jest twierdzenie, że „Zawarcie umowy o treści określonej w siwz byłoby sprzeczne z celem określonym przez Radę Miasta C. tj. podmiot nadrzędny nad działaniem MZDiT". Można zawrzeć umowę o treści zgodnej z tą uchwałą.

7. Co niezmiernie istotne, wskazać, że zmiana taryfy dokonana uchwałą nr 527.XXXVHI.2017 Rady Miasta C. z dnia 27 marca 2017 r. w sprawie opłat za korzystanie z systemu wypożyczania rowerów – C. Rower Miejski (CRM) jest okolicznością powstałą poza niniejszym Postępowaniem o udzielenie zamówienia i nie stanowi w żadnej mierze wady Postępowania. Wadą postępowania mogą być uchybienia natury proceduralnej, które w niniejszym stanie faktycznym nie mają miejsca. Zamawiający nie wskazał żadnego przepisu ustawy PZP, który zostałby naruszony. Jak zauważyła to Izba w sprawie KIO 912/15: „Przepis ten przewiduje unieważnienie postępowania, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą

do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność ab initio, a tym samym prawną bezskuteczność (por. wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2200/14; KIO 2208/14; KIO 2212/14)".

8. Należy przy tym podkreślić, że Zamawiający określił wskazane powyżej stawki jako taryfę wyjściową i przewidział możliwość wielokrotnej jej zmiany.

9. Zamawiający wskazał, że podpisana umowa byłaby nieważna na podstawie art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2016 r. Dz. U. poz. 573 ze zm.). Twierdzenie to jest niezasadne, bowiem art 4 ust. 1 pkt 2 stanowi, że: Jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego postanawiają o wysokości cen i opłat albo o sposobie ustalania cen i opłat za usługi komunalne o charakterze użyteczności publicznej oraz za korzystanie z obiektów i urządzeń użyteczności publicznej jednostek samorządu terytorialnego". Zawarcie umowy w niniejszym Postępowaniu w żaden sposób przeciw temu przepisowi by nie uchybiło. Fakt zawarcia umowy nie odbiera przecież Radzie Miasta C. przedmiotowych kompetencji. W związku z powyższym twierdzenie Zamawiającego, że nie można ze względu na tę okoliczność zawrzeć ważnej umowy jest zupełnie nieuprawnione.

10. Na marginesie, gdyby przyjąć tok rozumowania Zamawiającego, to każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez jednostki samorządu terytorialnego można by w łatwy sposób unieważnić. Tymczasem unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest instytucją o wyjątkowym charakterze. W tym zakresie - na zasadzie analogii warto przytoczyć pogląd wyrażony w wyroku KIO 1967/16: W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że ponieważ zmiana sytuacji polegająca na dokonaniu oceny zamówienia jako mającego podstawowe znaczenie dla bezpieczeństwa państwa została sprokurowana przez jedną ze stron, za którą należy rozumieć szeroko rozumiany Skarb Państwa, nie może być przez tę stronę uznawana za okoliczność zewnętrzną. W ocenie Izby ta sama strona najpierw wszczęła postępowanie, zapewniając na nie odpowiednie środki finansowe i uznając że do udzielenia zamówienia stosuje się ustawę pzp, a następnie w toku postępowania zdecydowała, że jednak ma ono podstawowe znaczenie dla interesu bezpieczeństwa państwa, a jego udzielenie nie podlega ustawie pzp".

11. Niezależnie od powyższego, abstrahując, że nie jest to wada postępowania, nie powoduje nieważności i można zawrzeć umowę zgodną z tą uchwałą, to należy wskazać, że „wadę” tę można usunąć - kolejną uchwałą Rady Miasta C.

12. Nie sposób uznać, że umowa dostawy byłaby nieważna z powodu jej zawarcia po upływie terminu jej realizacji. Jak wskazano powyżej - przy zarzucie naruszenia art 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu realizacji każdej z umów m.in. w związku z przedłużeniem się postępowania przetargowego. Wobec powyższego nie ma żadnych podstaw, aby twierdzić, że umowa, w której zmieniono termin realizacji na mocy postanowień przewidujących jego zmianę była nieważna, nawet jeżeli zostanie zawarta po upływie pierwotnie określonego terminu na jej realizację.

13. Reasumując, unieważnienie Postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp jest bezprawne.

Jednocześnie dokonane unieważnienie postępowania narusza zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ w sposób nieuprawniony daje szansę konkurencyjnemu wykonawcy wobec Odwołującego na złożenie korzystniejszej oferty w kolejnym postępowaniu. Ponadto motywy unieważnienia opierają się założeniach dotyczących zachowania tego wykonawcy w kontekście złożonej skargi, które nie zostały w żaden sposób uzasadnione, są niepewne co do ich wystąpienia.

