

Sygn. akt: KIO 2591/13
KIO 2593/13

WYROK
z dnia 21 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Renata Tubisz
Piotr Kozłowski
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 20 listopada 2013 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 7 listopada 2013 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, ul. Dojazdowa 14,**

B. w dniu 7 listopada 2013 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, ul. Grunwaldzka 61,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Komunikacji Miejskiej w Elblągu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, ul. Browarna 90**

przy udziale **wykonawcy Arriva Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, ul. Dąbrowskiego 8/24** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2593/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddała oba odwołania w całości,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, ul. Dojazdowa 14 oraz wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, ul. Grunwaldzka 61 i**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: **wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, ul. Dojazdowa 14, wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, ul. Grunwaldzka 61** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, ul. Dojazdowa 14** na rzecz zamawiającego **Zarząd Komunikacji Miejskiej w Elblągu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, ul. Browarna 90** kwotę **3 600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa prawnego

2.3. zasądza od **wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, ul. Grunwaldzka 61** na rzecz zamawiającego **Zarząd Komunikacji Miejskiej w Elblągu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, ul. Browarna 90** kwotę **3 600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa prawnego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego w zakresie komunikacji miejskiej na terenie Gminy Miasto Elbląg i gmin sąsiadujących zostało wszczętego przez zamawiającego Zarząd Komunikacji Miejskiej w Elblągu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, ul. Browarna 90 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 sierpnia 2013r. za numerem 2013r.

W dniu 29 października 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania.

W ramach pakietu 1 zamawiający zawiadomił, że unieważnił swoją czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 1 października 2013r., zaś postępowanie w tej części unieważnił na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 – dalej ustawy). Wskazał, że w ramach tego pakietu została złożona tylko jedna oferta tj. oferta Przedsiębiorstwa Komunikacji Autobusowej „PKA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, ul. Dojazdowa 14. Ofertę tę zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, gdyż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania. Jako uzasadnienie wykluczenia wykonawcy zamawiający podał art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy i wskazał rozdział VIII siwz podnosząc, że dla pakietu nr 1 żądał wadium w wysokości 250 000zł., które mogło być wniesione w pieniądzu, poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej z tym, że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym, w gwarancjach bankowych, w gwarancjach ubezpieczeniowych, w poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Zamawiający wskazał nr konta bankowego na które miało być wnoszone wadium w formie pieniężnej przelewem, zaś dla innych form wnoszenia wadium żądał zdeponowania oryginału dokumentu w kasie zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej „PKA” sp. z o.o. w formularzu „OFERTA – PAKIET 1” podało „wadium o wartości 250 000 zł. zostało wniesione w formie kompensata salda” Oświadczenie o potrąceniu (dokument potwierdzający wniesienie wadium z dnia 20 września 2013 r.) został zdeponowany w kasie zamawiającego. W jego treści Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej „PKA” sp. z o.o. złożyło oświadczenie, iż „(...) na podstawie art. 498 KC oświadczamy, że potrącamy naszą wierzytelność z wierzytelności (wyżej opisane) przysługujące ZKM Spółce z o.o. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej a

co za tym idzie wadium wymagane w wyżej opisanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w kwocie 250 000 zł (...) dla Pakietu Nr 1 uważamy za wniesione w ten sposób, a warunek opisany w rozdziale VIII pkt 1 SIWZ za spełniony.”.

Zamawiającemu nie służy przy tym uprawnienie do wskazywania dozwolonych i aprobowanych przezeń form wadium. Prawo zamówień publicznych przewiduje bowiem zamknięty katalog form, w jakich może być wniesione wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podstawową formą jest pieniądź, ale oprócz niego istnieje możliwość ustanowienia zabezpieczenia w postaci poręczeń bankowych, gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych oraz poręczeń dokonywanych przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości. Wadium nie może być wniesione w szczególności w papierach wartościowych – akcjach, obligacjach, czekach czy innych. Nie może także wykonawca dokonać potrącenia istniejącej wierzytelności względem zamawiającego, gdyż ustawa ustawy takiej możliwości (wniesienia wadium wskutek potrącenia) nie przewiduje. Wadium jest bowiem szczególną formą zabezpieczenia, do którego nie mogą mieć zastosowania przepisy kodeksu cywilnego o potrąceniu (art. 498-505 k.c.). Wykonawca nie może więc wnieść skutecznie wadium dokonując potrącenia własnej wierzytelności wobec zamawiającego z wierzytelnością zamawiającego wobec wykonawcy dokonującego potrącenia. Wadium nie jest bowiem należnością, którą można potrącić, nie jest też wierzytelnością, której zamawiający może dochodzić sądownie, jak i nie ma ono charakteru realnego. „Wniesienie wadium w innej formie, w szczególności w formie blokady kwoty wymaganej jako wadium z należności wynikającej z konkretnej faktury (...) również nie może być uznane jako właściwa forma wniesienia wadium” (wyrok SO w Warszawie z dnia 10.12.2002 r., sygn. akt V Ca 1642/02). Wyboru formy wadium dokonuje wykonawca. Niemniej jednak może on dokonywać dowolnych kombinacji form wyłącznie dozwolonymi formami (taką formą nie jest natomiast potrącenie) i różne części wadium wpłacić w sposób odmienny. Wadium wnoszone w pieniądzu powinno zostać wpłacone przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego w SIWZ i ogłoszeniu. Tymczasem Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej „PKA” sp. z o.o. w treści złożonej oferty oświadczyło, iż „Wadium o wartości 250.000,00 zł zostało wniesione w formie kompensata salda”. Dołączyło : oświadczenie o potrąceniu z dnia 20.09.2013r. oraz oświadczenie z dnia 01.10.2013r. o woli zaliczenia należności ze wskazanych w nim faktur na poczet wadium. Zatem według zamawiającego wadium nie zostało wniesione dla pakietu 1 w żadnej z form przewidzianych w art. 45 ust. 6 ustawy.

Zamawiający opisał także wynik postępowania w zakresie pakietu nr 2 – który pozostaje poza sporem.

W zakresie pakietu nr 3 zamawiający zawiadomił, że unieważnił swoją czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 1 października 2013r. tj. oferty Przedsiębiorstwa Komunikacji

Samochodowej w Elblągu sp. z o.o. i dokonał ponownego badania i oceny ofert, na skutek którego wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Arriva Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, zaś ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Elblągu sp. z o.o. odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy jako pochodzącą od wykonawcy wykluczonego z postępowania. Jako podstawę wykluczenia podał art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, zaś w uzasadnieniu faktycznym przedstawił identyczną argumentację faktyczną i prawną jako w odniesieniu do wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej „PKA” sp. z o.o.

Sygn. akt KIO 2591/13

W dniu 7 listopada 2013r. odwołanie wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej sp. z o.o. Odwołanie dotyczyło czynności zamawiającego dokonanych w postępowaniu w zakresie części przedmiotu zamówienia tj. pakietu nr 1. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 listopada 2013r. udzielonego przez członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 7 listopada 2013r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie :

1. Art. 7 ust. 3, art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy i art. 14 ustawy w zw. z art. 60 kc i art. 61 § 1 kc poprzez wykonanie czynności niedopuszczalnej przez ustawę, a polegającej na unieważnieniu czynności wyboru i dokonywanie ponownego badania ofert , skutkującej pozbawieniem zamawiającego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez ich zastosowanie i unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne, wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty , przy dokonywaniu ponownego badania oferty nr 7 przez zamawiającego o czym został poinformowany odwołujący pismem z dnia 29.10.2013r. w sytuacji, gdy zamawiający z dniem 1.10.2013 r. dokonał już wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Komunikacji Autobusowej spółka z o.o. i złożył mu oświadczenie o jej wyborze .

Wniósł :

1. o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego wymienionych w zawiadomieniu z dnia 29.10.2013 r. - polegające na unieważnieniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego oraz dokonaniu ponownego badania oferty i unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz odrzuceniu oferty odwołującego się , następnie jego wykluczeniu
2. o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego się kosztów postępowania odwoławczego - wpisu uiszczanego od wniesionego odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta była jedyną złożoną w tym postępowaniu przetargowym, zaś jedynym kryterium oceny była cena a zaofferowana cena mieściła się w środkach przeznaczonych przez zamawiającego na realizację spornego zamówienia, co oznacza, że uzyskałby niniejsze zamówienie, gdyby zamawiający nie dokonał niezgodnej z prawem czynności opisanych w niniejszym odwołaniu. Sprzeczne z prawem działanie zamawiającego wykraczające poza zapisy ustawy doprowadzić mogą do szkody po stronie wykonawcy, w postaci niezyskania zamówienia.

W uzasadnieniu podniósł, że w dniu 01.10.2013 r. otrzymał pismo zamawiającego z dnia 01.10.2013 r., w którym zawiadomił on odwołującego się, że jego ofertę oznaczoną nr 7 złożoną w w/w przetargu wybrano jako najkorzystniejszą. Nikt nie złożył odwołania o dokonany wybór. Jako dowód powołał zawiadomienie z dnia 01.10.2013 r.

Następnie w związku z tym, że upłynął minimalny okres oczekiwania na zawarcie umowy odwołujący się pismem z dnia 23.10.2013 r. wezwał zamawiającego do zawarcia umowy w ramach pakietu nr 1, kopię tego wezwania przedstawił jako dowód.

Zamawiający nie przystąpił do zawarcia umowy, a po upływie paru dni faxem w dniu 29.10.2013 r. a następnie pocztą odwołujący otrzymał jego pismo datowane na dzień 29.10.2013 r., w którym zamawiający informuje o tym, że unieważnił czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego oraz dokonał ponownego badania oferty i unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego oraz odrzucił ofertę odwołującego się, a następnie go wykluczył z postępowania. Jako dowód odwołujący powołał informację o wyniku postępowania z dnia 29 października 2013r. W ocenie odwołującego powyższe czynności zamawiającego opisane w zawiadomieniu z dnia 29.10.2013 r. zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, co miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazał, że nie było podstaw do nieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego się i do dokonania ponownego badania oferty. Wybór oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne winien zostać dokonany po zastosowaniu badania i oceny ofert, w oparciu o zastosowanie procedur przewidzianych w ustawie. Wynikiem tego etapu badania ofert złożonych w postępowaniu przetargowym, była informacja z dnia 01.10.2013 r. skierowana do odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Kolejne zawiadomienie z dnia 29.10.2013 r. zmieniałoby dotychczasowe oświadczenie zamawiającego.

W ocenie odwołującego czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu czynności wyboru oferty jest niezgodna z ustawą. Ustawa w żadnym ze swych przepisów nie zawiera takiej instytucji czy też samodzielnego uprawnienia dla zamawiającego. Ustawa posługuje się jedynie pojęciem unieważnienia postępowania (np: art. 20 ust. 3, 93 ust. 1), a nie unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Jedynie taka sytuacja możliwa jest w

przypadku wniesienia odwołania i jego uwzględnienia przez zamawiającego zgodnie z art. 186 ust. 2 uzp. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 01.10.2013 r. pociągało za sobą określone skutki prawne, przede wszystkim dla zamawiającego. Powstał bowiem stosunek zobowiązaniowy pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, mający charakter umowy przedwstępnej (art. 389 § 1 KC), co dla zamawiającego oznacza konieczność zawarcia umowy. Pomiedzy oceną, skutkującą zawiadomieniem z dnia 01.10.2013 r. a kolejnym oświadczeniem zamawiającego z dnia 29.10.2013 r. nie nastąpiło żadne zdarzenie czy okoliczności skutkujące zmianą stanowiska przez zamawiającego. Do dnia 1.10.2013 r. zamawiający dokonał według odwołującego pełnej oceny złożonej oferty, zwracał się o wyjaśnienie kwestii zarachowania na wadium środków pozostawionych w jego posiadaniu. W ocenie odwołującego się należy poprzez art. 14 uzp odwołać się do przepisów kodeksu cywilnego. Zawiadomienie z dnia 01.10.2013 r. stanowi oświadczenie woli zamawiającego, które zostało doręczone odwołującemu się i stanowi informację o tym, że jego oferta została przyjęta (art. 60 kc i 61 § 1 kc). Kolejne oświadczenie z dnia 29.10.2013 r. doręczone, po złożeniu oświadczenia z dnia 01.10.2013 r. nie może wywierać żadnych skutków prawnych zgodnie bowiem z art. 61 § 1 kc oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Z brzemienia art. 14 uzp wynika, że w wypadku nieuregulowania danej kwestii w przepisach ustawy, należy zastosować kodeks cywilny wprost, a więc bez uwzględniania odmienności, na jakie natrafia się na gruncie ustawa. Ustawodawca nie użył tu wyrazu "odpowiednio" co oznaczałoby stosowanie danych przepisów wprost, częściowo lub w ogóle ich niestosowanie w zależności od odrębności danej dziedziny prawa w stosunku do przepisów ogólnych, które stosuje się odpowiednio. Wskazać też należy na legalną definicję postępowania o udzielenie zamówienia określoną w art. 2 pkt 7 a ustawy, która wskazuje, że należy przez nie rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy (wyrok KIO z dnia 09.11.2011 r. sygn. KIO 2314/11). Dlatego też na zamawiającym ciąży obowiązek wynikający z art. 92 ust. 1 pkt 1 wskazujący na to, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano. Równocześnie też w świetle pkt 2 i 3 powołanego ustępu wskazuje się na wykonawców, których oferty odrzucone lub wykonawców którzy zostali wykluczeni. Zachowanie

zamawiającego z dnia 01.10.2013 r. spełniało te wymogi . Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący stwierdził, że momentem zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest chwila dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Mając na uwadze, że unieważnienie czynności wyboru i ponowna ocena ofert zostało dokonane z naruszeniem przepisów ustawy, brak było podstaw ze strony zamawiającego do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy i unieważnienia postępowania, a także art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania oraz zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez odrzucenie oferty nr 7.

Nie zależnie od powyższych kwestii, które mają pierwszoplanowe znaczenie dla oceny czynności zamawiającego, sprawa oceny wniesienia wadium była już zaakceptowana pozytywnie dla odwołującego się przed przesłaniem zawiadomienia z dnia 01.10.2013 r. .Odwołujący wadium przekazał zamawiającemu poprzez dyspozycję przekazania środków pieniężnych z dnia 20.09.2013r. Wbrew obecnie prezentowanemu stanowisku nie ma znaczenie jaki podmiot i w jaki sposób dokona przekazania zamawiającemu wadium. Istotne jest , aby zamawiającemu zostały przekazane środki pieniężne i aby mógł dysponować tymi środkami w okresie trwania postępowania przetargowego . Wskazać należy na dyspozycję art. 45 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych, który mówi o wnoszeniu wadium, określenie to powtarza się także w w ustępie 2, 3 i 6 tego artykułu . Pojęcie to zdaniem odwołującego jest szersze od ujęcia wpłaty na rachunek bankowy. Określa ona bowiem szeroko formę przekazania zamawiającemu środków pieniężnych. Wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2010-03-11, KIO/UZP 141/10 , w którym stwierdza się , że "Istotne jest to, iż wadium zostało wniesione w formie, która została dopuszczona na mocy przepisu art. 45 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sposób przekazywania pieniędzy na poczet wadium, określony w art. 45 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może dyskwalifikować prawidłowości zabezpieczenia oferty." Takie stwierdzenia prowadzą odwołującego do wniosku, że istotne jest oparcie interpretacji powołanego przepisu przez wszystkim na wykładni celowościowej wskazującej na cel jaki ustawodawca przypisuje instytucji wadium w przetargach. Odwołać się też należy do art. 358¹ § 1 kc , jeżeli przedmiotem zobowiązania jest suma pieniężna, spełnienie świadczenia następuje przez zapłatę, co w praktyce oznacza przekazanie określonej ilości pieniędzy z majątku dłużnika do majątku wierzyciela. Co w niniejszej sprawie miało miejsce bowiem środki pieniężne należne wykonawcy od zamawiającego z innego tytułu prawnego (umowy) zostały przekazane mu na poczet wadium . Reasumując istotne jest bowiem to, iż wadium zostało wniesione w formie, która została dopuszczona na mocy przepisu art. 45 ust. 6 pkt 1 ustawy o zamówieniach publicznych, bowiem w dyspozycji zamawiającego pozostały środki pieniężne oferenta. Sposób przekazywania pieniędzy na poczet wadium nie może w żaden sposób dyskwalifikować oferty. Należy bowiem podkreślić, iż nie ma on wpływu na

skuteczność zabezpieczenia roszczeń zamawiającego. Cel ustanowienia wadium w żaden sposób, według odwołującego, nie zostanie naruszony.

W dniu 14 listopada 2013r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie żądając jego oddalenia w całości i o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że postępowanie zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy zostało unieważnione, ponieważ oferta odwołującego, który stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy został wykluczony, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy została odrzucona. Konstrukcja wskazanych przepisów nakłada na zamawiającego obowiązek określonego działania, nie dając mu innej możliwości. W związku z tym, gdyby zamawiający nie dokonał zaskarżonych przez odwołującego czynności, naruszyłby prawo. Podniósł, że wymagał wniesienia wadium w formach określonych w art. 45 ust.6 ustawy. Katalog form w jakich wadium może być wnoszone jest zamknięty, oznacza to że przepisy nie przewidują możliwości wniesienia wadium w formie złożenia oświadczenia o potrąceniu wierzytelności. Nie można również wbrew twierdzeniom odwołującego uznać, że doszło do wniesienia przez niego wadium w formie pieniężnej.

Kwestia potrącenia uregulowana jest w art. 498 par. 1 k.c, zgodnie z którym gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Oznacza to, że aby mogło dojść do potrącenia muszą zostać spełnione następujące przesłanki: dwie osoby muszą być względem siebie dłużnikami i wierzycielami, przedmiotem obu wierzytelności muszą być pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone co do gatunku, obie wierzytelności muszą być wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub innym organem państwowym. Przesłanki te nie zaistniały w przedmiotowym przypadku, ponieważ celem wadium jest zabezpieczenie oferty, dlatego jeżeli nie zajdą wyjątki przewidziane w art. 46 par. 4a i 5 ustawy do zatrzymania wadium, takie jak uchylenie się przez wykonawcę od zawarcia umowy, wadium podlega zwrotowi. Natomiast istotą potrącenia jest zgodnie z art. 498 par. 2 k.c. wzajemne umorzenie się wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej. Dlatego, według zamawiającego, nie można przyjąć, że mogłoby w przedmiotowej sytuacji dojść do potrącenia. Nasuwa się bowiem pytanie jak w przypadku, gdyby oferta odwołującego nie została wybrana miałby zachować się zamawiający? Gdyby zamawiający zatrzymał wadium naruszyłby art. 46 ustawy, nakazujący jego zwrot. Zwracając je naruszyłby natomiast art. 498 k.c. i istotę potrącenia. Tym samym nie można również stwierdzić, że zamawiający jest wierzycielem odwołującego, wadium nie

jest bowiem wierzytelnością, która może być dochodzona przed sądem, nie ma także cechy wymagalności.

W przypadku niewniesienia wadium zamawiający wyklucza wykonawcę. Taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie, odwołujący wniósł wadium w niedozwolonej formie, co jest równoznaczne z jego niewniesieniem. Dlatego zamawiający zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy wykluczył odwołującego z udziału w przetargu, a tym samym zmuszony był stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy odrzucić jego ofertę. W związku z tym, że oferta odwołującego była jedyną, postępowanie musiało zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 zostać unieważnione.

Podkreślił, że jego działanie znalazło swoje podstawy w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO) z dnia 17 października 2013 r., w sprawie KIO 2362/13, dotyczącym tego samego postępowania o udzielenie zamówienia - pakietu nr 2, w którym nakazano zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Komunikacji Autobusowej Sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a także wykluczenie oferty Konsorcjum. Sposób w jaki wniesiono wadium w rozpoznanym przypadku był analogiczny do sposobu wniesienia wadium w przedmiotowej sprawie. Skoro Krajowa Izba Odwoławcza w odniesieniu do pakietu nr 2 uznała, że wadium zostało wniesione w niedozwolony sposób można domniemywać, że wybór oferty zabezpieczonej wadium w formie potrącenia w stosunku do pakietu nr 1 również byłby wadliwy i dokonany z naruszeniem przepisów.

Mimo, że zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, uważa, że nie był zobowiązany do zawarcia umowy. Przepisy ustawy nie określają terminu w jakim powinna zostać zawarta umowa. Termin zawarcia umowy określony został w art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U.2011.5.13 z p. zm.) i wynosi 30 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty. Zamawiający zatem przed upływem wskazanego terminu unieważnił postępowanie. Możliwość taka ugruntowana jest w orzecznictwie KIO, które uznaje że jeśli zamawiający zauważył swój błąd miał prawo, a nawet obowiązek go naprawić np. wyrok z dnia 28 września 2012 r. sygn. akt KIO/UZP 1974/12, wyrok z dnia 22 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 1689/11, wyrok z dnia 10 października 2012 r. sygn. akt KIO 2037/12, KIO 2047/12, wyrok z dnia 23 września 2010 r. sygn. akt KIO 1939/10, wyrok z dnia 21 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1231/11. Zamawiający podniósł, że zawierając umowę z odwołującym mógłby narazić się na możliwość unieważnienia umowy w trybie art. 146 ust. 6 ustawy, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Na

podstawie art. 161 ustawy Prezes Urzędu może również przeprowadzić kontrolę udzielania zamówień. Celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy. Co więcej Zamawiający naraziłby się na kary przewidziane w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej undfp). Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego (art. 17.1c undfp). Zamawiający wskazał także na wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2685/10 i 2686/10. Dlatego w świetle przywołanych przepisów, jedynym możliwym rozwiązaniem, zdaniem zamawiającego było wykluczenie odwołującego, odrzucenie jego oferty i unieważnienie postępowania.

Sygn. akt KIO 2593/13

W dniu 7 listopada 2013r. Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu sp. z o.o. wniosło odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 listopada 2013r. udzielonego przez prezesa zarządu jednoosobowego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 8 listopada 2013r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 2 pkt 7a ustawy poprzez: unieważnienie czynności wyboru jego oferty, przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty odwołującego, wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i wybór oferty Wykonawcy Arriva Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, które to czynności miały miejsce po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia;
2. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Arriva Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w sytuacji w której ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia była oferta odwołującego;
3. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało zakończone czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty i brak było podstawy prawnej do ponownego badania i oceny ofert;
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało zakończone czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty i brak było podstawy prawnej do ponownego badania i oceny ofert;

5. naruszenie art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty odwołującego, przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty odwołującego, wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i wybór oferty wykonawcy Arriva Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, które to czynności miały miejsce po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia pomimo braku podstawy prawnej do dokonania tych czynności;

Wniósł o:

1. unieważnienie czynności ponownego badania i oceny ofert;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Arriva Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu;
5. nakazanie zamawiającemu zawarcia z odwołującym umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu podniósł, że w ramach Pakietu nr 3 zamawiający dokonał wyboru jego oferty.

W dniu 17 października 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza („KIO”) w sprawie o sygn. akt: KIO 2363/13 wydała wyrok, w którym nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty w ramach Pakietu nr 2 złożonej wspólnie przez PKS w Elblągu oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (łącznie zwane „Konsorcjum”). W uzasadnieniu do niniejszego wyroku KIO wskazała na nieskuteczne wniesienie wadium przez Konsorcjum i w konsekwencji konieczność odrzucenia wniesionej przez wykonawcę oferty. Zaistniała sytuacja była wynikiem złożenia przez Konsorcjum jako wadium oświadczenia o potrąceniu wierzytelności przysługującej PKS w Elblągu w stosunku do zamawiającego. W związku z wydaniem w/w orzeczenia (które jak wskazano powyżej dotyczyło Pakietu nr 2), Zamawiający w dniu 29 października 2013 r. dokonał następujących czynności:

1. unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego dla Pakietu nr 3 oraz dokonał ponownego badania i oceny ofert - przy czym zamawiający nie podał podstawy prawnej tej czynności;
2. wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Arriva sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu - na podstawie art. 92 ust. 1 PZP;
3. odrzucił ofertę odwołującego - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 PZP;
4. wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia - na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 PZP.

II. Stanowisko Odwołującego

Według odwołującego zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia czynności wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Czynność ta została dokonana bez podstawy prawnej oraz po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiającego nie upoważniało do dokonania tej czynności orzeczenie KIO wydane na skutek odwołania złożonego przez innego wykonawcę w ramach Pakietu nr 2. W celu uniknięcia niejasności odwołujący już w tym miejscu przyznaje, że również w ramach ubiegania się o udzielenie zamówienia w ramach Pakietu nr 3 nie dochował właściwej formy wniesienia wadium. Rzecz jednak w tym, że zdaniem odwołującego pomimo tego faktu, po dokonaniu czynności wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej zamawiający nie wskazał podstawy prawnej do unieważnienia tej czynności, gdyż jedynymi legalnymi środkami służącymi wzruszeniu tej czynności są środki wymienione w PZP, tj. odwołanie innego wykonawcy, unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 PZP, unieważnienie umowy na podstawie art. 146 PZP lub wybór oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert na podstawie art. 94 ust. 3 PZP. Jest zaś rzeczą bezdyskusyjną że żadna z tych sytuacji w niniejszej sprawie nie wystąpiła.

