

Sygn. akt KIO/UZP 1510 /08

WYROK
z dnia 16 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Anna Packo

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen Sp. z o.o., CBPBBK Kolprojekt Sp. z o.o. ul. M. Rataja 15b, 20-270 Lublin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** protestu z dnia **8 grudnia 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen Sp. z o.o., CBPBBK Kolprojekt Sp. z o.o. ul. M. Rataja 15b, 20-270 Lublin;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 207 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy dwieście siedem złotych zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen Sp. z o.o., CBPBBK Kolprojekt Sp. z o.o. ul. M. Rataja 15b, 20-270 Lublin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen Sp. z o.o., CBPBBK Kolprojekt Sp. z o.o. ul. M. Rataja 15b, 20-270 Lublin.**

Uzasadnienie

W dniu 25.02.2008 r. Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie wszczął na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) - dalej „Pzp”, postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na nadzór nad projektem Nr CCI 2005/PL/16/C/PT/002 pn. „Modernizacja linii kolejowej E 59 na odcinku Wrocław-Poznań, etap II odcinek Wrocław-granica województwa dolnośląskiego”, oznaczone przez Zamawiającego jako sprawa: FS 2005/PL/16/C/PT/002-01.

Ogłoszenie o zamówieniu przekazane zostało Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 25.02.2008 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2008/S 40-055979 z dnia 27.02.2008 r.

Pismem z dnia 01.12.2008 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w tym przetargu o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia. Jako podstawę prawną swojej decyzji Zamawiający podał art. 93 ust. 3 pkt 1 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Podniósł, iż: „zmuszony jest unieważnić postępowanie, gdyż jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Po przeanalizowaniu stanu faktycznego zachodzi uzasadniona obawa, że kontrakt na usługę nadzoru, jaki zostałby zawarty po zakończeniu procedury przetargowej nie będzie mógł być zrealizowany w zakładanym obecnie zakresie.

Z uwagi na brak możliwości precyzyjnego określenia terminu wykonania dokumentacji i co się z tym wiąże terminu realizacji budowy układu zasilania elektroenergetycznego (linie zasilające 20 kV i 110 kV), podstacje trakcyjne, linia potrzeb nietrakcyjnych ze stacjami transformatorowymi) nie jest obecnie możliwe określenie zakresu zarówno robót budowlanych przewidzianych jako kontrakt nr 4 jak również zakresu nadzoru nad tymi robotami w sposób zgodny z art. 29 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że w związku z zapytaniami Komisji Europejskiej został złożony wniosek o zmianę decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Termin wykonania raportu dla całego projektu, stanowiący załącznik do wniosku o wydanie pozwolenia na budowę to koniec maja 2009 r. Należy się spodziewać, że po uzyskaniu poprawionej decyzji i drugiego raportu koniecznym będzie rozszerzenie zakresu robót budowlanych, w tym również poprzez udzielenie zamówień uzupełniających.

Przygotowując niniejsze postępowanie zamawiający nie przewidział ww. okoliczności stąd też nie przewidział także możliwości udzielenia zamówień uzupełniających. Mając na

uwadze treść art. 38 ust. 4b ustawy Pzp, w związku z art. 4 ust. 1 ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu”.

W dniu 08.12.2008 r. wobec czynności unieważnienia postępowania o zamówienie protest wniosło konsorcjum: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen Sp. z o.o. (Lider) z siedzibą w Lublinie oraz CBPBPK Kolprojekt z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Protestującym” bądź „Odwołującym”.

Odwołujący wskazał, iż jego posiada interes prawny doznał uszczerbku wskutek unieważnienia postępowania, gdyż w razie rozstrzygnięcia protestu zgodnie z jego żądaniami, miałyby realne szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W proteście Odwołujący zarzucił:

1. naruszenia art. 93 ust. 3 in fine ustawy Pzp w części: „podając uzasadnienie faktyczne (...)”, poprzez jego nie zastosowanie,
2. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne i nieuzasadnione zastosowanie,
2. naruszenia dyscypliny finansów publicznych w myśl art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. O odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych”

W związku z powyższym, Odwołujący zażądał:

1. unieważnienia decyzji o unieważnieniu postępowania w przedmiotowej sprawie,
2. wyznaczenia terminu złożenia ofert przez wykonawców zaproszonych

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że:

Zamawiający w dniu 1 grudnia 2008 r. przekazał Odwołującemu decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, podając jako podstawę istnienie wady .postępowania, uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia, statutowanej treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Jako uzasadnienie faktyczne tej decyzji Zamawiający wskazał, iż *„zachodzi uzasadniona obawa, że kontrakt na usługę nadzoru, jaki zostałby zawarty po zakończeniu procedury przetargowej nie będzie mógł być zrealizowany w zakładanym obecnie zakresie „.* W dalszej części uzasadnienia Zamawiający wywodzi o swoich trudnościach w precyzyjnym określeniu terminu wykonania dokumentacji, jak również terminu realizacji budowy układu zasilania elektroenergetycznego w prowadzonym przez siebie postępowaniu dotyczącym

robót, nadzór nad którymi ma być udzielony w toku przedmiotowego postępowania. Zamawiający w tym miejscu powołuje się na zapytanie Komisji Europejskiej, bez określenia jednak w przedmiocie czego i o jakie zapytanie chodzi, co w znacznym stopniu utrudnia odniesienie się do zasadności podejmowanych następnie przez Zamawiającego działań. Zapytanie - w myśl literalnej wykładni - stanowi zadanie pytania, nie zaś akt rodzący zobowiązanie do podjęcia przez drugą stronę jakiegoś działania, poza udzieleniem odpowiedzi. Tak więc niezrozumiałym pozostaje dla Protestującego związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy zadaniem przez Komisję Europejską zapytaniem, czegokolwiek ono dotyczyło, a koniecznością dokonania zmian w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający kontynuując uzasadnienie decyzji, powołuje się na złożenie wniosku o zmianę decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, sugerując, jakoby to wskutek zapytania Komisji Europejskiej niezbędne było wprowadzenie zmian w zakresie przedmiotu postępowania - na roboty budowlane, poprzez rozszerzenie jego zakresu.

Zamawiający dalej uzasadniając wskazuje, że *„nie jest obecnie możliwe określenie zakresu zarówno robót budowlanych przewidzianych jako kontrakt nr 4 (przyp. - linie zasilające 20 kV i 110 kV, podstacje trakcyjne, linia potrzeb nietrakcyjnych ze stacjami transformatorowymi), jak również zakres nadzoru nad tymi robotami w sposób zgodny z art. 29 ustawy Pzp”*, podczas gdy: nadzór nad kontraktem nr 4 na roboty jest od początku uwzględniony i objęty SIWZ w postępowaniu na pełnienie nadzoru. Nie ma podstaw do twierdzenia przez Zamawiającego, iż wskutek dostarczenia wykonawcy mającemu pełnić nadzór stosownej dokumentacji na kontrakt nr 4 po jej przygotowaniu, nastąpi konieczność zmiany zakresu nadzoru. Już w SIWZ bowiem zamieszczony był zapis w brzmieniu: *„Po podpisaniu umowy na nadzór, Zamawiający udostępni wykonawcy dokumentację niezbędną do realizacji usługi (...)”*. W treści SIWZ wyraźnie wskazano, iż dokumentacja projektowa dla pewnych odcinków robót jest jeszcze w trakcie opracowywania (...).

Podkreślić należy, iż określenia przedmiotu zamówienia na pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych, tak w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego PKP PLK S.A., jak również przez innych zamawiających, nie dokonuje się poprzez ogłoszenie przedmiaru nadzorowanych robót. Przedmiot zamówienia na nadzór określa się poprzez: opis rodzaju nadzorowanych robót, czas ich trwania, ilość personelu, wymagania co do kwalifikacji osób inspektorów lub inżynierów itp. Wobec powyższego, nawet przy założeniu, iż faktycznie konieczne byłoby wprowadzenie zmian w projekcie dotyczącym kontraktu nr 4, w żadnym stopniu nie wpływa to na zmianę przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia na nadzór. Kontrakt Nr 4 dotyczy realizacji robót w zakresie linii zasilających, podstacji trakcyjnych, linii potrzeb nietrakcyjnych ze stacjami transformatorowymi i bez względu na zmiany w projekcie ich wykonania, osobą spełniającą warunki do pełnienia nadzoru nad tymi robotami będzie nadal osoba o uprawnieniach

budowlanych wydanych w specjalności instalacyjnej.

Protestujący nie podziela stanowiska Zamawiającego, jakoby zmiany w projekcie dotyczącym realizacji kontraktu nr 4 w jakikolwiek sposób wpłynęły na konieczność zmiany zakresu pełnionego nad tym kontraktem nadzoru. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania również nie wskazał, w jaki sposób miałyby czy nawet mógłby zostać zmieniony zakres nadzoru nad realizacją budowy (pełnionego nadal w zakresie: linii zasilających 20 kV i 110 kV, podstacji trakcyjnych, linii potrzeb nietrakcyjnych ze stacjami transformatorowymi.)

Zamawiający w uzasadnieniu decyzji, pisze w odniesieniu do projektu dotyczącego realizacji robót budowlanych (przyj. - projektu składającego się z 4 kontraktów), iż: „*Termin wykonania raportu dla całego projektu, stanowiący załącznik do pozwolenia na budowę to koniec maja 2009*”. Argumentacja ta nie jest przekonująca w świetle okoliczności, iż w dniu 1 października 2008 r. Zamawiający udzielił zamówienia na realizację 1-szego kontraktu wykonawcy „Konsorcjum - Skokowa” (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na stronie internetowej PKP PLK S.A.). Niezrozumiałą pozostaje obawa, iż musi ulec zmianie zakres pełnionego nad realizacją robót nadzoru, podczas gdy realizacja części robót objętych projektem zgodnie z procedurami FIDIC powinna się już rozpocząć.

Podnieść należy, iż zgodnie z treścią *ustawy Prawo budowlane oraz rozporządzeniem Ministra Infrastruktury w sprawie rodzajów obiektów, przy których realizacji jest wymagane ustanowienie inspektora nadzoru (...)*, nadzór nad realizacją obiektu budowlanego, takiego jak w przedmiotowej sprawie jest obligatoryjny. W sytuacji, gdy Zamawiający nie widzi przesłanek do unieważnienia postępowania w przedmiocie robót budowlanych, zupełnie abstrakcyjną wydaje się konieczność unieważnienia postępowania na nadzór nad nimi, z powołaniem na dokonanie niedopuszczalnej zmiany w przedmiocie zamówienia. Tym bardziej, że taka nie miała miejsca.

Ponieważ Zamawiający nie określił dokładnie, którego kontraktu na realizację robót dotyczyć miałyby zmiany, sygnalizując jedynie kontrakt 4, wskazać należy, iż zgodnie z SIWZ wykonawstwo robót na tym kontrakcie przewidziane jest na okres: połowa 2009 r. - wrzesień 2011 r. Tym samym w sytuacji, gdy pozwolenie na budowę będzie wydane w maju 2009 r. (jak pisze Zamawiający), Protestujący nie rozumie, która z okoliczności wskazanych w ustawie Pzp, a skutkująca koniecznością unieważnienia postępowania, miałaby w takim stanie rzeczy zaistnieć.

W uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Zamawiający wskazuje, iż ewentualnym rozwiązaniem byłoby udzielenie zamówień uzupełniających, na co jednak nie pozwala ustawa Pzp ze względu na treść art. 38 ust. 4 b, w związku z art. 4 ust. 1 ustawy o zmianie

ustawy Pzp. Protestujący nie podziela zasadności twierdzenia o ewentualnej potrzebie udzielenia zamówień uzupełniających na nadzór, skoro nadzór nad kontraktem nr 4 jest już objęty przedmiotem zamówienia.

W ocenie Protestującego, Zamawiający unieważnił postępowanie pod pozorem rzekomego istnienia wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy, podczas gdy w istocie Zamawiający doznał jedynie pewnych trudności związanych z prowadzoną inwestycją i gospodarowaniem środkami publicznymi. Niedopuszczalnym jest wycofanie się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, ani inną okolicznością skutkującą w myśl ustawy koniecznością jego unieważnienia, poprzez jego unieważnienie z powodu trudności w planowaniu inwestycji i istnienia „obaw”, na które powołuje się Zamawiający.

Przedstawiony przez Protestującego pogląd jest w pełni usprawiedliwiony, choćby ze względu na fakt, iż Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu nie podał żadnej okoliczności która byłaby determinantem dla wprowadzenia zmian w zakresie robót, a w konsekwencji również nadzoru nad nimi. Zamawiający w uzasadnieniu stwierdza, iż: „zachodzi uzasadniona obawa, że kontrakt na usługę nadzoru, jaki zostałby zawarty po zakończeniu procedury przetargowej nie będzie mógł być zrealizowany w zakładanym obecnie zakresie”.

W świetle powyższego, Protestujący stawia Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 in fine ustawy Pzp w części: „podając uzasadnienie faktyczne (...)”, poprzez jego nie zastosowanie, czyli brak w protestowanej decyzji uzasadnienia faktycznego, co do tego, jaka okoliczność stanowi wadę postępowania. Uzasadnienie decyzji o unieważnieniu postępowania z przywołaniem podstawy art. 93 ust. 1 pkt 7, zawiera wewnętrzną sprzeczność, polegającą na tym, iż pomimo tak określonej kwalifikacji prawnej, Zamawiający jako uzasadnienie faktyczne przytoczył okoliczności, które w żadnej części nie odnoszą się do istnienia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Zamawiający zamiast tego powołuje się de facto na trudności istniejące w związku z prowadzonymi przezeń inwestycjami. Pomimo, iż okoliczności te są pośrednio związane z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, to nie stanowią o ziszczeniu przesłanki unieważnienia postępowania na przytoczonej podstawie. Konkludując- Zamawiający winien zgodnie z dyspozycją wyżej wskazanego przepisu podać uzasadnienie faktyczne swojej decyzji i jasno określić, co zgodnie z jego stanowiskiem stanowi o istnieniu wady postępowania. W przedmiotowej sprawie ciężar odgadnięcia, o którą okoliczność chodzi, został niejako przeinwertowany na Wykonawców zaproszonych do składania ofert.

Kolejnym zarzutem Protestującego jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7, poprzez jego bezpodstawne zastosowanie, w sytuacji braku istnienia wady

postępowania powodującej brak możliwości zawarcia ważnej umowy. W odniesieniu do wady w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 – oczywistym pozostaje, iż wada taka po pierwsze musiałaby istnieć, a w przedmiotowym postępowaniu nie istnieje, zaś po drugie, jak wypowiedział się Zespół Arbitrów *„pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy, a wada postępowania jest nieusuwalna, wywierająca tak istotny wpływ na umowę, że powoduje jej bezwzględną nieważność, a tym samym bezskuteczność. (...) Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, jest w szczególności obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (...).*

Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność ab initio, a tym samym prawną bezskuteczność”.

Przykładami wad w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7, skutkujących unieważnieniem postępowania są: zmiana warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu ich oceny(...), zmiana w wykazie dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (...), opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję(...), czy ustalenie kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy (...).

Z całą pewnością za wadę w powyższym rozumieniu nie można zaś uznać istnienia *„obawy, że kontrakt na usługę nadzoru, jaki zostałby zawarty po zakończeniu procedury przetargowej nie będzie mógł być zrealizowany w zakładanym obecnie zakresie”* (str. 1 uzasadnienia), gdyż Zamawiający wyraził jedynie obawę, której istnienie pozostaje na dzień dzisiejszy hipotetyczne i jedynie w sferze dywagacji. Ponadto obawa ta nie jest okolicznością, która zaistniała i spowodowała jakikolwiek skutek. Tym samym Zamawiający poprzez swoje uzasadnienie faktyczne wykazał, iż wada w prawidłowym rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 nie istnieje.

Nie zachodzi w przedmiotowym postępowaniu również żadna inna z przesłanek enumeratywnie wyliczonych w art. 146 ustawy Pzp, skutkujących unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Zważywszy zaś, że *„Zamawiający nie może unieważnić postępowania z innych przesłanek niż wymienione w zamkniętym katalogu art. 93 ust. 1, brak ustawowych przesłanek unieważnienia skutkuje wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy”.*

Ponadto, Odwołujący podniósł, iż „na Zamawiającym spoczywa obowiązek gospodarowania środkami publicznymi w sposób pozwalający zachować dyscyplinę finansów publicznych. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp stanowi naruszenie tej dyscypliny, zgodnie z treścią art.

17 ust. 3 *ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*. Zarzut naruszenia dyscypliny finansów umacnia dodatkowo okoliczność, iż Zamawiający dokonał bezpodstawnie unieważnienia postępowania na obligatoryjny nadzór nad robotami, które to roboty mają się rozpocząć na podstawie podpisanej już umowy. Działanie takie narusza dodatkowo przepisy ustawy Prawo budowlane, jak również przepisy wykonawcze”.

Rozstrzygnięciem protestu z dnia 22. 10. 2008 r. Zamawiający oddalił protest w całości, jako bezzasadny.

Uzasadniając decyzję o oddaleniu całości zarzutów, Zamawiający stwierdził:

Podstawą faktyczną unieważnienia postępowania, jest okoliczność, iż z uwagi na brak możliwości precyzyjnego określenia terminu wykonania dokumentacji i co się z tym wiąże terminu realizacji budowy układu zasilania elektroenergetycznego (linie zasilające 20 kV i 110 kV, podstacje trakcyjne, linia potrzeb nietrakcyjnych ze stacjami transformatorowymi) nie jest obecnie możliwe określenie zakresu zarówno robót budowlanych przewidzianych jako kontrakt nr 4 jak również zakresu nadzoru nad tymi robotami w sposób zgodny z art. 29 ustawy Pzp.

Jak wskazuje sam Protestujący: „*przedmiot zamówienia na nadzór określa się poprzez: opis rodzaju nadzorowanych robót. czas ich trwania ...*”, Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania poinformował, iż wystąpiły właśnie obie ww. okoliczności: brak możliwości określenia zakresu robót budowlanych, a tym samym zakresu nadzoru nad tymi robotami (w ocenie Zamawiającego określenie wyłącznie rodzaju robót, bez wskazania ich zakresu byłoby niewystarczające) oraz brak możliwości określenia czasu trwania nadzoru. Termin realizacji przedmiotowego zamówienia został określony w ogłoszeniu na 48 miesięcy od daty udzielenia zamówienia. W ocenie Zamawiającego, wobec konieczności złożenia wniosku o zmianę decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz braku możliwości precyzyjnego terminu wykonania dokumentacji dla zadania nr 4 termin ten w chwili podpisania umowy byłby terminem nierealnym. W konsekwencji kontrakt na usługę nadzoru, jaki zostałby zawarty po zakończeniu procedury przetargowej nie będzie mógł być zrealizowany w zakładanym obecnie zakresie i czasie.

Opis robót, nad którymi sprawowany miał być nadzór, wyznaczający zakres przedmiotowego zamówienia oraz czas trwania nadzoru znalazł się już w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponieważ postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego i upłynął już termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a wykonawcom została udostępniona SIWZ w brzmieniu zgodnym z treścią ogłoszenia, na obecnym etapie postępowania, nie ma już możliwości dokonania zmiany SIWZ w zakresie

w którym zmiana dotyczyłaby informacji zawartych w ogłoszeniu. Zgodnie z art. 38 ust. 4b ustawy z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Art. 38 ust. 4b ustawy ma zastosowanie w niniejszym postępowaniu, na podstawie art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 171, poz. 1058) zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Zatem, na obecnym etapie postępowania, nie jest możliwa zmiana, ani wyłączenie części robót z zakresu, którym ma być objęty nadzór, zakazuje tego bowiem wprost art. 38 ust. 4b ustawy.

Na tle uchylonego art. 38 ust. 5 ustawy wykształciła się jednolita linia orzecznicza zgodnie z którą, dokonanie jakiegokolwiek zmiany warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert skutkowało koniecznością unieważnienia postępowania.

Orzeczenia, które zapadły na tle art. 38 ust. 5 ustawy, są o tyle przydatne w niniejszej sprawie, gdyż stanowisko w nich przyjęte uzasadniane było niemożnością wprowadzenia zmian do ogłoszenia o zamówieniu. Analogiczną sytuację mamy w przypadku art. 38 ust. 4b ustawy. Przepis ten zawiera zakaz dokonywania zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Z uwagi na podobieństwo pomiędzy uchylonym art. 38 ust. 5, a wprowadzonym art. 38 ust. 4b ustawy, przy ocenie skutków dokonania takiej zmiany, zasadnym jest posłużenie się dorobkiem orzecznictwa i doktryny w zakresie art. 38 ust. 5 ustawy, co pozwala uznać, iż dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia na obecnym etapie postępowania skutkować może jedynie unieważnieniem postępowania.

„Jedną z przyczyn tego stanu rzeczy {istnienia wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy - przyp. Zamawiającego} jest modyfikacja SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert lub warunków udziału w postępowaniu, która jest niedopuszczalna (art. 38 ust. 5). Gdyby zatem zaistniała konieczność dokonania modyfikacji w takim zakresie, np. zamawiający bezprawnie zastosował kryterium podmiotowe albo dyskryminujący, ograniczający zasadę uczciwej konkurencji warunek udziału w postępowaniu, z uwagi na jej niedopuszczalność

jest zobowiązany unieważnić postępowanie właśnie na podstawie przesłanki określonej w pkt 7 (...).

Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, iż nawet gdyby zmiana opisu przedmiotu zamówienia była dopuszczalna, to Zamawiający nie mógłby tego uczynić, gdyż nie jest w stanie określić zakresu zmiany. W uzasadnieniu unieważnienia postępowania Zamawiający poinformował wykonawców, że został złożony wniosek o zmianę decyzji środowiskowych. Termin wykonania raportu dla całego projektu, stanowiący załącznik do wniosku o wydanie pozwolenia na budowę to koniec maja 2009r. Zamawiający przewiduje, że po uzyskaniu poprawionej decyzji i drugiego raportu koniecznym będzie rozszerzenie zakresu robót budowlanych, w tym również poprzez udzielenie zamówień uzupełniających. W obecnym postępowaniu nie jest to jednak możliwe. W związku z niemożnością określenia przedmiotu zamówienia istnieją uzasadnione podstawy do unieważnienia postępowania.

Zgodnie z wyrokiem z dnia 22 marca 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-476/05). *Brak właściwego opisu przedmiotu zamówienia zgodnego z przepisami ustawy uniemożliwia złożenie ofert które mogły by być porównywalne, albowiem wykonawcy z powodu niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia różnie podejmują decyzje np. co do zakresu zakwalifikowania tych robót, czy też wykazania pracowników, którzy odpowiedzialni będą za określony front robót oraz niezbędnych dla nich kwalifikacji zawodowych”.*

W wyroku z dnia 26 października 1999 r. (sygn. akt UZP/ZO/O-1005/99) ZA stwierdził iż *„Przesłanką stwierdzenia, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy stanowiłby błąd istotny (art. 84 par. 2 kc) popełniony przez Zamawiającego przy określaniu zakresu czynności objętych przedmiotem zamówienia, uzasadniający przypuszczenie, że gdyby zamawiający o nim wiedział i nie działałby pod jego wpływem określiliby przedmiot zamówienia inaczej. „*

Protestujący zarzucił także, naruszenie art. 93 ust. 3 in fine ustawy Pzp w części: „podając uzasadnienie faktyczne (..•)” poprzez jego niezastosowanie. W ocenie Protestującego podane przez Zamawiającego uzasadnienie nie zawiera przytoczenia okoliczności skutkującej koniecznością unieważnienia postępowania z powodu wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy lecz „trudności istniejące w związku z prowadzonymi przezeń inwestycjami „. W ocenie Zamawiającego już samo wystąpienie okoliczności wskazanych w art. 38 ust. 4 b ustawy w sposób wystarczający uzasadnia konieczność unieważnienia postępowania.

Niezasadny jest również zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych w myśl art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Bowiem to kontynuowanie przedmiotowego postępowania, pomimo obligatoryjnych przesłanek do jego unieważnienia spowodowałoby naruszenie wskazanej

przez Protestującego ustawy. „Logika stwierdzenia przez zamawiającego takiej właśnie wady już w toku postępowania o udzielenie zamówienia i unieważnienia tego postępowania wydaje się oczywista. Lepiej bowiem wszcząć od początku nowe postępowanie o udzielenie zamówienia, przeprowadzić je poprawnie (bez takiej wady), a następnie zawrzeć ważną umowę. niż doprowadzić do zawarcia umowy bezwzględnie nieważnej, a tym samym prawie bezskutecznej, oraz do poniesienia konsekwencji prawnych, w tym kosztów, związanych z koniecznością procesu sądowego o stwierdzenie nieważności umowy (podstawę wytoczenia takiego powództwa stanowi przepis art. 189 Kpc). (..).

W dniu 24.12.2008 r. od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wniósł (w piśmie z tej samej daty) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu.

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty protestu i wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie decyzji Zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, spośród ofert złożonych przez zaproszonych wykonawców,
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, na podstawie norm przepisanych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w toku postępowania protestacyjno-odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Istotą sporu jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na nadzór nad projektem nr CCI 2005/PL/16/C/PT/002 „Modernizacja linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław-Poznań, etap II odcinek Wrocław-granica województwa dolnośląskiego”.

Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie w trybie przetargu ograniczonego w dniu 25.02.2008 r. Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu i w dniu 22.09.2008 r. został zaproszony do złożenia oferty.

Dlatego Odwołujący posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp do złożenia protestu i odwołania. Ustalono, że pierwotny termin składania ofert wyznaczono na dzień 04.11.2008 r., a ostatecznie – na dzień 05.12.2008 r. W dniu 01.12.2008 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego, iż unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia.

Rozpoznając zarzuty odwołania dotyczące dokonania czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów art. 93 ust. 3, art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, jak również naruszenia art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. O odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, skład orzekający zważył, na wstępie.

Przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca określił enumeratywnie w art. 93 ust. 1 Pzp. Unieważnienie postępowania z innych powodów niż wskazane w tym przepisie nie jest dopuszczalne i stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zgodnie z art. 93 ust. 3 Pzp, w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający obowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne.

W pierwszej kolejności, po zapoznaniu się z treścią zawiadomienia o unieważnieniu postępowania (pismo z dnia 01.12.2008 r.), skład orzekający uznał, iż nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 3 Pzp poprzez niepodanie uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający wskazał bowiem w uzasadnieniu tego zawiadomienia okoliczności (przytoczone w dalszej części uzasadnienia), które – w jego ocenie – obliowały go do unieważnienia postępowania, zaś wskazany przepis nie uszczegóławia wymogów odnośnie zakresu uzasadnienia faktycznego. Jakkolwiek Odwołujący może nie zgadzać się z podanym przez Zamawiającego uzasadnieniem lub może być ono dla niego niesatysfakcjonujące, to – zdaniem składu orzekającego Izby, wymóg zawarcia uzasadnienia faktycznego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, w rozpatrywanej sprawie został spełniony.

W wyniku rozpatrzenia zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez jego bezpodstawne i nieuzasadnione zastosowanie, skład orzekający Izby uznał zarzut ten za zasadny i zważył, co następuje. Skład orzekający Izby rozpatrzył argumentację, którą Zamawiający zawarł w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, dokonał analizy dokumentacji z postępowania oraz wziął pod uwagę wyjaśnienia Stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie i uznał, że okoliczności sprawy nie uzasadniały unieważnienia przedmiotowego postępowania o zamówienie. Izba dokonała następujących ustaleń stanu faktycznego i prawnego sprawy.

W podstawie prawnej dokonanej czynności unieważnienia postępowania Zamawiający powołał art. 97 ust. 1 pkt 7 Pzp, stanowiący, iż zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie

ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podał, przede wszystkim, iż zachodzi uzasadniona obawa, że kontrakt na usługę nadzoru, jaki zostałby zawarty po zakończeniu procedury przetargowej nie będzie mógł być zrealizowany w zakładanym obecnie zakresie. Wskazał na brak możliwości precyzyjnego określenia terminu wykonania dokumentacji, a tym samym terminu realizacji budowy układu zasilania elektroenergetycznego i określił, których konkretnie robót to dotyczy, co skutkuje brakiem możliwości określenia zakresu robót budowlanych przewidzianych jako kontrakt nr 4, a w rezultacie zakresu nadzoru nad tymi robotami w sposób zgodny z art. 29 Pzp określającym sposoby i wymogi opisanie przez zamawiających przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że w związku z zapytaniami Komisji Europejskiej został złożony wniosek o zmianę decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Termin wykonania raportu dla całego projektu, stanowiący załącznik do wniosku o wydanie pozwolenia na budowę przypadnie na koniec maja 2009 r. Zdaniem Zamawiającego należy się spodziewać, że po uzyskaniu poprawionej decyzji i drugiego raportu konieczne będzie rozszerzenie zakresu robót budowlanych, w tym także poprzez udzielenie zamówień uzupełniających.

Przygotowując niniejsze postępowanie Zamawiający nie przewidział tych okoliczności. Mając na uwadze treść art. 38 ust. 4b ustawy Pzp, w związku z art. 4 ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści SIWZ po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Zgodnie z pkt 2 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, przedmiotem zamówienia jest pełnienie nadzoru w imieniu Zamawiającego nad realizacją projektu pn. „Modernizacja linii E-59 na odcinku Wrocław-Poznań, etap II odcinek Wrocław-granica województwa dolnośląskiego. Usługa obejmuje nadzór nad robotami modernizacyjnymi na linii E 59 odcinek Wrocław-granica województwa dolnośląskiego od km 1,700 do km 59,693 przewidzianymi do realizacji w latach 2008-2011.

Zamawiający zaplanował zawarcie czterech umów na roboty z wykonawcami robót wyłonionymi w drodze czterech postępowań w trybie przetargu nieograniczonego na roboty. Przetarg nr 4 obejmuje budowę układu zasilania elektroenergetycznego (linie zasilające 20 kV i 110 kV, podstacje trakcyjne, linie potrzeb nietrakcyjnych ze stacjami transformatorowymi).

Usługa objęta postępowaniem o zamówienie, które Zamawiający unieważnił obejmuje nadzór, administrowanie i koordynację realizacji umów, które będą podpisane z wykonawcami robót i polega na:

1) pełnieniu funkcji inżyniera zgodnie z warunkami FIDIC na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego oraz urządzenia i budowę z projektowaniem zgodnie z Warunkami Kontraktów FIDIC I edycja 1999 r. wraz z późniejszymi uzupełnieniami,

2) sprawowaniu nadzoru inwestorskiego nad robotami, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane i rozporządzeniami wykonawczymi do tej ustawy,

3) koordynacji umów na roboty budowlane na linii E 59 odcinek Wrocław-granica województwa dolnośląskiego.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł w załączniku nr 4 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia. W załączniku tym w pkt 3.4. Zamawiający określił, m.in., że okres realizacji robót na odcinku Wrocław-granica województwa dolnośląskiego planuje się na 34 miesiące, tj. od listopada 2008 roku do września 2011 roku. Jednocześnie, Zamawiający przewidział rozpoczęcie usługi inżyniera od listopada 2008 roku i zakończenie jej w listopadzie 2012 roku. Usługa wykonywana przez Inżyniera obejmować będzie okres realizacji robót, odbiorów, zgłaszania wad i ostatecznego rozliczenia umów na roboty.

W SIWZ, na str. 7 załącznika nr 4, Zamawiający zastrzegł, iż *„Po podpisaniu umowy na nadzór Zamawiający udostępni wykonawcy dokumentację niezbędną do realizacji usługi – studium wykonalności, koncepcję programowo-przestrzenną, projekty budowlane, projekty wykonawcze, kopie decyzji administracyjnych oraz inne dokumenty będące w posiadaniu Zamawiającego a dotyczące realizacji tej umowy”*.

Ponadto, na str. 7 SIWZ Zamawiający przewidział możliwość wprowadzenia zmian w zakresie robót budowlanych. W świetle powyższego, skład orzekający Izby podzielił stanowisko Odwołującego, iż ewentualne wprowadzenie zmian w dokumentacji technicznej nie będzie skutkowało koniecznością wprowadzenia zmian w opisie przedmiotu zamówienia na nadzór. Zamawiający zastrzegł również, że mogą wystąpić opóźnienia związane z koniecznością uzyskania decyzji administracyjnych.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, iż do chwili obecnej nie zawarł umowy na wykonawstwo robót oznaczonych w SIWZ jako zadanie nr 4 (jak również na zadanie nr 2 i 3). Wyjaśnił również, że nie posiada dokumentacji projektowej dla zadania (robót) nr 4, a także decyzji finansowej dotyczącej tego zadania.

W ocenie składu orzekającego Izby, okoliczności te nie stanowią jednak podstawy do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

W świetle dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz złożonych na rozprawie przez strony postępowania wyjaśnień, Izba ustaliła, iż brak było podstaw faktycznych i prawnych do unieważnienia przedmiotowego postępowania o zamówienie. Okoliczności wskazane w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania nie uzasadniały podjęcia zakwestionowanej czynności Zamawiającego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, brak na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia możliwości precyzyjnego określenia terminu wykonania dokumentacji, konieczność zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, brak decyzji finansowej dotyczącej zamówienia nie stanowią przeszkody do prowadzenia postępowania o zamówienie. SIWZ dotycząca przedmiotowego postępowania o zamówienie na pełnienie nadzoru nie uzależnia bowiem zawarcia umowy w sprawie zamówienia od posiadania przez Zamawiającego wyżej wymienionych dokumentów przed udzieleniem tego zamówienia. Zamawiający, który wskazał na pismo jednego z wykonawców (Halcrow Group Sp. z o.o. Oddział w Polsce - z dnia 28 października 2008 r.) – zapytanie o termin rozpoczęcia i zakończenia robót budowlanych objętych m.in. kontraktem nr 4 nie wykazał, iż zakładany okres realizacji usługi nadzoru ulegnie przedłużeniu. Podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie zapytania wykonawcy było nadmierną reakcją.

Stanowisko Zamawiającego, iż z uwagi na brak możliwości precyzyjnego określenia terminu wykonania dokumentacji i co się z tym wiąże – terminu realizacji budowy układu zasilania elektroenergetycznego, nie jest obecnie możliwe określenie zakresu zarówno robót budowlanych przewidzianych jako kontrakt nr 4, jak również zakresu nadzoru nad tymi robotami w sposób zgodny z art. 29 Pzp nie jest zasadne. Należy wskazać, że zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Skład orzekający ustalił w tym zakresie, że Zamawiający określił w SIWZ zakres nadzoru nad kontraktem nr 4 i - jak słusznie podniósł Odwołujący – brak jest podstaw do twierdzenia, iż wskutek dostarczenia wykonawcy mającemu pełnić nadzór dokumentacji na kontrakt nr 4 po jej przygotowaniu, zaistnieje konieczność zmiany zakresu nadzoru. W SIWZ Zamawiający zawarł wprost informację (na str. 6 załącznika nr 4), że dokumentacja projektowa dla pewnych odcinków robót jest w trakcie opracowywania. Przedmiot zamówienia na nadzór określa się poprzez opis rodzaju nadzorowanych robót, czas ich trwania, wymagania co do ilości i kwalifikacji osób mających sprawować nadzór, wobec tego, ewentualna zmiana projektu dotyczącego robót nie spowoduje konieczności zmiany zakresu pełnionego nad tym projektem nadzoru.

Oczywiście sytuacja, w której Zamawiający mógłby już na etapie przekazania SIWZ przedstawić wykonawcom powyższe dokumenty, byłaby sytuacją korzystniejszą ze względu

na możliwość przygotowania oferty i lepiej by wypełniała dyspozycję art. 29 ust. 2 Pzp, jednak należy zwrócić uwagę, iż okoliczność ta nie jest stanem nowym, lecz istniała w chwili wszczęcia postępowania. Przy tym, zdaniem składu orzekającego Izby, znaczenie ma również tryb prowadzonego postępowania – na obecnym etapie wykonawcy włożyli trud i ponieśli koszty sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i przeszli tę kwalifikację, dlatego słusznym wydaje się, by pozwolić im podjąć decyzję, czy określenie przedmiotu zamówienia i warunków przyszłej umowy – również z uwzględnieniem okoliczności, które podnosi Zamawiający – są wystarczające do złożenia ofert.

Zamawiający powołał się podczas rozprawy również na niemożność zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako przyczynę unieważnienia postępowania, ze względu na zakaz wynikający z art. 38 ust. 4 b Pzp, zgodnie z którym niedopuszczalne jest dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, która to zmiana, jego zdaniem byłaby konieczna ze względu na ewentualną zmianę terminu wykonania i zakresu robót dla kontraktu 4.

Skład orzekający Izby po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia stwierdził, iż zmiana taka nie jest konieczna. Przywołane przez Zamawiającego zdania, których zmiana miałaby dotyczyć, to:

1. „usługa obejmuje nadzór nad robotami modernizacyjnymi (...) przewidzianymi do realizacji w latach 2008-2011” - pkt II.1.5),
2. „planuje się zawarcie czterech umów na roboty z wykonawcami robót (...) Przetarg nr 4 – budowa układu zasilania elektroenergetycznego (linie zasilające 20 kV i 110 kV, podstacje trakcyjne, linie potrzeb nietrakcyjnych ze stacjami transformatorowymi” - pkt II.1.5),
3. „Czas trwania zamówienia lub termin realizacji: okres w miesiącach 48 (od udzielenia zamówienia) - pkt II.3).

W pierwszych dwóch punktach Zamawiający posłużył się zwrotami „przewidziany”, „planuje się”, które ze swojej natury wskazują na niekategoryczność i zmienność – zarówno plany, jak i przewidywania mogą się zmienić lub niezrealizować albo też zrealizować w innym niż początkowo zakładany zakresie.

Zgodnie z definicją zawartą w internetowym „Słowniku języka polskiego” PWN „przewidzieć – przewidywać to 1. przeczuć, domyślić się co będzie, co może nastąpić lub 2. określić, oznaczyć coś z góry” (przy czym praktyka związana zarówno z udzielaniem zamówień publicznych, jak i wykonywaniem robót budowlanych wskazuje, iż w przypadku obu tych przedsięwzięć, zwłaszcza do określenia terminu ich zakończenia oraz zakresu robót budowlanych, można używać tego słowa raczej w pierwszym niż drugim znaczeniu). Natomiast „planować to snuć plany, zamierzać coś, opracowywać plany, np. finansowe,

gospodarcze”.

Poza tym Zamawiający przewidział realizację robót budowlanych na lata 2008-2011, czyli 48 miesięcy. Zatem już w momencie ukazania się ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, tj. 27 lutego 2008 r. (kiedy dwa miesiące roku minęły, a kolejne kilka miesięcy miało trwać postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia) istniała nieścisłość lub niepewność co do okresu realizacji niniejszego zamówienia. Co prawda okres realizacji umowy o nadzór nie musi się pokrywać z okresem realizacji robót budowlanych, gdyż zależy to od postanowień zawartej umowy, jednak rozbieżność ta wskazuje już na fakt, iż okres 48 miesięcy podany w punkcie II.3) będzie doprecyzowany w dalszych dokumentach przetargowych.

Należy też zwrócić uwagę, iż ze względu na konstrukcję wzoru ogłoszenia Zamawiający w punkcie II.3) może wpisać wyłącznie datę rozpoczęcia i zakończenia lub liczbę dni / miesięcy od udzielenia zamówienia (jest to jedyna opcja przewidziana w ogłoszeniu), więc zamawiający nie mogą wpisać innego momentu rozpoczęcia realizacji zamówienia ani podzielić określonego terminu na terminy realizacji poszczególnych etapów, okresy, których się nie wlicza do terminu realizacji, możliwości wstrzymania rozpoczęcia lub wykonywania zamówienia, przedłużenia lub skrócenia terminu itd. Dlatego zamawiający w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia rozbudowują wymagania dotyczące terminu realizacji zamówienia obwarowując je różnymi warunkami, czego nie uważa się za zmianę punktu II.3) ogłoszenia o zamówieniu. Sam Zamawiający tak zrobił w rozdziale 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie ma również przeszkód, by Zamawiający wprowadził do specyfikacji istotnych warunków zamówienia odpowiednie postanowienia, które nie tyle zmieniają, co dookreślają podany okres trwania umowy.

Warto także zwrócić uwagę, iż w chwili obecnej nie jest znana data ewentualnego udzielenia przedmiotowego zamówienia, a postępowanie, pomimo iż toczy się od 10 miesięcy, jest dopiero na etapie przekazania wykonawcom specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem może okazać się, iż w chwili zawarcia przedmiotowej umowy, Zamawiający będzie posiadał brakujące dokumenty i opracowania, a także będzie miał zawarte kontrakty na wykonanie robót budowlanych.

Zamawiający jako jedną z przyczyn uzasadniających unieważnienie postępowania podał zapytanie Komisji Europejskiej, na skutek którego zobowiązany został złożyć wniosek, a ponieważ Zamawiający zastrzegł w siwz, iż „po podpisaniu umowy na nadzór Zamawiający udostępni wykonawcy dokumentację niezbędną do realizacji usługi – studium wykonalności, koncepcję programowo-przestrzenną, projekty budowlane, projekty wykonawcze, kopie decyzji administracyjnych oraz inne dokumenty będące w posiadaniu Zamawiającego a dotyczące realizacji tej umowy” o zmianę decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, co - jego zdaniem - spowoduje, iż dotychczasowy termin realizacji jest terminem nierealnym i

niemożliwym staje się także możliwość uzyskania środków finansowych na ten cel.

Izba uznała, iż Zamawiający nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, iż powyższa okoliczność może spowodować niemożność realizacji zamówienia. Zamawiający nie przedłożył na tę okoliczność żadnych dowodów, nie przedłożył stanowiska Komisji Europejskiej, ewentualnego wystąpienia o wydanie przedmiotowej decyzji, a jego argumentacja sprowadziła się jedynie do wskazania braku możliwości ustalenia chociażby przewidywanego terminu jej wydania. Podniósł jedynie, że zmiana decyzji stawia po znakiem zapytania nie tylko realizację przedmiotowego zamówienia, ale i możliwość uzyskania środków finansowych na jego realizację.

Zamawiający oświadczył bowiem, iż nie posiada decyzji finansowej niezbędnej do finansowania robot, przy czym decyzji takiej – jak oświadczył na rozprawie - nie posiadał także w momencie wszczęcia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Decyzja ta, jak dalej podniósł, uzależniona jest także od decyzji Komisji Europejskiej, która zapadnie po uzyskaniu przedmiotowej decyzji, co w konsekwencji będzie miało wpływ na wydanie decyzji finansowej.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ (s.10), zawierającym istotne postanowienia umowy, jednoznacznie stwierdził, iż w przypadku zmniejszenia wysokości środków finansowych dla przedmiotu zamówienia, zastrzega sobie prawo do ograniczenia zakresu pełnienia nadzorów inwestorskich lub jej przerwania bez żadnych roszczeń finansowych z tego tytułu ze strony wykonawcy. Oznacza to, że niemożność uzyskania środków finansowych, które Zamawiający powinien mieć zagwarantowane już na etapie wszczynania postępowania, nie spowoduje wobec niego roszczeń ze strony wykonawców.

Zamawiający bowiem zarówno w chwili wszczęcia postępowania, jak i czynności jego unieważnienia nie miał pewności, co do tego, czy otrzyma środki finansowe na realizację zamówienia, w jakiej wysokości i kiedy, mimo to dalej prowadził postępowanie. Nie ma też pewności, że takich środków nie otrzyma, czego, o ile faktycznie tak jest, nawet nie uprawdopodobnił. Tym samym okoliczność ewentualnego braku środków finansowych na etapie realizacji umowy, która w konsekwencji spowoduje niemożność realizacji całego zadania, w sytuacji, gdy nie doszło w sprawie do żadnych zmian w tym zakresie, nie może stanowić przesłanki stanowiącej podstawę uzasadniającą unieważnienie postępowania z uwagi na wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Nieuprawnionym jest także argument Zamawiającego, iż ewentualne podpisanie umowy na wykonawstwo spowodowałoby konieczność zapłaty umówionego (ryczałtowego) wynagrodzenia, nawet w przypadku niewykonania zamówienia. Z treści SIWZ, nie wynika bowiem, aby taki obowiązek na nim ciążył. Usługa wykonywana przez inspektora nadzoru obejmować bowiem będzie jedynie wynagrodzenie proporcjonalne do wykonanych robót.

Skład orzekający izby stwierdza, iż art. 93 ust. 1 pkt 7 ustanawia obowiązek unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na Zamawiającym ciąży obowiązek oceny postępowania w kontekście przepisu art. 146 ust. 1 Pzp określającego przesłanki nieważności umowy. W ocenie składu orzekającego Izby okoliczności wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania nie mieszczą się w tym przepisie. Izba podkreśla, iż wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest naruszenie przepisów, które w przypadku zawarcia umowy wywołuje skutek prawny w postaci jej nieważności. Wada ta musi być nieusuwalna, wywierać taki wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, który powoduje jej bezwzględną nieważność. Izba wskazuje, iż unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jednakże Krajowa Izba Odwoławcza nie jest właściwa do orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W świetle powyższego skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 599,00 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy oraz koszty dojazdu pełnomocnika Odwołującego na posiedzenie w wysokości 34 zł na podstawie biletu PKP, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....