Zamawiający w toku postępowania odwoławczego podtrzymał swoje stanowisko przedstawione w decyzji o nieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i pkt 7 ustawy pzp.

Stwierdził, że był zobowiązany unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Dostawę elementów składowych systemu C. Roweru Miejskiego (CRM) wraz z instalacją i uruchomieniem z powodu:

a/ wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć,

b/ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wada uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający decyzję o unieważnieniu postępowania uzasadniał następująco:

Dokonując ogłoszenia o zamówieniu w dniu 1 grudnia 2016 r. Zamawiający przewidywał termin zrealizowania dostawy na 31 marca 2017 r. oraz termin uruchomienia systemu C. Rower Miejski (dalej „CRM”) na dzień 1 kwietnia 2017 r. W trakcie postępowania powyższe terminy zostały przesunięte o 3 tygodnie kalendarzowe, odpowiednio na dzień 21 kwietnia

2017 r. i 22 kwietnia 2017 r. Tak wyznaczone terminy miały umożliwić funkcjonowanie systemu CRM w sezonie wiosenno - letnim, tj. w czasie, kiedy mieszkańcy w przeważającej większości korzystają z roweru, jako środka komunikacji miejskiej. Obecnie, na skutek złożonej przez przystępującego B. spółki z o.o. skargi na wyrok KIO 461/17, nie jest ostatecznie rozstrzygnięta kwestia oceny prawidłowości odrzucenia oferty N. P. S.A. Zamawiający, chcąc wykluczyć ryzyko ewentualnego unieważnienia umowy, wstrzymał się z dokonaniem ponownej oceny złożonych ofert. Jest to działanie dozwolone na podstawie zapisów ustawy pzp i celowe w kontekście odpowiedzialności za środki publiczne. Sprawa jest rozpoznawana przez Sąd Okręgowy w C. sygn. akt VI Ca 386/17 (wpływ do Sądu 25 kwietnia 2017 r.) - obecnie podejmowane są przez Sąd czynności weryfikujące zachowanie wymogów formalnych złożonej skargi. Oznacza to, iż nie jest już możliwym podpisanie umowy na uruchomienie systemu CRM w terminie, który pozwoli, by system ten działał w okresie nie tylko wiosennym ale również letnim (przewidywany przez Zamawiającego czas merytorycznego rozpoznania skargi przez Sąd to lipiec 2017 r. - złożenie wniosku o zwolnienie od ponoszenia kosztów wyklucza dochowanie terminu z art. 198f ust. 1 ustawy Pzp). Brak jest więc interesu publicznego by system CRM został ewentualnie uruchomiony w październiku 2017 r. a w listopadzie 2017 r. już zdemontowany z uwagi na zbliżający się okres zimowy. Co więcej, wynagrodzenie należne wykonawcy miało obejmować utrzymanie systemu CRM przez 4 sezony. Brak działania systemu CRM w sezonie 2017 r. może spowodować wypłatę wynagrodzenia pomimo niewykonania wszystkich obowiązków określonych w SIWZ i zgodnych ze złożoną ofertą.

„Ponadto, postępowanie obarczone jest już niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ewentualnie podpisana umowa z wybranym wykonawcą będzie niezgodna z treścią uchwały nr 527.XXXVIII.2017 Rady Miasta C. z dnia 27 marca 2017 r. w sprawie opłat za korzystanie z systemu wypożyczania rowerów – C. Rower Miejski (CRM). Zgodnie z zapisami S1WZ opłata 0,00 zł dotyczy wypożyczenia roweru za czas 0-20 minut. Zgodnie natomiast z podjętą uchwałą stawka zerowa ma dotyczyć wypożyczenia roweru za czas 0-30 minut. Podpisana umowa byłaby nieważna na podstawie art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. 2016 poz. 573 ze zm.). Zawarcie umowy o treści określonej w siwz byłoby sprzeczne z celem określonym przez Radę Miasta tj. podmiot nadrzędny nad działaniem MZDiT.

Dodatkowo umowa byłaby nieważna również z uwagi, iż została podpisana po terminie jej realizacji. Nieważnym byłoby podpisanie po dniu 28 kwietnia 2017 r. umowy przewidującej termin jej wykonania na dzień 21 kwietnia 2017 r.”.