Odwołującemu znane są rzecz jasna orzeczenia, w których KIO przyznaje zamawiającemu prawo do samoistnego podjęcia decyzji o unieważnieniu lub powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia (np. wyrok z dnia 31 maja 2012 r., sygn. KIO 1404/10) niemniej jednak kwestia dopuszczalności samodzielnego wzruszania przez Zamawiającego dokonywanych przez niego czynności wydaje się być nad wyraz dyskusyjną, zaś pogłębiona analiza problemu poprzez analizę warstwy językowej PZP, dokonanie wykładni systemowej wewnętrznej przepisów PZP, wykładni systemowej zewnętrznej oraz wykładni celowościowej przepisów PZP prowadzi raczej do wniosku, że takie samodzielne wzruszanie przez zamawiającego własnych czynności jest niedopuszczalne.

Wykazanie niedopuszczalności unieważnienia czynności wyboru najlepszej oferty (co odwołujący starał się uczynić w dalszej części uzasadnienia) sprawi, że w pełni uzasadnione, a nawet bezdyskusyjne, okażą się kolejne zarzuty stawiane w niniejszym odwołaniu, tj. zarzuty naruszenia prawa poprzez powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert, związane z tą czynnością odrzucenie oferty odwołującego, wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz wybór oferty wykonawcy Arriva Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu.

Odwołujący podniósł, że żaden przepis ustawy nie przyznaje zamawiającemu prawa do samoistnego wzruszania własnych czynności w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego, że dokonane uprzednio czynności są obarczone bliżej nieokreśloną wadą. Ustawa nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia nawet całego postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego, niemniej jednak wówczas ustawa wyraźnie określa przesłankę, która powinna się z iścić, aby zaistniała konieczność unieważnienia postępowania (np. art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP). W warstwie językowej ustawy brak jest więc podstawy aby przyjąć, że w przypadku stwierdzenia, wadliwości określonej czynności zamawiającego, zamawiający może samoistnie tę czynność powtórzyć bez konieczności powoływania się na któryś z konkretnych przepisów ustawy, jak np. art. 93 ust. 1 pkt. 7. Brak podstawy prawnej do dokonania takiej czynności jest zresztą wprost widoczny w piśmie zamawiającego z dnia 29 października br. W piśmie tym zamawiający dokonał 4 czynności i prawie do każdej z nich zamawiający podał podstawę prawną. Nie podano podstawy prawnej tylko do jednej spośród tych 4 czynności (za to najważniejszej), tj. do unieważnienia czynności wyboru oferty odwołującego.

Ustawa PZP określa „zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie (art. 1)”. Przepis jest jasny. Ustawa jest wyłącznym źródłem prawa, które reguluje procedury związane z udzieleniem zamówienia publicznego oraz określa w sensie ustrojowym organy właściwe do realizowania tych procedur. Ustawa określa rzecz jasna zasady kontroli udzielania zamówień publicznych (co wynika wprost z cytowanego przepisu). Jeśli chodzi o wprowadzone ustawą środki kontroli zamówień publicznych w szerokim tego słowa znaczeniu to w kontekście niniejszej sprawy należy zwrócić uwagę, że ustawa określa procedurę wzruszenia czynności wyboru przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej. Jest to oczywiście odwołanie do KIO. Ustawa szczegółowo określa przy tym wymagania formalne odwołania, termin i sposób jego wniesienia itd. Dalej ustawa przewiduje sankcję nieważności umowy o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku wystąpienia jednej z przesłanek określonych w art. 146 ust. 1 PZP oraz kompetencję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 PZP w zw. z art. 168 pkt. 3 PZP). Należy również wskazać, że ustawa przewiduje również dla samego zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania przetargowego w przypadku ziszczenia się jednej z przesłanek określonych w art. 93. W związku z tym należy wskazać, że zawarte w art. 1 ustawy PZP stwierdzenie, że ten akt prawny określa mechanizmy kontroli prawidłowości udzielania zamówień publicznych nie jest gołosłowne, gdyż ustawie faktycznie określono procedury te same kontroli oraz przesłanki wzruszania czynności zamawiającego (w tym nawet czynności zawarcia umowy). Dlatego w tym miejscu odwołujący stawia pytanie. Dlaczego i na jakiej podstawie prawnej uzasadnia się możliwość samoistnego wzruszania własnych czynności przez zamawiającego w przypadkach nieokreślonych wprost w ustawie PZP, skoro ustawa

wyraźnie reguluje przesłanki i tryby wzruszania tych czynności? W ocenie odwołującego brak takiej podstawy prawnej i brak logicznego uzasadnienia takich czynności. Skoro bowiem ustawa określa tryby i przesłanki wzruszania czynności zamawiającego to nie występuje tu jakakolwiek luka w prawie, która uzasadniałaby dopuszczalność podejmowania czynności niewyartykułowanych wprost w treści ustawy. Założenie, że oprócz przesłanek i trybów wzruszania czynności zamawiającego opisanych wprost w treści ustawy jest jeszcze ogólne, niewynikający z warstwy językowej ustawy obowiązek nałożony na zamawiającego wzruszania własnych czynności jest więc sprzeczne z regułą racjonalności ustawodawcy. Takie rozumowanie zakłada bowiem, że oprócz wymienionych w sposób enumeratywny w ustawie przesłanek uzasadniających wzruszenie czynności zamawiającego ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek uchylania własnych czynności również w przypadkach innego naruszenia prawa niż ustawodawca określił to w ustawie.

Taka interpretacja prowadziłyby również do rezultatów sprzecznych z treścią art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Przepis ten stanowi, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Inaczej mówiąc organy władzy publicznej są uprawnione do działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, gdy istnieje norma prawa wyraźnie dopuszczająca takie działanie. Przeciwnieństwem tej zasady jest adresowany do obywateli art. 31 ust. 1 zdanie 2 Konstytucji - „Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego mu prawo nie nakazuje” - z którego wynika zasada, że obywatelowi (w przeciwieństwie do organu władzy publicznej) wolno wszystko to czego wprost nie zabrania prawo. Rzecz jasna zamawiający w rozumieniu przepisów ustawy PZP nie jest organem władzy publicznej w ścisłym tego słowa znaczeniu. W ocenie odwołującego zamawiającemu (zdefiniowanemu w ustawie) znacznie bliżej jednak do organu władzy publicznej w rozumieniu art. 7 Konstytucji niż do obywatela. Zamawiający jest bowiem najczęściej jednostką sektora finansów publicznych lub przynajmniej podmiotem, który wykorzystuje środki publiczne. Zamawiający prowadząc postępowanie przetargowe działa więc w interesie publicznym w sferze imperium władzy publicznej. Właśnie dlatego, tj. z uwagi na publicznoprawny charakter udzielania zamówień publicznych (a więc również publicznoprawny charakter działalności zamawiających) stworzono ustawę, która reguluje kwestie proceduralne i ustrojowe sektora zamówień publicznych. W związku z tym zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może i powinien robić tylko to, na co ustawa wyraźnie zamawiającemu zezwala.

Pozostając przy kwestii publicznoprawnego statusu zamawiającego oraz publicznoprawnego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można już z łatwością przejść do argumentacji sprowadzającej się do porównania omawianego problemu z innymi gałęziami prawa. Z opisanych powyżej powodów wydaje się, że gałęzią prawa najbardziej zbliżoną do prawa zamówień publicznych jest prawo administracyjne, w tym w szczególności

ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (dalej KPA).
Podobieństwa są oczywiste, gdyż:

1. zarówno w ustawie jak i w KPA jest podmiot/organ zobowiązany do przeprowadzenia postępowania w ramach zakreślonych właściwą ustawą
2. w jednym i w drugim postępowaniu wydawane są w sposób władczy rozstrzygnięcia wpływające na prawa uczestników postępowania (np. odrzucenie oferty, wybór oferty) przy czym rozstrzygnięcia te wydawane są w oparciu o wyraźne upoważnienia wypływające z tych ustaw;
3. każde z tych postępowań reguluje zwyczajne tryby i przesłanki wzruszenia rozstrzygnięć (odwołanie do KIO/odwołanie do organu II instancji) jak również nadzwyczajne tryby i przesłanki wzruszenia rozstrzygnięć (wystąpienie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z powództwem o unieważnienie umowy/stwierdzenie nieważności decyzji administracyjnej, wznowienie postępowania administracyjnego);
4. dla każdego z postępowań przewidziano wreszcie możliwość skierowania sprawy do Sądu (skarga do sądu okręgowego/skarga do wojewódzkiego sądu administracyjnego).

W związku z powyższym należy zwrócić uwagę, że twierdzenie (na gruncie postępowania administracyjnego), że oprócz przewidzianych wyraźnie w KPA trybów i przesłanek wzruszenia decyzji administracyjnych istnieje jeszcze nieokreślony wprost w KPA obowiązek samoistnego uchylania przez organ własnych decyzji w przypadku wystąpienia innych przesłanek niż określone wyraźnie w KPA, zawsze będzie uznane za całkowicie nieuprawnione i sprzeczne z elementarnymi zasadami postępowania administracyjnego. Odwołujący przedstawił sytuację, w której organ administracji wszczyna postępowanie o stwierdzenie nieważności własnej decyzji administracyjnej wskazując, że wprawdzie nie wystąpiła żadna z przesłanek wymienionych w art. 156 KPA, jednak w toku postępowania wystąpiło inne np. „nierażące” naruszenie prawa więc organ administracji publicznej (jako że działa na podstawie przepisów prawa - art. 6 KPA) zobowiązany jest tę decyzję uchylić. Jest to argumentacja wręcz absurdalna i jeżeli ktokolwiek odważyłby się wydać taką decyzję, to z pewnością zostałaby ona uchylona. Jak natomiast wykazano powyżej zarówno status zamawiającego/organu administracji jak i charakter obydwu postępowań są do siebie bardzo zbliżone. Podobnie zresztą rzecz wygląda w procedurach sądowych, np. w postępowaniu cywilnym czy karnym. Żaden sąd nie uchylił z urzędu własnego wyroku tylko dlatego, że w innej sprawie dowiedział się, że postępowanie poprzedzające wydanie tamtego wyroku było obarczone błędem. Odwołujący przyznaje, że KPC jak i KPK przewidują procedury i przesłanki wzruszenia orzeczeń sądów ale niemożliwe jest uchylenie orzeczenia sądowego na podstawie innych przesłanek niż określono to wyraźnie we właściwych przepisach.

Odwołujący zbadał także legalność czynności zamawiającego w kontekście celów ustawy i podniósł, że celem postępowania przetargowego prowadzonego w trybie ustawy jest udzielenie zamówienia publicznego podmiotowi:

1. który złożył ofertę najkorzystniejszą pod względem ekonomicznym i odpowiadającą zarazem treści SIWZ; oraz
2. którego sytuacja prawna, sytuacja ekonomiczna oraz wiedza i doświadczenie dają rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego.

Oferta odwołującego, według niego, spełnia kryterium opisane w pkt. 1 powyżej. Świadczy o tym fakt, że pierwotnie to właśnie oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. Jeśli chodzi o kryteria opisane w pkt. 2, to odwołujący uważa, że należy udokumentować swoją sytuację prawną, wiedzę i doświadczenie. Jednym ze środków udokumentowania sytuacji ekonomicznej jest natomiast obowiązek wpłaty wadium, które istotnie zostało wniesione w niewłaściwej formie. W tym miejscu warto jeszcze wskazać, iż wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spełnia także funkcję zapewniającą udział w przetargu wyłącznie podmiotów rzeczywiście zainteresowanych zawarciem umowy oraz zabezpieczającą zawarcie umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Mając na uwadze tak zdefiniowane cele postępowania przetargowego w całości oraz funkcje wadium zamawiający powinien był ustalić, jaki faktyczny wpływ na wynik postępowania przetargowego miało nieprawidłowe wniesienie wadium. W ocenie odwołującego to uchybienie nie miało żadnego wpływu na wynik tego postępowania. Otóż w chwili pierwszej czynności badania i oceny ofert zamawiający wiedział, że sytuacja ekonomiczna odwołującego była wystarczająco dobra do wykonania zamówienia. Zamawiający był bowiem zobowiązany do zapłaty na rzecz odwołującego kwoty 927.904,17 zł. Kwota ta niemalże 4 krotnie przekraczała wysokość wymaganego wadium. Zamawiający nie kwestionował ani istnienia tej wierzytelności ani możliwości wniesienia wadium poprzez oświadczenie o potrąceniu (Zamawiający bronił nawet możliwości wniesienia przez odwołującego wadium poprzez potrącenie w toku postępowania przed KIO zainicjowanego odwołaniem od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Pakiecie nr 2). Zamawiającemu przedstawiono również (jako załącznik do oferty) bilans, rachunek zysków i strat oraz opinię i raport biegłego rewidenta z badania sprawozdania finansowego za rok 2012 wykazujące, że ubiegły rok został zamknięty zyskiem.

Na okoliczność znajdowania się w sytuacji ekonomicznej pozwalającej na realizację zamówienia odwołujący przedstawił :

pismo ZKM w Elblągu Sp. z o.o. z dnia 30 września 2013 r. (pakiet nr 2);

oświadczenie o potrąceniu z dnia 1 października 2013 r. (pakiet nr 2);

pismo Działu Finansowo-Księgowego ZMK Sp. z o.o.;

pismo ZKM w Elblągu Sp. z o.o. z dnia 30 września 2013 r. (pakiet nr 3);

oświadczenie o potraceniu z dnia 1 października 2013 r. (pakiet nr 3);

oświadczenie z dnia 16 października 2013 r.;

faktura VAT nr 272/20/13 z dnia 31 lipca 2013 r.;

faktura VAT nr 284/20/13 z dnia 12 sierpnia 2013 r.;

faktura VAT nr 300/20/13 z dnia 21 sierpnia 2013 r.;

faktura VAT nr 310/20/13 z dnia 31 sierpnia 2013 r.;

pismo PKS w Elblągu z dnia 14 sierpnia 2013 r.;

specyfikacja do potwierdzenia sald na dzień 31 sierpnia 2013 r.;

Odwołujący nie uchylił się również od zawarcia umowy z zamawiającym. Mało tego, odwołujący dwukrotnie wzywał zamawiającego do zawarcia umowy, a obecnie domaga się zawarcia umowy poprzez wniesienie odwołania.

Jako dowody odwołujący załączył wezwanie do zawarcia umowy z dnia 22 października 2013 r.; ponowne wezwanie do zawarcia umowy z dnia 25 października 2013 r.;

Wskazał, że pozostali oferenci uczestniczący w przetargu mieli możliwość złożenia odwołania od czynności wyboru oferty wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej (tak jak miało to miejsce w ramach Pakietu nr 2). Żaden z konkurentów nie skorzystał z tego prawa. W związku z tym uchybienie odwołującego, którego niewątpliwie się dopuścił uległo swego rodzaju konwalidacji na skutek wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz braku wniesienia odwołania od tej czynności przez konkurentów. Z punktu widzenia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nic się jednak nie stało, gdyż jak wskazano powyżej zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą złożoną przez podmiot niewątpliwie zdolny do wykonania umowy. Nie doszło również do naruszenia zasady określonej w art. 7 ustawy z uwagi na to, że zamawiający:

1. nie czynił pozostałym oferentom żadnych przeszkód w zapoznaniu się z ofertą odwołującego, oraz
2. w sposób prawidłowy zawiadomił wszystkich uczestników przetargu o wyborze oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wybrał więc z jednej strony ofertę najlepszą a z drugiej strony umożliwił wszystkim uczestnikom postępowania realizowanie ich uprawnień, w tym uprawnień do złożenia odwołania od czynności wyboru oferty. Respektując uprawnienia pozostałych uczestników przetargu zamawiający przeprowadził zatem przetarg zgodnie z zasadą wynikającą z treści art. 7 PZP. Natomiast rzeczą pozostałych uczestników postępowania przetargowego było skorzystanie z uprawnienia do wniesienia odwołania, czego ci nie uczynili.

Omawiając kwestię braku skuteczności wniesienia wadium odwołujący podniósł, że to sam zamawiający wywołał sytuację, w której odwołujący był zmuszony do skorzystania z instytucji

potrącenia. Zamawiający był bowiem w opóźnieniu w zapłacie należności odwołującego. Gdyby to opóźnienie nie miało miejsca, wówczas odwołujący mógłby bez przeszkód wpłacić wadium na rachunek bankowy zamawiającego.

Czynności dokonane przez zamawiającego obecnie, od których wnoszone jest niniejsze odwołanie, są więc wypaczeniem celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w zasadzie prowadzą do rezultatu sprzecznego z jego celami. Prowadzą bowiem do wyboru oferty, która wcale nie była najkorzystniejsza. Wydaje się, że celem „naprawiania czynności obarczonych wadą” (co obecnie wykonuje zamawiający) nie powinno być samo w sobie doprowadzenie do pełnej zgodności postępowania z wymaganiami formalnymi, lecz powinno być raczej doprowadzenie do wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynności zamawiającego zmierzają zaś w kierunku dokładnie odwrotnym.

Cel procedur udzielania zamówień publicznych zostaje osiągnięty już z chwilą dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 92 ustawy). W tym stanie rzeczy istotne z punktu zastosowania procedur udzielania zamówień publicznych nie jest zawarcie samej umowy (udzielenie zamówienia publicznego), lecz wybór wykonawcy, któremu może być udzielone zamówienie (wybór najkorzystniejszej oferty). Powyższe stanowisko w pełni potwierdza brzmienie art. 7 ust. 3 ustawy, który stanowi, iż zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Za moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać chwilę dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, albowiem to z chwilą wyboru najkorzystniejszej oferty realizuje się cel postępowania. W ocenie odwołującego, z chwilą dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty następuje zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zamawiający jest związany dokonany wyborem i nie ma on już prawa badania ofert. Jedynie orzeczenie KIO wydane po rozpoznaniu odwołania na podstawie art. 180 ustawy może skutkować unieważnieniem wyboru oferty, ewentualnie zamawiający lub prezes Urzędu Zamówień Publicznych może na podstawie art. 146 PZP żądać unieważnienia zawartej już umowy, jednak w takiej sytuacji należy przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia.

Przepisy ustawy nie regulują sytuacji, gdy wady postępowania ujawnią się po wyborze najkorzystniejszej oferty (po zakończeniu postępowania), a przed zawarciem umowy (udzielenie zamówienia publicznego). Brak w tym zakresie stosownych regulacji proceduralnych. Dlatego postępowanie zamawiającego doprowadziło również do naruszenia art. 7 Konstytucji.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta została wybrana ofertą najkorzystniejszą co oznacza, iż odwołujący uzyskałby zamówienie, gdyby zamawiający nie dokonał niezgodnej z przepisami ustawy czynności unieważnienia wyboru

oferty odwołującego. W konsekwencji w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy może on ponieść szkodę nie uzyskując zamówienia.

W dniu 8 listopada 2013r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 listopada 2013r. (11 listopada 2013r. – dzień ustawowo wolny od pracy) do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca Arriva spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, ul. Dąbrowskiego 8/24 wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest wykonawcą, którego oferta w przedmiotowym postępowaniu została wybrana, a w przypadku uwzględnienia odwołania zostałby pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia i poniósłby szkodę majątkową. Przystępujący podniósł, że odwołujący przyznał, że nie dokonał wniesienia wadium w sposób określony przepisami ustawy. Pogląd odwołującego, że zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia czynności wyboru oferty odwołującego jest niezasadny. Nie znajduje odzwierciedlenia w orzecznictwie np. wyrok KIO z dnia 28 listopada 2011r. sygn. akt KIO 2446/11. Podniósł, że za uprawnieniem zamawiającego do sanowania własnych czynności przemawia art. 14 ustawy odsyłający do kodeksu cywilnego, a w tym do instytucji uchylenia się od błędów złożonego oświadczenia woli, jak również art. 186 ust. 2 ustawy pozwalający zamawiającemu na uwzględnienie zarzutów odwołania. Podniósł także, że nietrafiony jest wywód odwołującego o analogii postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z postępowaniem administracyjnym, gdyż przeczy temu bezpośrednio treść art. 14 ustawy, które zawiera odesłanie do kodeksu cywilnego, a nie zawiera analogicznego odesłania do przepisów kodeksu cywilnego. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 14 listopada 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazał, że nie doszło do naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów prawa tj. art. 2 pkt.7a, art. 91 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, jak również art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997r.

W ramach pakietu nr 3 zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty odwołującego, wykluczył go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, następnie działając w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy odrzucił jego ofertę i wybrał jako najkorzystniejszą dla pakietu nr 3 ofertę nr 2. złożoną przez Arriva Spółka z o.o., z siedzibą w Toruniu.

Wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2013r. w sprawie sygn. KIO 2362/13 dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług transportu zbiorowego w zakresie komunikacji miejskiej na terenie Gminy Miasto Elbląg i gmin sąsiadujących - Pakiet nr 2. W orzeczeniu tym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż wykonawcy, których ofertę wybrano jako najkorzystniejszą nie wnieśli wadium w przewidzianej prawem formie i w związku z tym nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru wykonawców razem ubiegających się o udzielenie zamówienia: tj. Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej sp. z o. o. w Elblągu i Przedsiębiorstwa Komunikacji Autobusowej sp. z o. o. w Elblągu, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wykluczenie oferty ww. podmiotów.

Mając na uwadze powyższe rozstrzygnięcie oraz fakt, iż w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie wyłoniony odwołujący wniósł wadium w takiej samej, uznanej przez KIO za wadliwą formie, Zamawiający postanowił o unieważnieniu czynności wyboru oferty odwołującego oraz o jego wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, choć, wyrok KIO nie ma mocy wiążącej w stosunku do innych postępowań to nie uwzględnienie go i zaniechanie czynności unieważnienia wyboru oferty odwołującego i wykluczenia go z udziału w przetargu stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 2 pkt 7a ustawy poprzez unieważnienie wyboru oferty odwołującego, przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty odwołującego i wykluczenie go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wybór oferty wykonawcy Arriva Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu zamawiający wskazał, iż ani w przepisy regulujące prawo zamówień publicznych ani orzecznictwo nie definiują w żaden sposób momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Kwestia ta jest jednak poruszana w doktrynie, gdzie spotykają się dwa stanowiska. Pierwsze za moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uważa wybór najkorzystniejszej oferty, według drugiego zaś zakończenie następuje dopiero z chwilą zawarcia umowy z wybranym oferentem. W związku z taką rozbieżnością trudno jednoznacznie określić zasadność zarzutu odwołującego. Nawet jednak gdyby zgodzić się z opinią odwołującego, iż doszło już do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to fakt ten nie stoi na przeszkodzie podjęciu przez zamawiającego czynności, o których mowa w pkt 1 zarzutów. Zamawiający może, bowiem w razie stwierdzenia błędu przy wyborze wykonawcy dokonać ponownego badania i oceny ofert także po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Takie stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza np. w wyroku z dnia 22.08.2011r. sygn. akt KIO 1689/11.

Mając na uwadze zarzut w pkt 2 odwołania, zamawiający uważa, że nie naruszył art. 91 ust. 1 ustawy gdyż na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia winien był wybrać ofertę najkorzystniejszą.

Wskazał, iż zgodnie z zawiadomieniem z dnia 29.10.2013r. zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jego ofertę odrzucił. Tym samym oferta odwołującego nie mogła być brana pod uwagę przy wyborze wykonawcy, a zatem nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający zgodnie z treścią art. 91 ust. 1 ustawy spośród pozostałych ofert wybrał na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ofertę Arriva Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu. W związku z tym zarzut odwołującego, zdaniem zamawiającego, należy uznać za bezzasadny. Zamawiający uważa za bezzasadne również zarzuty przedstawione w pkt 3 i 4 odwołania. W jego ocenie nie doszło do naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy jak również art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy a tym samym wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było prawidłowe i zgodne z przepisami ustawy.

Zamawiający przyznał, że rzeczywiście ustawa nie zawiera żadnej wyraźnej podstawy, która uprawniałaby zamawiającego do zmiany swoich rozstrzygnięć, to jednak jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza we wspomnianym wyroku z dnia 22.08.2011r. sygn. akt KIO 1689/11 konieczność dokonania takiej zmiany można wywieść z innych przepisów. Przyjęcie poglądu Odwołującego, iż raz podjęta czynność, mimo, swojej wadliwości nie może zostać zmieniona skutkowałoby, bowiem podpisaniem umowy z wykonawcą, co, do którego zachodziłaby wątpliwość, czy złożył ofertę najkorzystniejszą. W związku z tym w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego, iż jego wcześniejsze czynności dotknięte były nieprawidłowościami jest on uprawniony a nawet obowiązany do ich powtórzenia. Jak wynika z treści ww. wyroku weryfikacja ta może skutkować wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty, mimo uznania jej wcześniej za najkorzystniejszą. Zamawiający podkreślił, iż do unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej przez zamawiającego nie jest konieczny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej czy też orzeczenie sądu powszechnego. Zamawiający może z własnej inicjatywy w przypadku dostrzeżenia wad lub nieprawidłowości zaistniałych przy pierwotnym wyborze podjąć decyzję o unieważnieniu wyboru.

Taki pogląd został wyrażony w szeregu wyroków Krajowej Izby Odwoławczej np. wyrok z dnia 28 września 2012 r. sygn. akt KIO/UZP 1974/12, wyrok z dnia 22 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 1689/11, wyrok z dnia 10 października 2012 r. sygn. akt KIO 2037/12, KIO 2047/12, wyrok z dnia 23 września 2010 r. sygn. akt KIO 1939/10, wyrok z dnia 21 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1231/11. Z treści tych wyroków wypływa, według zamawiającego, wniosek, iż zamawiający jest obowiązany do podjęcia wszelkich kroków prowadzących do wyeliminowania popełnionych błędów w taki sposób, aby usunąć niedoskonałości

postępowania i zrealizować zasady i cele postępowania, przez które należy rozumieć przede wszystkim zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy.

Nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego w kwestii istniejącej jego zdaniem analogii pomiędzy decyzją administracyjną a czynnością zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zauważył, iż do prawa zamówień publicznych jako odrębnej gałęzi prawa nie będą miały zastosowania przepisy regulujące postępowanie administracyjne. W żadnym przepisie ustawa nie nakazuje stosowania przepisów kodeksu postępowania administracyjnego, natomiast kilkakrotnie odsyła do przepisów kodeksu cywilnego oraz kodeksu postępowania cywilnego. Tytułem przykładu można tu wymienić art. 14 ustawy nakazujący do czynności zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosować odpowiednio przepisy k.c. czy art. 185 ust 7 wskazujący, iż do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy k.p.c. Tym samym zaproponowana przez odwołującego koncepcja nie znajduje potwierdzenia i jako nietrafna nie zasługuje na uwzględnienie. Dokonując czynności unieważnienia wyboru oferty odwołującego, wykluczenia z postępowania i odrzucenia jego oferty w wyniku ponownego badania i oceny ofert, zamawiający uważa, że działał zgodnie z przepisami ustawy.

Zdaniem zamawiającego to właśnie zawarcie przez niego umowy z odwołującym pomimo stwierdzenia, iż czynność wyboru oferty została dokonana niezgodnie z prawem stałoby w sprzeczności z przepisami ustawy i mogłoby skutkować unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy. Zgodnie z treścią tego przepisu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z brzmienia tego przepisu jednoznacznie wynika, że podmiotem czynnie legitymowanym do wystąpienia z powództwem o unieważnienie umowy jest wyłącznie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Przesłankę takiego powództwa stanowi dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie jej dokonania z naruszeniem przepisów ustawy, jeżeli miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Niewątpliwie w razie nie wykluczenia wykonawcy, którego oferta nie będzie zabezpieczona wadium i podpisania umowy z tym wykonawcą, zamawiający dopuścił się naruszenia ustawy w sposób mający wpływ na wynik postępowania. Gdyby, bowiem zamawiający wykluczył tegoż wykonawcę z udziału w postępowaniu, zgodnie z ustawowym obowiązkiem, nie doszłoby do zawarcia z nim umowy. Aktualne będzie, więc wystąpienie przez Prezesa Urzędu do sądu z powództwem o unieważnienie umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy. W konsekwencji orzeczenia unieważniającego zawartą umowę, zostaje ona uznana za wadliwą i jako taka nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych od momentu jej zawarcia. Oznacza to, że świadczenia obu stron dokonane w ramach umowy pozbawione są podstawy prawnej, a tym samym strony

zobowiązane będą do zwrotu tego, co sobie dotychczas świadczyły na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, gdyż świadczenia te będą nienależnymi.

Trzeba także wskazać na inne możliwe konsekwencje, jakie wiązałyby się z zawarciem umowy przez zamawiającego z odwołującym.

Wskazać należy, iż w trybie powództwa o ustalenie, o którym mowa w art. 189 k.p.c. możliwe byłoby stwierdzenie bezwzględnej nieważności umowy, zwłaszcza na podstawie art. 58 § 1 2 k.c. na żądanie podmiotu, który wykaże w tym swój interes prawny.

Udzielone odwołującemu zamówienie mogłoby zostać również poddane kontroli na podstawie art. 161 ustawy. Zgodnie z tym przepisem Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może przeprowadzić kontrolę udzielania zamówień, w celu sprawdzenia zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy. Jak wynika z treści art. 165 ustawy ww. organ może wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić nie później niż w terminie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Prezes Urzędu może: nałożyć karę pieniężną, o której mowa w dziale VII ustawy, wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części, (art. 168 ustawy). W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy stanowiącego czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych Prezes Urzędu zawiadamia właściwego rzeczownika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (art. 168a ustawy).

Negatywną dla zamawiającego konsekwencję w przypadku zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta podlegała odrzuceniu stanowiłaby również ewentualna odpowiedzialność odszkodowawcza w stosunku do oferenta, który uzyskałby zamówienie gdyby nie nastąpiło niezgodne z przepisami ustawy zachowanie zamawiającego.

Co więcej zamawiający naraziłby się na kary przewidziane w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej undfp). Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego (art. 17.1c undfp).

W związku z powyższym zamawiający stwierdzając nieprawidłowość przy wyborze oferty odwołującego polegającą na wadliwym sposobie wniesienia wadium, podejmując decyzje o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty postąpił słusznie i zgodnie z przepisami prawa obowiązującymi w tym zakresie. Odwołujący zarzuca zamawiającemu, iż poprzez swoje działania dopuścił się naruszenia art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997r. Zdaniem zamawiającego powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie,

gdyż zamawiający nie jest organem władzy publicznej, a zatem nie może być adresatem normy prawnej wynikającej z art. 7 Konstytucji, co potwierdził zresztą sam odwołujący w uzasadnieniu odwołania. Nie mniej jednak zamawiający podejmując swoje czynności działał w oparciu i na podstawie przepisów prawa. Dokonując czynności, o których mowa zamawiający działał zgodnie z normą prawną wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy, według której zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z tym, iż oferta odwołującego została wybrana z naruszeniem przepisów tego aktu prawnego, czego skutkiem było wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty, zamawiający nie mógł zawrzeć z odwołującym umowy. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.06.2011r. sygn. akt KIO 1231/11, w którym stwierdzono, iż: „Postępowanie o udzielenie zamówienia ma prowadzić do wyboru wykonawcy nie podlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu a nie jakiegokolwiek wykonawcy.”

Jak zatem wynika z powyższego czynności zamawiającego były oparte na podstawie prawnej, a co za tym idzie zarzuty odwołującego zamawiający uważa za nietrafne i jako takie winny ulec oddaleniu.

W dniu 15 listopada 2013r. odwołujący złożył pismo przygotowawcze, w którym odniósł się do stanowiska przystępującego i podtrzymał zarzuty i wnioski zawarte w odwołaniu.

W ocenie odwołującego nie wystąpiły żadne podstawy do stosowania w niniejszej sprawie przepisów Kodeksu cywilnego. Z treści art. 14 ustawy wynika bowiem, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. -Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z tego przepisu wywodzi się, że Kodeks cywilny należy stosować wówczas, gdy występuje obszar zagadnień nieuregulowanych ustawie i przepisach wykonawczych do tej ustawy. W wyroku z 23 stycznia 2006 roku, UZP/ZO/0-128/06 (LexisNexis nr 1121458) Zespół Arbitrów trafnie wskazał, że przepisy kodeksu cywilnego mogą być stosowane do czynności zamawiającego i wykonawców tylko wtedy, gdy występuje obszar zagadnień nieuregulowanych ustawie i przepisach wykonawczych do tej ustawy, Przepisy ustawy są *lex specialis* w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego. W związku z tym przepisy ustawy mają pierwszeństwo w stosowaniu, są one przepisami bezwzględnie obowiązującymi, a ich naruszenie prowadzi do stosowania sankcji nieważności. Odwołujący wskazał na bogate orzecznictwo KIO dotyczące stosowania przepisów Kodeksu cywilnego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. np:

- art. 65 § 1 k.c. do tłumaczenia treści protestu, treści ofert i załączonych do nich dokumentów (wyrok KIO UZP z 30 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1458/08, LexPolonica nr 2260079, LexisNexis nr 2260079);
- art. 379 § 2 k.c. w odniesieniu do pojęcia świadczenia podzielnego, jako równoznacznego pojęcia zamówienia częściowego (wyrok KIO UZP z 28 listopada 2008 r., KIO/UZP 1298/08, LexPolonica nr 2280295, LexisNexis nr 2280295),
- art. 111 § 1 i 2 k.c. w zakresie obliczania terminu do wniesienia odwołania (wyrok KIO UZP z 26 maja 2008 r., KIO/UZP 446/08, LexPolonica nr 2258547, LexisNexis nr 2258547; wyrok KIO UZP z 16 września 2010 r., KIO1909/10, LexPolonica nr 2397372, LexisNexis nr 2397372),
- art. 5 i 65 k.c. w odniesieniu do wykładni oświadczeń woli zawartych w ofercie (wyrok KIO UZP z 9 maja 2008 r., KIO/UZP 381/08, LexPolonica nr 2276777, LexisNexis nr 2276777);
- art. 3531 k.c. co do rozumienia cywilistycznej zasady swobody umów na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych, w szczególności pozycji zamawiającego (wyrok KIO UZP z 19 listopada 2010 r., KIO 2428/10, LexPolonica nr 2433167, LexisNexis nr 2433167);
- art. 73 § 1 k.c. co do nieważności czynności prawnej zastrzeżonej dla sporządzenia jej w formie pisemnej (wyrok KIO UZP z 3 września 2010 r., KIO 1725/10, LexPolonica nr 2394402, LexisNexis nr 2394402);
- art. 6 k.c, wprowadzającego zasadę ciężaru dowodu spoczywającego na tym, kto z faktu tego wywodzi skutki prawne (wyrok KIO UZP z 19 grudnia 2007 r., KIO/UZP 1430/07, LexPolonica nr 1809742, LexisNexis nr 1809742);
- art. 356 k,c, co do niedopuszczalności żądania wykonania zobowiązania, jeżeli nie ma to wpływu na spełnienie świadczenia (wyrok KIO UZP z 19 marca 2010 r. KIO/UZP 132/10, LexPolonica nr 2242647. LexisNexis nr 2242647);
- art. 6 k.c, w odniesieniu do obowiązku zamawiającego wykazania i udowodnienia faktów skutkujących odrzuceniem oferty (wyrok ZA UZP z 13 lipca 2006 r., UZP/ZO/0-1989/06, LexisNexis nr 1938599).

W kontekście przywołanych powyżej orzeczeń odwołujący zaznaczył, że po pierwsze KIO dopuszczało możliwość stosowania przepisów Kodeksu cywilnego tylko w zakresie, który w żaden sposób nie jest przedmiotem regulacji ustawy (np. ustawa ogólnie nie wypowiada się na temat obliczania terminów). Po drugie KIO zawsze wskazywała na konkretny przepis Kodeksu cywilnego, który należy stosować.

W związku z powyższym należy podkreślić, że kwestie wzruszania czynności zamawiającego podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały szczegółowo uregulowane w ustawie. Są to przy tym w głównej mierze przepisy proceduralne. Ponadto wszystkie przepisy ustawy odnoszące się do tej problematyki są

przepisami o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Dlatego z treści art. 14 ustawy PZP należy wyciągać wniosek przeciwny do wniosku przystępującego. Skoro bowiem art. 14 ustawy dopuszcza możliwość stosowania przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie nieuregulowanym w ustawie, a ustawa w sposób szczegółowy reguluje kwestie badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego, odrzucenia oferty wykonawcy, wniesienia odwołania od czynności zamawiającego, to rozszerzanie/uzupełnianie tych regulacji przepisami prawa cywilnego stoi w sprzeczności z treścią art. 14 ustawy.

Dlatego odwołujący podtrzymuje swoje stanowisko, że charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zbliżony do postępowania administracyjnego (co z kolei prowadzi do wniosku, że zamawiający może dokonywać tylko takich czynności, do których wyraźnie upoważnia go ustawa.). Odwołujący wskazał, że przepisy ustawy, o czym była mowa powyżej, mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a nadto są to przepisy głównej mierze proceduralne. Jak wskazuje doktryna dystynkcja między prawem publicznym a prawem prywatnym polega na zastosowaniu odmiennej metody regulacji, która w sferze prawa prywatnego polega na kształtowaniu relacji między równorzędnymi podmiotami, dysponującymi autonomią i szerokim zakresem swobody w określaniu treści wiążących je stosunków prawnych. W tym więc sensie autonomia podmiotów doprecyzowuje kryterium metody regulacji jako podstawowe kryterium dystynkcji norm prawa publicznego i prywatnego. Przepisy ustawy w zasadzie nie przewidują autonomii i woli stron. Po stronie wykonawcy autonomia kończy się w zasadzie na decyzji o złożeniu oferty i warunkach tejże oferty, zaś po stronie Zamawiającego jego autonomia ogranicza się do podjęcia decyzji czy wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia, jaką treść nadać specyfikacji istotnych warunków zamówienia (choć i tu swoboda zamawiającego jest ograniczona). Po dokonaniu tych czynności swoboda stron, tj. wykonawcy i zamawiającego już się kończy i dalszy tok postępowania, jest szczegółowo regulowany przepisami ustawy, Przecież zamawiający nie dokonuje np. czynności badania i oceny ofert dlatego że chce to zrobić, lecz dlatego, że ustawa nakłada taki obowiązek. Przekładając powyższe twierdzenie na grunt niniejszej sprawy należy zaznaczyć po raz kolejny - żaden przepis. ustawy nie przyznaje zamawiającemu prawa do samoistnego wzruszania własnych czynności po dokonaniu wyboru oferty. Po wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający jest więc związaną własną czynnością wzruszenie tej czynności może być dokonane tylko w przypadkach wyraźnie przewidzianych w ustawie.

Odwołujący zwraca uwagę, że ani zamawiający w piśmie z dnia 29 października 2013r. ani przystępujący nie wskazali przepisu Kodeksu cywilnego, na podstawie którego zamawiający był uprawniony do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Ten brak

odwołującego nie dziwi, gdy weźmie się pod uwagę, że również Kodeks cywilny takiej czynności nie przewiduje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Pomiędzy stronami bezsporne jest, że zarówno odwołujący Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej jak i Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu oświadczyli, że wnoszą wadium przez złożenie oświadczeń o potrąceniu należnych im wierzytelności z wierzytelnościami zamawiającego. Bezsporne jest, że w dniu 1 października 2013r. zamawiający dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych w pakietach 1 i 3 i były to oferty odwołujących. Niesporny jest także fakt, że nie zawarł z tymi wykonawcami umowy i że obaj odwołujący kierowali do niego wezwania w tym przedmiocie. Nie budziła także sporu okoliczność, że postępowanie o udzielenie zamówienia w zakresie pakietu nr 2 zostało zaskarżone odwołaniem i w wyniku postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 2362/13 został wydany wyrok, w którym Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 2 i powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Bezsporne jest także to, że w dniu 29 października 2013r. zamawiający oświadczył, że unieważnia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w pakietach 1 i 3 i dokonuje ponownego badania i oceny ofert, na skutek którego wyklucza odwołujący w odpowiednich pakietach, odrzuca ich oferty i w przypadku pakietu 1 unieważnia postępowania z braku ofert nie podlegających odrzuceniu, a w pakiecie 3 dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Arriva. Bezsporne jest także to, że odwołującym przysługiwały wierzytelności względem zamawiającego, zaś wierzytelnością zamawiającego, z którą miały być potrącane wierzytelności odwołujących była wierzytelność z tytułu wadium (niezaprzeczone oświadczenie zamawiającego na rozprawie).

Izba zważyła, co następuje :

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że obaj odwołujący mieli interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż oferty obu z nich zostały uznane za najkorzystniejsze odpowiednio w pakiecie nr 1 i 3. Obaj odwołujący podjęli czynności zmierzające do przywrócenia im statusu wykonawców wybranych i zawarcia umowy z zamawiającym na skutek wniesionych odwołań. Mają zatem szansę na uzyskanie przedmiotowych zamówień częściowych. Izba uznała, że odwołujący mogą ponieść szkodę w postaci utraty zysku zakładanego w ramach złożonych ofert z realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Sygn. akt KIO 2591/13

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 3, art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy i art. 14 ustawy w zw. z art. 60 kc i art. 61 § 1 kc poprzez wykonanie czynności niedopuszczalnej przez ustawę, a polegającej na unieważnieniu czynności wyboru i dokonywanie ponownego badania ofert, skutkującej pozbawieniem zamawiającego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Argumentacja odwołującego sprowadza się do tego, że z chwilą przekazania wykonawcom informacji o wyniku postępowania zawierającej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej dochodzi do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i do złożenia wykonawcy, którego oferta została zawarta oświadczenia woli o miejscu i terminie zawarcia umowy. Odwołujący stanął na stanowisku, że z mocy art. 61 § 1 zd. 2 kc w związku z art. 14 ustawy odwołanie takiego oświadczenia woli jest dopuszczalne jedynie, jeżeli doszło do odbiorcy jednocześnie lub wcześniej niż oświadczenie woli. Izba nie podziela tego przekonania. Odwołujący wskazuje bowiem na art. 14 ustawy jako podstawę do stosowania art. 61 kc, cytując treść tego przepisu i powołując, że w zakresie nieuregulowanym ustawą stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. W ocenie Izby błędne jest przekonanie odwołującego, że ustawa nie uregulowała czynności zamawiającego po wyborze oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji błędnie przyjął, że dopuszczalne jest zastosowanie wprost przepisów kodeksu cywilnego. Izba stoi na stanowisku, że ustawa reguluje sposób postępowania po złożeniu wykonawcy wybranemu oświadczenia o wyborze jego oferty przez zamawiającego, świadczą o tym zarówno treść art. 94 jak i art. 93 ustawy. W ocenie Izby zatem ustawodawca w sposób szczególny uregulował sposób postępowania zamawiającego po wyborze oferty najkorzystniejszej, stąd nie mają tu zastosowania przepisy kodeksu cywilnego. W szczególności Izba zauważyła, że na gruncie kodeksu cywilnego instytucja przetargu jest uregulowana i zawarcie umowy w drodze przetargu nie realizuje się z chwilą wybrania oferty przez organizatora, gdyż z mocy art. 70³ § 3 kc o ile nie zastrzeżono inaczej do chwili zawarcia oferty stosuje się przepisy dotyczące przyjęcia oferty. Czyli na gruncie kodeksu cywilnego przyjęcie oferty przez organizatora kreuje obowiązek prawny zawarcia umowy obciążający obie strony. W ocenie Izby do kreacji analogicznego obowiązku nie dochodzi na gruncie ustawy. Ustawa bowiem reguluje jedynie najwcześniejszy moment z jakim po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej może dojść do zawarcia umowy – art. 94 ustawy, nie określa zaś momentu, z którym umowa zostaje zawarta. Co więcej art. 94 ust. 3 ustawy, (a pośrednio także art. 46 ust. 5 ustawy) wskazuje, że co najmniej po stronie zamawiającego nie pojawia się uprawnienie do żądania od wykonawcy wybranego zawarcia umowy (jako korelat

wskazanego wyżej obowiązku na gruncie kc). Zgodnie z tymi przepisami wykonawca wybrany nie musi zawrzeć umowy, a zamawiający nie dochodzi w takiej sytuacji zawarcia umowy, ale dokonuje wyboru spośród ofert pozostałych albo unieważnia postępowanie. Tym samym niewątpliwie na gruncie ustawy występuje regulacja *lex specialis* co do konsekwencji prawnych związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej w stosunku do aktu generalnego tj. kodeksu cywilnego. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż przepis art. 2 ust. 7 a ustawy nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale wskazuje na cel prowadzonego postępowania tj. wybór wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Treść tego przepisu budzi uzasadnione wątpliwości interpretacyjne, gdyż nie jest spójna terminologicznie z pozostałymi definicjami zawartymi w art. 2, a w szczególności z art. 2 pkt 13, który definiuje, czym jest zamówienie publiczne, nie jest również spójny z art. 1 ustawy, który wprost stanowi o tym, że ustawa reguluje tryb udzielania zamówień publicznych, a więc umów odpłatnych zawieranych między zamawiającym, a wykonawcom, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. W ocenie Izby zatem nadal w pełni aktualny i trafny pozostaje pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w sprawie sygn. akt III CZP 103/10 z 17.12.2010: Postępowanie „o udzielenie zamówienia publicznego” na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy (w brzmieniu tego przepisu obowiązującym od 29 stycznia 2010 r., Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dodatkowo teza o momencie zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z chwilą jego zawarcia znajduje oparcie w treści art. 93 ust. 1 ustawy, który nie zawiera ograniczenia czasowego jego stosowania, a wprost w pkt. 4 wskazuje, że unieważnienie postępowania następuje po wyborze oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy cena tej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i gdy zamawiający zwiększyć tej kwoty nie może. Również o dokonywaniu przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej świadczy powoływany już art. 94 ust. 3 ustawy, który również wprost wskazuje na unieważnienie postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Powyższe okoliczności w ocenie Izby jednoznacznie wskazują na to, że w sposób logiczny nie da się utrzymać na gruncie ustawy tezy odwołującego, że zamawiający nie może dokonywać czynności innych niż zawarcie umowy, po wyborze oferty najkorzystniejszej, o ile

obowiązek dokonania takich czynności nie został nałożony na zamawiającego, w skutek wzruszenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w wyniku wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowanie o zamówienie publiczne kończy się zatem w dwojaki sposób, albo przez zawarcie zamówienia publicznego, które realizuje cel ustawy, albo przez unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy ten cel nie może zostać osiągnięty.

Kolejną tezą wskazywaną przez odwołującego jest twierdzenie, że ustawa nie daje podstaw do samodzielnego unieważnienia poszczególnych czynności, gdyż art. 93 ustawy dotyczy jedynie unieważnienia postępowania w całości. Odwołujący dodatkowo upatruje możliwości unieważnienia poszczególnych decyzji zamawiającego jedynie w wyniku wszczęcia postępowania odwoławczego.

Ponownie Izba nie podziela tego stanowiska. Izba stwierdza, że już art. 93 ust. 2 ustawy stanowi o możliwości unieważnienia jedynie części postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyznanie zamawiającemu prawa do korzystania z uprawnienia wynikającego z art. 93 ustawy w odniesieniu jedynie do poszczególnych czynności zamawiającego w tym postępowaniu, pozostaje zgodne z celem tego postępowania tj. zawarciem zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 1 ustawy ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych i całe postępowanie ma zgodnie z art. 2 ust. 7a ustawy prowadzić do zawarcia zamówienia publicznego, a nadto z mocy art. 146 ustawy umowa ta ma być ważna. Jedną zaś z przesłanek nieważności zamówienia publicznego jest dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Stosując zatem rozumowanie *reductio ad absurdum* w ocenie Izby za absurdalne należałoby uznać stanowisko odwołującego odmawiające zastosowania przy wykładni art. 93 ust. 1 ustawy rozumowania *a maiori ad minus*, w celu utrzymania w mocy czynności zamawiającego dokonanej niezgodnie z ustawą jedynie z tego względu, że ustawodawca wprost w przepisie art. 93 ustawy nie opisał uprawnienia zamawiającego do unieważniania poszczególnych czynności zezwalając jednocześnie na unieważniania wszystkich czynności tego postępowania jak i części postępowania. Izba zauważa, że dopuszczenie możliwości unieważniania poszczególnych czynności zamawiającego nie daje zamawiającemu prawa do dowolności dokonywania takiej czynności, albowiem na straży interesów wykonawców w takim przypadku stoją zarówno przepisy regulujące środki ochrony prawnej, z mocy których wykonawca ma prawo zaskarżyć także czynność polegającą na unieważnieniu już dokonanej czynności, a to z tego względu, że wykonawca ma prawo (co do zasady) skarżyć każdą czynność i każde zaniechanie przez zamawiającego czynności, jeśli naruszają one przepisy ustawy. Stąd zamawiający przy podejmowaniu swoich czynności podlega kontroli i nie może ich dokonywać arbitralnie. Nadto zamawiającego ograniczają także zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim zasada

niedyskryminacji i uczciwej konkurencji. Izba zatem dopuszcza możliwość unieważnienia nie tylko całego postępowania, ale także jego części, w tym konkretnej czynności. Izba wskazuje także na treść art. 7 ust. 3 ustawy, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a contrario nie można udzielić zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy. Izba zwraca również uwagę na to, że art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy stanowiący o unieważnieniu postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Treść tego przepisu wskazuje, że unieważnienie postępowania jest możliwe z mocy tego przepisu tylko gdy wady nie można usunąć w drodze czynności zamawiającego, a wada jest tego rodzaju, że zamówienie publiczne będzie nieważne. Tym samym art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nie może być stosowany jako przesłanka unieważnienia całego postępowania, w sytuacji gdy wada jest usuwalna, nawet gdyby umowa zawarta z taką wadą była nieważna. Gdyby zatem przyjąć rozumowanie odwołującego, że zakazane jest wnioskowanie a maiori ad minus, prowadziłoby to do przyjęcia absurdu, że zamawiający musi złamać zasadę z art. 7 ust. 3 ustawy, jeśli dokonał wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy, bo nie wolno mu unieważnić postępowania, gdyż wada przed zawarciem umowy jest usuwalna, a dopiero zawarcie umowy powodowałoby postanie stanu nieważności. A poszczególnej czynności też zamawiającemu nie wolno unieważnić, bo ustawodawca wprost tego nie przewidział. Dylemat ten pozostawałby nierozstrzygalny na gruncie ustawy. W tej sytuacji jedynym logicznym rozumowaniem jest dopuszczenie możliwości, że skoro zamawiający może unieważnić całe postępowanie, to tym bardziej może unieważnić pojedynczą czynność tego postępowania. Zastosowanie tego rozumowania powoduje rozwiązanie dylematu, bo unieważniając czynność zamawiający doprowadza wybór wykonawcy do stanu zgodnego z ustawą i usuwa usuwalną wadę, a jednocześnie zawiera ważną umowę. Izba zauważa zatem, że dopuszczalne jest unieważnienie poszczególnej czynności przez zamawiającego samodzielnie, a nie wyłącznie w wyniku orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Analogiczne stanowisko prezentowanej jest licznie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie wskazać można choćby na wyrok z dnia 29 lipca 2013r. sygn. akt KIO 1718/13, w którym Izba powołuje się także na inne orzeczenia Izby dotyczącej powyższej kwestii wydane począwszy od 2010r.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatryła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 3, art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy i art. 14 ustawy w zw. z art. 60 kc i art. 61 § 1 kc.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez ich zastosowanie i unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne, wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty , przy

dokonywaniu ponownego badania oferty nr 7 przez zamawiającego o czym został poinformowany odwołujący pismem z dnia 29.10.2013r. w sytuacji, gdy zamawiający z dniem 1.10.2013 r. dokonał już wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Komunikacji Autobusowej spółka z o.o. i złożył mu oświadczenie o jej wyborze

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący kwestionuje prawidłowość czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu, go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 z powodu niewniesienia wadium. Odwołujący stanął na stanowisku, że skoro wniósł wadium w wymaganej przez zamawiającego wysokości w formie pieniężnej za pomocą oświadczenia o potrąceniu, to zamawiający nie ma prawa oceniać sposobu wniesienia wadium. Izba nie podziela tej argumentacji. Zarówno na gruncie ustawy jak i kodeksu cywilnego – art. 70⁴ kc ustawodawca reglamentuje formę i sposób wniesienia wadium jak również rygor związany z niewniesieniem wadium. W doktrynie brak jest jednolitego poglądu na charakter prawny wadium wymienia się tu co najmniej trzy poglądy – jednostronną czynność organizatora przetargu, odrębną umowę o ustanowieniu wadium i zdarzenie faktyczne w ramach procedury zawarcia umowy w trybie przetargu (aukcji), element techniczny. Niezależnie jednak od charakteru prawnego wadium doktryna jest spójna, co do tego, że forma i sposób wniesienia wadium zostały na gruncie art. 70⁴ kc przesądzone i dopuszczalne jest wniesienia wadium przez wpłatę organizatorowi określonej sumy albo ustanowienie odpowiedniego zabezpieczenia jej zapłaty. Zatem na gruncie kc można wnieść wadium albo gotówką, albo tylko odpowiednio sumę wymaganą zabezpieczyć, przy czym w żadnym wypadku ustawodawca na gruncie kodeksu cywilnego nie przewidział możliwości wpłaty wadium przez umorzenie czy wygaśnięcie wierzytelności. Instytucja potrącenia, odnowienia czy zwolnienia z długu mają na celu zakończenie łączącego strony stosunku zobowiązaniowego, natomiast w ocenie Izby wniesienie wadium ma na celu zawiązanie stosunku zobowiązaniowego tj. oferent zobowiązuje się wobec zamawiającego, że pod warunkiem, że jego oferta zostanie wybrana, to zawrze z zamawiającym umowę pod rygorem utraty wadium, jeśli zawarcia umowy odmówi. Zatem w świetle powyższego wątpliwe jest aby wierzytelność zamawiającego była jednorodzą z wierzytelnością wykonawcy z tytułu zapłaty za świadczone usługi i jako taka nadawała się do potrącenia w rozumieniu art. 498 kc. Nadto skoro w wyniku złożenia oświadczenia o potrąceniu obie wierzytelności umarzają się do wysokości wierzytelności niższej, to nie byłoby możliwe wykonanie obowiązku ustawowego zwrotu wadium, gdyby oferta odwołującego została wybrana. Odwołujący nie miał gwarancji, że tak się stanie, a przyjmując dopuszczalność instytucji potrącenia, godziłby się z tym, że mimo nie wybrania jego oferty, zamawiający nie zwracałby mu wadium, z uwagi na umorzenie wierzytelności. Tego paradoksu nie da się rozstrzygnąć na gruncie ustawy w inny sposób, jak uznając, że niedopuszczalne jest

wniesienie wadium w formie oświadczenia o potrąceniu, a złożenie tego oświadczenia w celu wniesienia wadium musi być uznane za nieskuteczne, niezależnie od tego czy zamawiający taką czynność akceptował, czy też nie. Biorąc pod uwagę zamknięty katalog form i sposobów wnoszenia wadium na gruncie kodeksu cywilnego, Izba zauważyła, że analogiczne rozwiązanie do kodeksu cywilnego przyjął ustawodawca stanowiąc w art. 45 ust. 6 ustawy o formach wnoszenia wadium. Ustawodawca na gruncie ustawy przewidział zatem zapłatę określonej sumy w pieniądzu, lub wskazał na możliwość ustanawiania zabezpieczeń szczegółowo określając jakie zabezpieczenia są na gruncie ustawy dopuszczalne czyli poręczenia i gwarancje wskazanych w ustawie instytucji. Ustawodawca nie dopuścił zatem szerokiego jak w kodeksie cywilnym wachlarza form zabezpieczenia uznając za niedopuszczalne wnoszenie wadium w formie przewłaszczenia na zabezpieczenie, hipoteki, zastawu, w tym rejestrowego, weksla czy czeku. W ocenie Izby spór pomiędzy stronami w rzeczywistości toczy się o pojęcie wadium w pieniądzu, przy czym odwołujący nie zauważył, że na gruncie tak ustawy jak i kodeksu cywilnego poza formą wadium (odpowiednio pieniądź, suma) ustawodawca określił także sposób wniesienia (odpowiednio przelew na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego, wpłata organizatorowi). Tym samym na gruncie tak ustawy jak i kodeksu cywilnego wykonawca może jedynie wpłacić zamawiającemu, organizatorowi pieniądź, sumę wadium i na gruncie ustawy nie może wybrać sposobu dokonania tej wpłaty, ale musi to być przelew na konto wskazane przez zamawiającego. Tym samym wniesienie wadium przez zgłoszenie wierzytelności pieniężnej do potrącenia nie stanowi wniesienia wadium w formie i w sposób dopuszczony na gruncie art. 45 ust. 6 ustawy jak i art. 70⁴ § 1 kc. Wykonawca, który nie miał wniesionego wadium w formie i sposobie dopuszczonym ustawą, ma ofertę niezabezpieczoną wadium, a to z kolei stanowi podstawę do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Przepisy ustawy w tym zakresie nie dopuszczają dowolności zamawiającego. Jedynie na gruncie art. 41 ust. 4 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 o zamówieniach publicznych zamawiający miał prawo zdecydować czy dopuszcza poza ustawowymi formę wadium jako czeku potwierdzonego. Pod rządami Prawa zamówień publicznych takiej możliwości ustawodawca zamawiającemu nie dał, ściśle reglamentując tak formę jak i sposób wniesienia wadium. Należy zatem uznać, że przepisy art. 45 ustawy mają charakter bezwzględnie obowiązujący i zamawiający, ani wykonawca nie mogą kształtować tych wymagań swoją wolą. Oznacza to, że wadium wniesione w formie niedopuszczonej ustawą musi być uznane za niewniesione. W tej sytuacji zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 1 października 2013r. dokonał wyboru wykonawcy, który nie miał wniesionego wadium w formie i sposobie dopuszczonym ustawą. Art. 24 ustawy jest również przepisem bezwzględnie obowiązującym nakazującym wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy wypełniają dyspozycję, któregośkolwiek z przepisów tegoż artykułu. Wybór zatem wykonawcy wbrew treści art. 24

ust. 2 pkt 2 ustawy stanowił naruszenie tego przepisu, a w konsekwencji powodował, że zamawiający wybrał wykonawcę wbrew art. 7 ust 3 ustawy. Naprawiając tę wadliwość w dniu 29 października 2013r. zamawiający przywrócił stan zgodności z prawem swoich czynności. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo zastosował wobec odwołującego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, skoro zaś była to jedyna oferta złożona, w tym postępowaniu, to również unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy było prawidłowe. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania i nakazując mu zwrócić zamawiającemu koszty uzasadnionej obrony w postaci zastępstwa prawnego.

Sygn. akt KIO 2593/13

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 2 pkt 7a ustawy poprzez: unieważnienie czynności wyboru jego oferty, przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty odwołującego, wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i wybór oferty Wykonawcy Arriva Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, które to czynności miały miejsce po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty odwołującego, przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty odwołującego, wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i wybór oferty wykonawcy Arriva Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, które to czynności miały miejsce po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia pomimo braku podstawy prawnej do dokonania tych czynności

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Stanowisko odwołującego wskazuje na trzy grupy argumentów:

- pierwsze stanowi tezę o braku możliwości unieważnienia poszczególnej czynności zamawiającego z uwagi na brak wyraźnej normy prawnej w ustawie jak i w kodeksie cywilnym,
- drugie odnosi się do twierdzenia, że zamawiający działają na zasadzie legalności i w sposób zbliżony do procedury administracyjnej,
- trzecie dotyczy stanowiska odwołującego, że czynnościom zamawiającego należy odmówić przymiotu autonomii i swobody, co stoi na przeszkodzie uznaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za sferę stosunków cywilnoprawnych.

W zakresie pierwszego z podniesionych argumentów Izba w całości podtrzymuje swoje rozstrzygnięcie i jego uzasadnienie wydane w sprawie sygn. akt KIO 2591/13. Dodatkowo Izba wskazuje, że na gruncie ustawy ustawodawca nie zawarł również wyraźnego zakazu podejmowania przez zamawiającego czynności innych niż wynikające z ustawy. Co więcej można wskazać, że zamawiający może dokonywać innych czynności niż wynikające z ustawy, gdy zmierzają one do osiągnięcia celu tej ustawy, jakim nie jest wbrew stanowisku odwołującego wybór oferty najkorzystniejszej, ale zawarcie zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Jako przykład czynności, które zamawiającemu wolno dokonać, choć ustawa ich nie reguluje są przypadki opisane w §1 ust. 5 i §2 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Ustawa nie reguluje bowiem możliwości podejmowania czynności przez zamawiającego wobec innych niż wykonawcy podmiotów, natomiast zamawiający przed wejściem w życie wskazanego rozporządzenia faktycznie takich czynności dokonywał, a rozporządzenie jedynie umocniło tej istniejący stan rzeczy. Izba zwraca uwagę na to, że włączając do polskiego systemu prawnego system prawa europejskiego konieczna jest także zmiana podejścia do interpretacji przepisów prawa. Przede wszystkim niezbędne jest odejście od podejścia legalistycznego, że istnieje tylko to co zostało ustanowione, na rzecz takiej wykładni, która pozwoli osiągnąć cel w danym akcie prawnym założony. W tej sytuacji przyjęcie, że zamawiający nie może samodzielnie doprowadzić do zgodności z prawem własnej czynności jedynie dlatego, że ustawodawca wprost nie wprowadził takiej regulacji prawnej, powoduje, że traci się możliwość osiągnięcia celu regulacji. Ustawa bowiem ma służyć zawieraniu umów, a nie karaniu obu stron umowy za błąd zamawiającego podczas procedury postępowania o udzielenie zamówienia. Odmowa zamawiającemu prawa do samonaprawienia wadliwej czynności, prowadziłaby, tak jako opisał to zamawiający, do nakazu zawarcia umowy obciążonej wadą skutkującą nieważnością tej umowy. Powodowałoby to nie tylko sankcje dla zamawiającego, ale także dla wykonawcy z którym została podpisana umowa, podlegająca unieważnieniu. Ewentualne roszczenia odszkodowawcze mogą w takiej sytuacji w pełni nie rekompensować wykonawcy

faktu unieważnienia umowy, zwłaszcza gdy wykonawca gotowy był ją zrealizować zaangażował ludzi, sprzęt i środki, nawiązał potrzebne kontakty handlowe, zrezygnował z udziału w innych postępowaniach, czy nie zawarł innych umów, aby móc zrealizować przedmiotowe zamówienie. Argumentacja odwołującego nadto jest niespójna i niekonsekwentna. Zarzuca on, że zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 1 października 2013r. bez podstawy prawnej, ale z drugiej strony wywodzi, że zamawiający ma obowiązek zaakceptować wniesione przez niego wadium w formie oświadczenia o potrąceniu, w sytuacji, gdy ustawa takiej formy wniesienia wadium nie przewidywała. Zatem argumentacja odwołującego jest zależna od przyjętej strategii procesowej. Izba abstrahując od stanu faktycznego niniejszej sprawy wskaże na sytuację faktyczną, która dodatkowo powoduje, że teza o dopuszczalności samodzielnego unieważniania poszczególnej czynności zamawiającego zasługuje na przyjęcie. Jest to sytuacja, gdy po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed zawarciem umowy ujawni się zamawiającemu fakt, że oferta wykonawcy wybranego zawiera informacje nieprawdziwe np. co do możliwości dysponowania zasobami finansowymi innego podmiotu. Zobowiązanie innego podmiotu okaże się być sprokurowanym przez samego wykonawcę, albo czynność zostanie podjęta jedynie dla pozorów. W tej sytuacji w teorii odwołującego zamawiający musiałby zawrzeć umowę z takim wykonawcą, który nie dość że wprowadził go w błąd, co do rzeczywistego stanu rzeczy, a nadto nie jest zdolny do wykonania zamówienia. W ocenie Izby takiej tezie sprzeciwia się treść art. 7 ust. 3 ustawy. Nie jest to bowiem wykonawca wybrany zgodnie z przepisami ustawy, zatem nie można mu udzielić zamówienia, a jednocześnie z uwagi na to, że wada jest jeszcze usuwalna nie można zastosować art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. W tej sytuacji w ocenie Izby odmowa przyznania zamawiającemu prawa do unieważnienia poszczególnej czynności, jako sprzecznej z art. 7 ust. 3 ustawy jest zgodna z jej celem i jednocześnie pozwala zamawiającemu na zastosowanie przez art. 14 ustawy art. 84 kc.

Odnosząc się do drugiej grupy twierdzeń odwołującego, to w ocenie Izby one również nie zasługują na uwzględnienie. Przede wszystkim w ocenie Izby odwołujący uznał, że skoro zamówienia publiczne są zawierane co do zasady w interesie publicznym, to przybliży to regulację ustawy do przepisów sfery prawa administracyjnego. Odwołujący podniósł także, iż zamawiający podejmują rozstrzygnięcia władcze, a przepisy mają charakter przepisów proceduralnych, a nie materialnoprawnych. W ocenie Izby wszystkie te twierdzenia nie stanowią wystarczającego usprawiedliwienia dla tezy, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem zbliżonym do postępowania administracyjnego. Przede wszystkim Izba pragnie odwołującemu zwrócić uwagę na fakt, że zbyt zawężająco ocenił on treść art. 3 ustawy wskazując, że odnosi się on wyłącznie do jednostek sektora finansów publicznych lub podmiotów wykorzystujących środki publiczne. Odwołujący wyłączył zatem

obowiązanie ustawy do podmiotów sektorowych, których działalność wykonywania jest na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych niezależnie od sposobu finansowania, a także podmioty, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane. Niewątpliwie są to podmioty prywatne, które nie działają w ramach imperium. Kolejnym podmiotem prywatnym jest również zamawiający opisany w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy, choć w tym przypadku jest to podmiot finansowany ze środków publicznych lub przez podmiot będący jednostką sektora finansów publicznych, państwową jednostką organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, osobą prawną utworzoną w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, czy związkiem tych podmiotów. Oznacza to, że podmiotami zobowiązanymi do stosowania ustawy są zarówno organy administracyjne jak i jednostki sektora prywatnego. Dalej odwołujący odwołuje się do władczych rozstrzygnięć zamawiających porównując je z władztwem administracyjnym. W ocenie Izby również to porównanie nie przesądza o zbliżeniu ustawy do postępowania administracyjnego, gdyż używając argumentu, że zamawiający odrzuca ofertę lub ją wybiera można użyć dla wykazania, że ustawa jest cywilnym sposobem zawierania umów odwołując się do treści art. 70⁴ § 1 kc, który nakazuje organizatorowi przetargu czy aukcji nie dopuścić uczestnika, który nie wniósł wadium, a więc wydać władcze rozstrzygnięcie o niedopuszczeniu do aukcji czy przetargu. Elementy władcze pojawiają się także w innych przepisach gałęzi prawa cywilnego jak prawo rodzinne – władza rodzicielska. Dalej odwołujący wskazuje na określone tryby wzruszenia czynności zamawiającego porównując je z trybami wzruszenia decyzji administracyjnych, ale także i ten argument nie przesądza w ocenie Izby o administracyjnym pochodzeniu przepisów ustawy, albowiem również w art. 70⁵ kc można wzruszyć na drodze zwykłego zaskarżenia do sądu powszechnego umowę zawartą pomiędzy organizatorem przetargu, a uczestnikiem. Nadto inne gałęzie prawa zaliczane do domeny prawa cywilnego także przewidują możliwość nadzwyczajnego regulowania stosunków nimi regulowanych, choćby można wskazać działanie prokuratora w stosunkach rodzice – dzieci, czy na uprawnienia Państwowej Inspekcji Pracy w stosunkach pracownik – pracodawca. Również zarówno na gruncie kodeksu cywilnego jak i ustawy przewidziano możliwość zaskarżania czynności organizatora przetargu do sądu powszechnego.

Argumentacja zatem odwołującego nie przesadza w żaden sposób o administracyjnym pochodzeniu przepisów ustawy. Przeciwno zaś temu twierdzeniu Izba podniesie następujące argumenty :

- brak odesłania w przepisach ustawy regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego do materii czy procedury administracyjnej, ustawa natomiast zawiera odesłanie wprost do przepisów kodeksu cywilnego – art. 14 i 139 ustawy. Przepisy te nie są wyłącznie przepisami odsyłającymi, ale przepisami regulującymi wzajemny stosunek kodeksu cywilnego i ustawy. Gdyby były to przepisy wyłącznie zawierające odesłanie ustawowe, to

nadano by im brzmienie „w sprawach nieuregulowanych stosuje się (...)” natomiast w ustawie ustawodawca wyraźnie wskazał na hierarchię aktów prawnych stanowiąc „jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej” Zatem przepisami ogólnymi są przepisy ustawy kodeks cywilny i do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są stosowane zawsze, chyba, że wyraźny przepis ustawy uregulował daną instytucję inaczej. Wówczas przepis ustawy jest przepisem szczególnym wobec kodeksu cywilnego i wyłącza jego stosowanie. Relacja ta jest zatem relacją *lex specialis derogat legi generali*.

- Nadto użyta w ustawie siatka pojęciowa jest oparta o pojęcia definiowane na gruncie kodeksu cywilnego, żeby choć wskazać na pojęcia „oferta”, „termin związania ofertą”, „negocjacje”, „zamawiający”, „czynność lub zaniechanie zamawiającego”, „aukcja”, „przetarg”, „wadium”, „warunki”, natomiast ustawodawca nie użył w stosunku do zamawiającego określeń charakterystycznych dla siatki pojęciowe prawa administracyjnego jak choćby „organ”, „decyzja organu”, „postanowienie organu”.

- Również definiowanie przedmiotu zamówienia odwołuje się do sfery prawa cywilnego jak choćby definicja dostawy wskazuje na pojęcia funkcjonujące na gruncie kodeksu cywilnego jak umowa sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Powoływany przez odwołującego charakter proceduralny przepisów ustawy nie także wyłącznie właściwy sferze prawa administracyjnego, gdyż przepisy proceduralne występują także w kodeksie cywilnym, żeby wskazać choćby na przepisy dotyczące zawierania umów – negocjacje, przetargu, aukcja, przepisy o przelewie wierzytelności, czy sposobie zawarcia umowy ubezpieczenia. - Dodatkowo na treść stosunku zamówieniowego mogą wpływać wykonawcy, co wynika choćby z treści art. 38 ust. 1 ustawy – prawo żądania wyjaśnień treści siwz, prawo do prowadzenia dialogu technicznego, czy prowadzenie negocjacji z ogłoszeniem w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia, a w przypadku negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki - warunków umowy.

- Zamawiający nie został wyposażony w żadne instrumenty pozwalające mu wymóc na wykonawcy zawarcie umowy – przeciwnie wykonawca może odmówić podpisania umowy, co najwyżej pod rygorem utraty wadium. Podane powyżej argumenty przemawiają także przeciwko przyjęciu trzeciej tezy odwołującego, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie występuje swoboda i autonomia stron postępowania. Izba stoi na stanowisku, że zamawiający ma prawo swobodnie w granicach ustawy kształtować zarówno wybór trybu postępowania, opis przedmiotu zamówienia, jak i warunki udziału w postępowaniu i kryteria oceny oferty oraz istotne postanowienia przyszłej umowy. Oczywiście to uprawnienie nie jest bezwzględne i nie oznacza dowolności zamawiającego, jednakże istniejące w ustawie ograniczenia swobody zamawiającego nie przesadzają także o braku swobody i autonomii zamawiającego. Na gruncie kodeksu cywilnego (art. 353¹kc) nie jest również tak, że

swoboda stron stosunku zobowiązaniowego jest nieograniczona, ogranicza ją właściwość stosunku, ustawa i zasady współżycia społecznego, zaś na gruncie ustawy są to przede wszystkim uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców. Również wykonawcy mają prawo swobodnego kształtowania tego stosunku – mają prawo swobodnej decyzji czy wezmą udział w postępowaniu, czy też nie, mogą wnioskując o wyjaśnienie treści ogłoszenia czy siwz wpływać na treść przyszłego stosunku zamówieniowego, mogą wycofać się w każdym czasie przed złożeniem oferty z udziału w postępowaniu. Mogą wreszcie odmówić podpisania umowy i wykazywać, że ta odmowa nie nastąpiła w warunkach opisanych w art. 46 ust. 6 ustawy. Nadto wykonawcy mogą kontrolować przebieg postępowania korzystając ze środków ochrony prawnej. Tym samym to nie zamawiający jest wyłącznym podmiotem uprawnionym i zobowiązanym do ukształtowania przyszłego stosunku, ale również wykonawcy. W tym zakresie Izba powołuje się na stanowisko zaprezentowane w wyroku w sprawach połączonych sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13, KIO 2161/13. Mając na uwadze powyższe Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 2 pkt 7a ustawy, ani art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że pogląd o cywilnoprawnym charakterze postępowania o udzielenie zamówienia jest ugruntowany w orzecznictwie tak sądów powszechnych jak i administracyjnych, żeby wskazać choć : postanowienie z 9 czerwca 2011r. sygn. akt V SA/Wa 288/11, postanowienie NSA z 27 września 2011r. sygn. akt GSK 1842/11, uchwała SN z 16 lipca 2003r. sygn. akt III CZP 47/03, wyrok SN z 27 lutego 2009r. sygn. akt V CSK 337/08.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało zakończone czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty i brak było podstawy prawnej do ponownego badania i oceny ofert oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało zakończone czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty i brak było podstawy prawnej do ponownego badania i oceny ofert.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba w tym zakresie podtrzymuje w całości argumentację zawartą w rozstrzygnięciu odwołania w sprawie sygn. akt KIO 2591/13.

Izba nie stwierdziła w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Argumentacja odwołującego dotycząca spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu nie może mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia. Przyjęcie takiego toku rozumowania, że wystarczające jest dla dopuszczenia do udziału wyłącznie

wykazanie zdolności do realizacji przedmiotowego zamówienia, prowadziłyby do przyjęcia tezy o zbędności art. 24 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby o prawie do ubiegania się o zamówienie publiczne ma prawo mówić tylko wykonawca, który jest godny udziału w takim postępowaniu, daje rękojmię należytego wykonania zamówienia i nie będzie się uchylał od zawarcia umowy. Te wymagania weryfikowane są odpowiednio przez instytucję dopuszczalności udziału – art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy, warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu spełniania tych warunków – art. 22 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz instytucję wadium – art. 45 i 46 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Tym samym nie może być wybranym wykonawca, który ma orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienie, choćby miał wiedzę i doświadczenie, sprzęt i personel oraz środki finansowe wystarczające na realizację zamówienia, ani taki wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, ale nie daje gwarancji, że zawrze umowę z zamawiającym. Wadium ma zatem pełnić funkcję gwarancyjną, że wykonawca mając świadomość utraty wadium nie będzie z błahych powodów odmawiał zawarcia umowy, ani nie będzie przystępował do postępowania jedynie na próbę, czy dopuszczał się zmowy przetargowej dążąc do udzielenia zamówienia podmiotowi działającemu z nim w porozumieniu, ale oferującemu wyższą cenę. Instytucja wadium nie jest instytucją zbędną w postępowaniu, jak chciałby to wykazać odwołujący, ale pełni istotną rolę, zwłaszcza przy podkreślanym już wielokrotnie braku po stronie zamawiającego instrumentów ustawowego przymuszenia wykonawcy wybranego do zawarcia umowy. Izba zatem nie uznaje argumentacji odwołującego, za zasługującą na uwzględnienie. Tym bardziej zatem nie przychyliła się do poglądu odwołującego, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Arriva Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w sytuacji w której ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia była oferta odwołującego;

Wobec nie stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, Izba stwierdziła, że wybór oferty Arriva nie naruszał art. 91 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 2 lit. b) i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołujących kosztami zastępstwa prawnego poniesionymi przez zamawiającego w obu sprawach stosownie do złożonych przez zamawiającego faktur.

Przewodniczący:

Członkowie: :.....

.....