W toku rozprawy przed Izłą strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania oraz argumentację zawartą w uzasadnieniu na poparcie tych zarzutów. Zauważył, że korzystanie przez wykonawców ze środków odwoławczych jest naturalne i przewidywalne, natomiast prognozy Zamawiającego, co do zakończenia postępowań, są czysto teoretyczne i niewykluczone jest, że przewidywany wyrok Sądu w Częstochowie zapadnie w czerwcu. Przypomniał, że w specyfikacji wprost przewidziano możliwość zmiany terminu realizacji, także w wyniku procedur odwoławczych. Zauważył, że przedmiotem zamówienia jest dostawa systemu i jego wydierżawienie, w związku z czym brak jest dowodu na to, iż nieracjonalne byłoby wykonanie umowy w innym terminie. Data i jej zmiana co do zamówienia, nie stanowią istotnych okoliczności sprawy.

Odnosnie drugiej przesłanki unieważnienia zauważył, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone było bez związku z uchwałą Rady Miasta (poprzednia uchwała Rady z 12.01.2017 r.). Wskazał na założoną w projekcie umowy możliwość zmiany taryfy przez strony, w celu zwiększenia konkurencyjności podróży rowerem. Zauważył, że w końcu marca Zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, co mogło wskazywać na przejaw zamiaru dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Przypomniał dopuszczenie przez Zamawiającego zmian terminów umownych bez limitowania w tym zakresie. Przypomniał, że dla zachowania pełnego okresu umowy, w razie przesunięcia terminu początkowego możliwe jest także przesunięcie terminu końcowego. Zauważył ponadto, że przy przewidywanym, 24-miesięcznym okresie gwarancji, w okresie tym przypadają dwa sezony, w tym także tzw. okres martwy (zimowy).

(W tym miejscu Zamawiający stwierdziła, że przewiduje się gwarancję, określoną w par. 8 ust. 1 umowy dostawy (str. 45 SIWZ) z datą końcową 31 grudnia 2020 r.)

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał stanowisko, iż zaistniały przesłanki unieważnienia postępowania wskazane w jego decyzji z 28 kwietnia 2017 r.

Odnosnie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy stwierdził, że nie jest taką okolicznością fakt składania przez uczestników środków ochrony prawnej, lecz znaczący w sprawie upływ czasu, którego nie mógł przewidzieć, sądząc, iż rozpatrzenie odwołań i skarg nastąpi w terminach instrukcyjnych, przewidzianych ustawą. Przypomniał, że planowano zawarcie umowy z początkiem sezonu wiosenno-letniego tj. początkowo 1 kwietnia, a po przesunięciu 21 i 22 kwietnia. Wskazał w tym zakresie na uzasadnienie decyzji o unieważnieniu i stwierdził, że z powodu trwających postępowań przed Sądem Okręgowym w Częstochowie i w ich ramach

procedur, należy uznać, że nie można się spodziewać rozstrzygnięcia Sądu wcześniej, niż w sierpniu 2017 r. Z tego powodu nieracjonalne byłoby uruchomienie systemu z początkiem jesieni przy ewentualnym rozpoczęciu realizacji umowy w październiku 2017 r. Ocenia, że po 21 kwietnia nie jest możliwe zawarcie umowy z terminem realizacji we wskazanej dacie, co oznacza, że nie ma możliwości aneksowania umowy ze skutkiem wstecznym.

Odnosnie art. 93 ust. 1 pkt 7 uzasadnił celowość przyjęcia dat kalendarzowych realizacji umowy i ewentualną dopuszczalność niewielkich zmian terminów w tym zakresie, natomiast uznał, iż zmiany terminów tak znaczące, jak wskazane powyżej, byłyby nieuzasadnione z uwagi na przedmiot umowy. Wskazał nadto na wpływ uchwał Rady miasta na kalkulacje ofert wykonawców. Zauważył, że Rada Miasta uchwałą z 27 marca 2017 r. dokonała zmiany projektu przedstawionego przez Zamawiającego, w wyniku czego doszło do niezgodności z postanowieniami SIWZ.

Stwierdził, że dysponuje wiedzą w zakresie realnych terminów postępowań o zwolnienie od kosztów sądowych i z tego wynika jego prognoza co do zakończenia postępowania skargowego, natomiast nie ma, począwszy od roku 2011, doświadczenia w zakresie terminu rozpoznania skarg przez Sąd Okręgowy. Przypomniał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa rowerów i utrzymanie systemu w ramach dzierżawy, w okresie określonym datą sztywną do 31 grudnia 2020 roku tj. czterech sezonów, które są w sumie przedmiotem kalkulacji i objęte zakresem oferty. Stwierdził, że żądał przedłużenia terminów związania ofertą po poprzednim rozstrzygnięciu Izby i przed wniesieniem skargi na ten wyrok do Sądu Okręgowego. Zauważył, iż w jego ocenie nie praktykuje się w postanowieniach umownych limitów w zakresie zmian terminów, a takie zmiany mogą wynikać z istoty zamówienia, przedmiotu i celu. Podtrzymał stanowisko, iż jest zainteresowany, z przyczyn wskazanych wcześniej, rozstrzygnięciem o zasadności decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakkolwiek nie kwestionuje stwierdzenia, że generalnie jest zainteresowany powstaniem w C. systemu roweru miejskiego, natomiast nie wiadomo, czy miałby on funkcjonować na warunkach opisanych w SIWZ przedmiotowego zamówienia lub na zasadzie usługi tj. sposobu najpowszechniejszego w Polsce.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił znaczenie terminów kalendarzowych (z datami dziennymi) uruchomienia systemu i niedopuszczalność dokonywania zmian terminów post factum, jako skutkujących nieważnością umowy. Na poparcie stanowiska powołał wyrok KIO 830/15. Zauważył także, iż ewentualne zmiany w umowie dotyczące terminów mogą mieć wpływ na ocenę Zamawiającego pod kątem przestrzegania dyscypliny finansów publicznych i ewentualnych kar umownych. Podkreślił wpływ zmiany z 20 do 30

minut używania roweru bez opłat na prawidłową kalkulację ofert, które mogłyby się okazać nieporównywalne.

Wskazał, że analogia z powołanym wyżej wyrokiem Izby dotyczy w szczególności terminu zawarcia umowy. Wskazał na celowość uruchomienia systemu i dostawy rowerów z początkiem sezonu i związek tego również z przewidywanymi kosztami napraw gwarancyjnych.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych zamawiającemu przez odwołującego i przystępujących, jak również stanowiska stron i uczestników przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp w odniesieniu przedmiotu zamówienia, na którego wykonanie złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu.

Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że nie podlega uwzględnieniu zasadniczy zarzut podniesiony wobec czynności unieważnienia postępowania o udzielenie tego zamówienia na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp z tego względu, że z okoliczności sprawy wynika, że zarzut ten jest niezasadny. Zgodnie ze wskazanym art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. W postępowaniu przewidziano, że wykonawca ma uruchomić system dnia 20 i 21 kwietnia 2017 r.

W ocenie Izby tak opisanego terminu nie można kwalifikować, jako terminu dowolnego, a lecz jako termin wiążący dla stron w takim znaczeniu, że ze względu na sezonowy charakter przedmiotu zamówienia okolicznością istotną jest, by realizacja umowy została rozpoczęta w sezonie wiosennym. Nie negując możliwości ewentualnej nieznacznej korekty tego terminu należy stwierdzić, że realna w okolicznościach sprawy jest perspektywa obiektywnej niemożności jego dotrzymania w tym sezonie. Tym samym termin należy uznać w tym postępowaniu za przedmiotowo istotny składnik ze względu na zasadniczy jego charakter dla tego postępowania i w konsekwencji składnik przedmiotowo istotny [essentialia negotii] umowy zawartej po przeprowadzeniu tego postępowania. Skoro zatem, jak zauważył Zamawiający, w oparciu o stan faktyczny sprawy, nie było możliwe zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem skargi na wyrok KIO, a okoliczność ta nie była kwestionowana w

odwołaniu, zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania przewidziana w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

Sugerowane przez Odwołującego rozwiązanie zawarcia umowy w terminie znacząco późniejszym i w jego ocenie dopuszczalnym uchybiłoby istocie przedmiotu zamówienia, wyżej wskazanej, tj. sezonowego charakteru świadczenia usługi w czterech kolejnych latach z datą końcową 31 grudnia 2020 r.

Skład orzekający podziela także stanowisko zamawiającego, że w trakcie postępowania doszło do wystąpienia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Należy zauważyć, że oferty przygotowywano na podstawie postanowień siwz określających m. in. czas bezpłatnego korzystania z roweru przez użytkownika, co ma znaczenie przy kalkulacji ceny oferty. Określony w siwz czas został zmieniony uchwałą Rady Miasta w ramach jej kompetencji opartych na ustawie o gospodarce komunalnej, co w konsekwencji doprowadziłoby do zaistnienia w obrocie umowy niezgodnej z prawem miejscowym.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: