

Sygn. akt: KIO/UZP 1089/10

WYROK
z dnia 21 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Project Management Intertecno**” Sp. z o.o., 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 26 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Stale Przedstawicielstwo RP przy Unii Europejskiej w Brukseli, 11-50 Bruksela, avenue de Tervuren 282 – 284, Bruksela** protestu z dnia 7 maja 2010 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Stałemu Przedstawicielstwu RP przy Unii Europejskiej w Brukseli, 11-50 Bruksela, avenue de Tervuren 282 – 284, Bruksela **unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia** Project Management Intertecno” Sp. z o.o., 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 26 **z udziału w postępowaniu ,oraz dokonanie ponownej oceny i badania oferty z zastosowaniem art. 26 ust 3 ustawy Pzp.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Stale Przedstawicielstwo RP przy Unii Europejskiej w Brukseli, 11-50 Bruksela, avenue de Tervuren 282 – 284, Bruksela**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **„Project Management Intertecno” Sp. z o.o., 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 26,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Stałe Przedstawicielstwo RP przy Unii Europejskiej w Brukseli, 11-50 Bruksela, avenue de Tervuren 282 – 284, Bruksela** na rzecz **„Project Management Intertecno” Sp. z o.o., 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 26** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **„Project Management Intertecno” Sp. z o.o., 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 26**

UZASADNIENIE

Zamawiający Stałe Przedstawicielstwo Rzeczypospolitej Polskiej przy Unii Europejskiej z siedzibą w Brukseli, zwane dalej jako Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług zarządzania, realizacją inwestycji polegającej na przebudowie,, modernizacji i wyposażeniu budynku znajdującego się przy Rue Stevin 139 w 1000 Brukseli” ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich numer 2009/S 232-332468 w dniu 2 grudnia 2010 roku

W niniejszym Postępowaniu miała już miejsce procedura odwoławcza zakończona wyrokiem KIO z dnia 6 kwietnia 2010 roku sygn. KIO 360/10

W poprzednim postępowaniu Zamawiający 19 lutego oddalił protest wykonawcy Project Management Intertecno Sp. z o.o. ul. Rakowiecka 36 02-532 Warszawa zwany

dalej Odwołującym się lub PMI. Protest został wniesiony w związku z wykluczeniem Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp oraz unieważnieniu postępowania w oparciu art. 93. ust. 1 pkt 7. W związku z powyższym PMI wniosło w dniu 1 marca 2010 r. odwołanie od rozstrzygnięcia protestu Zamawiającego. W Wyroku KIO nakazała Zamawiającemu unieważnić czynności wykluczenia PMI z postępowania i unieważnienia postępowania, jednocześnie nakazując powtórne badanie i ocenę oferty PMI (PMI pozostało na tym etapie jedynym uczestnikiem postępowania).

W dniu 30 kwietnia 2010 r. Odwołujący otrzymał pismo o wykluczeniu go z postępowania (podstawa prawna art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp) i unieważnieniu Postępowania (podstawa prawna art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp. Uzasadniając wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu Zamawiający podał, że przedłożone przez PMI wraz z ofertą w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dokumenty zawierają błędy, skutkujące brakiem potwierdzenia przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W oparciu o treść przedłożonych dokumentów Zamawiający stwierdził, iż PMI nie potwierdziło posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia w zakresie, w jakim zostało to opisane przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Równocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego że na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy unieważnia przedmiotowe postępowanie z uwagi na okoliczność, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tą wadą według Zamawiającego jest zaistniała sytuacja iż przed ostatecznym zakończeniem niniejszego postępowania, zostało zakończone postępowanie o wyłonienie wykonawcy robót budowlanych budynku w Brukseli na którym to wygrywający to postępowanie miał świadczyć usługi zarządzania realizacją tej inwestycji.

Kontrakt na roboty budowlane został zawarty w dniu 5.03.2010 r. Z tym dniem Zamawiający zobowiązany był zapewnić pełnienie funkcji zarządzającego - zgodnie z postanowieniami tego kontraktu oraz sprawowanie nadzoru budowlanego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7.07.1994r. Prawo budowlane. Czynności w celu wykonania tych obowiązków zostały przez Zamawiającego podjęte. Opisane powyżej fakty i okoliczności w sposób nie budzący wątpliwości wskazują na obiektywną niemożność,

po stronie Zamawiającego, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia w następstwie tej czynności w przedmiotowym postępowaniu ,ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Bowiem część obowiązków zarządzającego realizacją Inwestycji polegającej na przebudowie, modernizacji i wyposażeniu budynku znajdującego się przy Rue Stevin 139 w 1000 Brukseli została już zrealizowana, z uwagi na podpisanie i rozpoczęcie realizacji oraz wykonanie części kontraktu na roboty budowlane. Zamawiający nie jest uprawniony do zmniejszenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego zakresu świadczenia wykonawcy, gdyż czynność taka stanowić będzie rażące naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 38 ust. 4 oraz art. 140 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy obowiązujące w odniesieniu do prowadzonego postępowania nie przewidują możliwości zmiany sposobu splanowania świadczenia przez wykonawcę przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nadto, ewentualna zmiana zakresu świadczenia wykonawcy stanowić będzie naruszenie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a to z uwagi na fakt, iż postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przewidywały możliwości dokonania takiej zmiany oraz nie określały warunków takiej zmiany.

Na powyższą decyzję odwołującego o wykluczeniu go z postępowania i unieważnieniu postępowania Odwołujący pismem z dnia 7 maja 2010 roku złożył do Zamawiającego protest i wskazał ,że Zamawiający swoim celowym działaniem naruszył przepisy art. 7 ustawy, art. Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, art. 26 ust. 3 Ustawy oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy, Wniósł o: unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2010 r. polegających na wykluczenia PMI z postępowania i unieważnieniu przedmiotowego postępowania, przywrócenie PMI do Postępowania, nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ważnych ofert złożonych w postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu podał ,że postępowanie Zamawiającego wskazuje na znaczny zakres popełnionych błędów, uchybień i naruszeń ustawy co sprawia, że łącznie stanowią one **rażące** naruszenie porządku prawnego Pzp.

Podaje ,że Zamawiający nie jest chyba do końca świadomy wielkiej wagi nadużyć jakich się dopuścił. Z przepisu art. 7 ust.1 Pzp wynikają dwie, fundamentalne dla prawa zamówień publicznych zasady ogólne: zasada równości oraz zasada uczciwej konkurencji wyrażające się w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i respektowania przepisów Pzp.

Zamówienie publiczne może być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu na podstawie przepisów Pzp. Wszelkie odstępstwa mogą mieć miejsce tylko wtedy, gdy przepisy Ustawy to przewidują. Poza tymi odstępstwami zamawiający nie ma możliwości wydatkowania środków w sposób inny niż przewidziany w przepisach Pzp. Jeżeli do wydatkowania środków dochodzi poprzez udzielenie zamówienia z pominięciem tych przepisów, może to jedyne oznaczać, iż wydatek nastąpił nielegalnie.

Nadto podaje, że zarzuty Zamawiającego mające uzasadniać wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu niespełniania oferty wymogów siwz podnoszone na obecnym etapie po prawomocnym Wyroku KIO, stanowią nieudolną próbę stworzenia pretekstu do odrzucenia ważnej i zgodnej z SIWZ oferty Odwołującego.

Zamawiający rozstrzygnął w dniu 7 maja 2010 roku złożony protest w całości go oddalając. W uzasadnieniu oddalenia wskazał, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp jest bezzasadny. Przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp wskazuje, iż po stronie Zamawiającego powstaje obowiązek unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten koreluje przede wszystkim z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, określającym przesłanki, których zaistnienie przesądza o nieważności umowy o zamówienie publiczne. Przy tym należy uznać, że wszystkie wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp przypadki naruszeń przepisów ustawy odnoszące się do prowadzenia postępowania są wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania. W uzasadnieniu oddalenia protestu Zamawiający nie ustosunkował się merytorycznie do zarzutów Protestującego dotyczących niespełnienia oferty warunków określonych w siwz.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż nieuprawnione i oczywiście bezzasadne są twierdzenia Protestującego o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy w związku z koniecznością powierzenia pełnienia czynności nadzoru i kontroli nad realizacją inwestycji innemu podmiotowi. Zamawiający oświadcza, iż działania te zostały wykonane z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w zaistniałej wyjątkowej sytuacji dokonał wyboru wykonawcy pełniącego funkcje nadzorcze i kontrolne nad realizacją inwestycji na czas niezbędny do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przewidzianym w ustawie Pzp.

W tej sytuacji protestujący PMI pismem z dnia 26 maja wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na oddaleniu w dniu 17 maja 2010 r. protestu. W zasadniczej części odwołania zostały podniesione zarzuty i ich argumentacja tak jak w złożonym proteście. Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2010r. polegających na: wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, unieważnieniu Postępowania, oraz nakazanie Zamawiającemu przywrócenia Odwołującego do Postępowania, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ważnych ofert i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: **odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Na wstępie Izba przywołuje główne argumenty z orzeczenia Izby z dnia 6 kwietnia 2010 roku w którym to Izba uwzględniła odwołanie „Project Management Intertecno” Sp. z o.o., 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 36 i nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty i czynności unieważnienia postępowania oraz nakazała ponowne dokonanie badania i oceny oferty „Project Management Intertecno” Sp. z o.o. Odrzucenie oferty i unieważnienie postępowania w tamtym postępowaniu wynikało z tego, że Zamawiający stwierdził, że Project Management Intertecno Sp. z o.o. ołożył opis procedur i metodyki działań powielający postanowienia siwz, w związku z czym sporządził ofertę sprzecznie z wymaganiami zamawiającego. W uzasadnieniu wyroku Izba stwierdziła, że w tym zakresie treść oferty odwołującego się odpowiada treści siwz. Braki zarzucane ofercie odwołującego się nie znajdują podstawy w ustalonych w treści siwz wymaganiach zamawiającego. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie

odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. To na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty z twierdzenia o jej brakach, spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 188 ust. 1 ustawy. W okolicznościach sprawy brak jest podstaw do uznania, że oferta odwołującego się zawiera podnoszone w informacji o odrzuceniu oferty braki. Odrzucając ofertę odwołującego się zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, skoro więc oferta odwołującego się nie podlegała odrzuceniu odpadała również przesłanka unieważnienia postępowania wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy.

W obecnym postępowaniu Zamawiający w wyniku ponownego badania i oceny oferty Odwołującego stwierdził, że dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zawierają błędy, skutkujące brakiem potwierdzenia przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a po stronie Zamawiającego w związku z zaistnieniem podstawy do unieważnienia postępowania, nie zachodzi obowiązek wezwania Wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zamawiający wskazał na następujące błędy w przedłożonych dokumentach.

- w wykazie wykonanych w okresie ostatnich 3 lat usług- wskazał na brak udowodnienia iż wykonywane inwestycje spełniają wymogi określone w siwz,
- w wykazie osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia -stwierdził że osoby te nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
- w zaświadczeniu o posiadaniu przez Odwołującego zdolności kredytowej Zamawiający zarzucił, że w informacji Bank Handlowy w Warszawie S.A. brak jest danych potwierdzających że wysokość posiadanych przez PMI środków finansowych jest nie niższa niż 100.000 EURO. Dane finansowe podane zostały wyłącznie w walucie PLN, bez przeliczenia na walutę EURO.
- w przedłożonej polisie ubezpieczeniowej potwierdzającej, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę nie mniejsza niż 1.000.000EURO:

Z treści polisy przedłożonej przez PMI wynika, iż suma ubezpieczenia wynosi 4.000.000 co nie odpowiada równowartości wymaganej kwoty ubezpieczenia.

Skład orzekający w trakcie rozprawy w dniu 15 czerwca 2010 r. przeprowadził postępowanie w przedmiotowej kwestii i uznał, że bezprawne było

zaniechaniedokonania przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Wszystkie zarzucane braki podlegają zdaniem Izby uzupełnieniu w tym trybie. Zamawiający wobec tego zobowiązany jest do dokonania wezwania i oceny uzupełnionych dokumentów.

Nadto należy podnieść fakt, że w stosunku do w/w zarzutów rozpatrywanych w trakcie rozprawy Zamawiający nie stwierdził jednoznacznie, że w wyniku wezwania strony do uzupełnienia kwestionowanych dokumentów, jego stanowisko nie uległoby zmianie. Wskazuje to na potrzebę ponownej analizy zakwestionowanych przez Zamawiającego dokumentów, przedłożonych wraz z ofertą przez Odwołującego. Za taką argumentacją przemawia również fakt iż Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu niemalże zupełnie pominął merytoryczne rozpatrzenie zarzutów odwołujących się do braków wymienionych dokumentach, ograniczając się do lakonicznego stwierdzenia, że *„zamawiający podtrzymuje ustalenia będące wynikiem dokonania oceny oferty złożonej przez PMI w tym zakresie”*

W rozpatrywanej sprawie pomimo istnienia dwóch grup zarzutów podniesionych przez Zamawiającego, to kluczowa sprawą rzutująca według Zamawiającego na wynik postępowania jest konieczność unieważnienia postępowania, gdyż przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp wskazuje, iż po stronie Zamawiającego powstaje obowiązek unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego wskazał, że podstawą unieważnienia postępowania jest art. 93ust. 1 pkt. 7 w związku z art. 140 ust 1 i 3 oraz art. 144 ustawy Pzp.

Rozpatrując zarzut Odwołującego dotyczący nieprawidłowego unieważnienia postępowania Izba we wstępnej fazie ustaliła co następuje:

- 1) Zamawiający wskazuje, że w sprawie zaistniały okoliczności faktyczne spowodowane wyłonieniem wykonawcy robót budowlanych na budynku w Brukseli, przed wyłonieniem wykonawcy usługi zarządzania realizacją tej inwestycji i tym samym był on zmuszony do powierzenia pełnienia czynności nadzoru i kontroli nad realizacją inwestycji innemu podmiotowi. Powierzone czynności wchodziły w zakres oferty obejmującej przedmiotowe postępowanie
- 2) Zamawiający podnosi, że nie może zawrzeć umowy z Odwołującym gdyż zakres obowiązków zarządzającego, przewidziany w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia, uległ ograniczeniu tak dalece, że zawarcie z Protestującym umowy o treści wynikającej z zapisów specyfikacji oraz oferty Protestującego byłoby sprzeczne z art. 140 ust 1 ustawy Pzp.

Oceniając takie stanowisko Zamawiającego Izba stwierdza, że:

- zaistniała sytuacja nie jest wynikiem jakichś obiektywnych zdarzeń lecz jest wynikiem działania Zamawiającego. Profesjonalizm w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie polega tylko na tym aby sprawę prowadziły osoby znające przepisy prawa zamówień publicznych. Wymagany on jest również w prawidłowym rozplanowaniu w czasie poszczególnych etapów postępowania tak aby od jego wszczęcia do podpisania umowy był przewidziany realny czasookres na dokonanie wszystkich czynności , w tym uwzględnienie czasu, niezbędnego na ewentualne wnoszenie przez uczestników postępowania, środków ochrony prawnej.
 - należy wskazać iż od uczestników postępowania o zamówienie publiczne, wymaga się nie tylko samego profesjonalizmu ale także uczciwości w obrocie gospodarczym, czego w tym przypadku zabrakło. Jak inaczej ocenić fakt ,że Zamawiający jak podaje w piśmie z 30.04.2010 roku, iż umowę z podmiotem zewnętrznym dotyczącym usługi zarządzania realizacją inwestycji w Brukseli zawarł w dniu 5 marca 2010 roku, a więc miesiąc po rozstrzygnięciu przetargu i jeszcze przed pierwszym rozstrzygnięciem, odwołań przez KIO które miało miejsce w dniu 30 marca 2010 roku. O tym fakcie Zamawiający nie poinformował zarówno Izby jak i stron postępowania. Takim postępowaniem naruszył w zakresie udzielenia zamówienia przepis art. 93 ust.5 ustawy poprzez brak zawiadomienia wykonawców którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia o toczącym się równoległe postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na zamówienie obejmujące przedmiot niniejszego postępowania.. Przesłanką takiego obowiązku jest wniosek w tym zakresie wykonawcy, jednakże w sytuacji kiedy w sprawie toczyło się postępowanie odwoławcze żaden z wykonawców nie mógł przewidzieć takiego zachowania Zamawiającego. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na część przedmiotu niniejszego postępowania jednemu z oferentów niniejszego postępowania na pewno ułatwiłoby Zamawiającemu rozwiązanie obecnej sytuacji.
- Izba stwierdzą ,że naruszeniem zasad prawnych w państwie prawa byłoby zalegalizowanie postępowania podmiotu ,który wskutek złamania porządku prawnego i w następstwie tej zaistniałej sytuacji, dąży do wykazania ,że jego postępowanie w tej zmienionej sytuacji wymaga ochrony prawnej. W tej sytuacji

Izba nie może chronić Zamawiającego przed ewentualną wyższą zapłatą za roboty wynikające z przedmiotu oferty, tylko dlatego, że wskutek jego działań część przedmiotu Zamówienia jest wykonywana przez podmiot trzeci.

Takie stanowisko powodowałoby negatywne konsekwencje dla wykonawcy który składając ofertę, mając szansę na uzyskanie zamówienia publicznego, traci ją tylko dlatego, że Zamawiający wskazuje, że w sposób niewłaściwy założył czasookres trwania postępowania o zamówienie publiczne i tym samym musi dopuścić do realizacji przedmiotu zamówienia, podmiot spoza uczestników tego postępowania.

Izba zwraca uwagę na ewentualną nieważność umowy zawartej z podmiotem trzecim gdyż zgodnie z art. 182 ust. 1 w związku z ust. 2 do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu – art. 182 ust. 2 pkt. 3, umowa w przedmiocie zamówienia nie może być zawarta. Stosowanie w tym zakresie przez Zamawiającego dzielenie przedmiotu zamówienia i dodatkowego trybu postępowania, nie może sanować przedmiotowego zakazu.

Odnoszą się argumentacji prawnej Zamawiającego o konieczności w zaistniałej sytuacji unieważnienia postępowania, Izba stwierdza, że art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga dla prawidłowości jego zastosowania, stwierdzenia zaistnienia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. 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.

W przedmiotowej sprawie brzmienie art. 146 ust. 1 pkt 6 p.z.p., przez pryzmat, którego należy odczytywać przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, że ustawodawca rygor nieważności umowy przewidział nie dla każdego przypadku naruszenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów tej ustawy, ale jedynie do przypadków naruszenia, które miało wpływ na wynik postępowania. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę. Przepis art. 140 ustawy Pzp. ust. 1 stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, jednakże przepis ust. 3 tegoż artykułu (w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 o zmianie ustawy Prawo zamówień

publicznych) przewiduje sankcję nieważności jedynie w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający powołując się na przesłankę z art. 93 ust.1 pkt 7 musi wykazać obiektywny związek przyczynowy pomiędzy wadą postępowania a niemożnością zawarcia umowy /KIO 670/09/ Przy czym pomiędzy wadliwością postępowania a nieważnością umowy musi wystąpić wada która ma charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę.

W przedmiotowej sprawie Izba stwierdza, że brak jest obiektywnej, niezależnej od stron ,albo nie dającej się wcześniej przewidzieć wady postępowania, która uniemożliwia skuteczne zawarcie umowy ,a tym samym uzasadnia unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne.

W zakresie powołania jako podstawy konieczności unieważnienia postępowania art. 140 ust. 1 i 3 ustawy, Izba stoi na stanowisku, że ustawodawca w ust. 3 przewidział nieważność tylko w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w siwz. Takie stwierdzenie wskazuje na możliwość zmiany zakresu świadczenia w pozostałym zakresie / komentarz pod. Red. A. Greleckiego/. Tym samym wydaje się możliwe wskazanie w umowie mniejszego zakresu przedmiotu świadczenia, gdyż cel tego przepisu – wyeliminowanie możliwości zwiększania zakresu przedmiotu świadczenia poza zakres objęty procedurą udzielania zamówień w trybie ustawy , nie będzie naruszony.

Odnosnie dopuszczalności zmiany umowy i wskazania przez Zamawiającego art. 144 ustawy jako jednej z podstaw unieważnienia postępowania , w związku z tym iż zakres pozostałych do wykonania czynności wynikających z przedmiotu zamówienia jest mniejszy niż to wynika z siwz i oferty, Izba zwraca uwagę na fakt ,że przepis operuje określeniem „ zawartej umowy”, natomiast w sprawie mamy do czynienia tylko z projektem umowy. W tej sytuacji mimo ,że Zamawiający nie przewidział w projekcie umowy, bezpośredniej możliwości jego zmiany , to jednak opierając się na orzecznictwie sądów w tym zakresie , -wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu sygn. Ca 262/05, gdzie sąd orzekł, że” nie ma przeszkód aby zastosować art. 144 ust.1 ustawy po wyborze najkorzystniejszej oferty, a jeszcze przed podpisaniem umowy. W ocenie sądu jeśli można zmienić postanowienia umowy już zawartej / w trybie przepisów kodeksu cywilnego/ to wydaje się , że tym bardziej można zmienić prawa i obowiązki stron przyszłej umowy w stosunku do

treści oferty.... Zastosowanie art. 144 ustawy po wyborze oferty a jeszcze przed podpisaniem umowy nie narusza art. 38 ust.4 który odnosi się do modyfikacji treści specyfikacji, ”.

Izba uwzględniając powództwo, jednocześnie w sposób niezobowiązujący dla stron wskazuje na istniejące możliwości rozwiązania przedmiotowej sprawy. Na wstępie Izba podnosi, że opierając się na konieczności przestrzeganiu porządku prawnego w zakresie zamówień publicznych widzi potrzebę – jeśli nie wystąpią inne przesłanki związane z niespełnianiem przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zawarcia między stronami umowy na przedmiot niniejszego postępowania. Tylko szybkie zawarcie umowy daje możliwość uniknięcia dalszych naruszeń ustawy Pzp w tej sprawie. Wyłonienie wykonawcy na niewykonaną jeszcze część robót objętych przedmiotowym postępowaniem w trybie nowego przetargu ,przy występującej dynamice wykonywania robót, wydaje się mało realistyczne.

Wobec powyższego Izba wskazuje ponadto ,ze na przepisy art. 353 kc dopuszczającego możliwość skorygowania na drodze sądowej ilości wykonanych robót , a tym samym ceny zapłaconej wykonawcy przy ostatecznym rozliczeniu robót. Nadto z analizy zapisów umowy § 6 ust. 2 projektu umowy wynika możliwość zlecenia wykonania części robót podwykonawcom. Wskazuje to na prawną możliwość aby Odwołujący wykazał część robót wykonywanych obecnie przez podmiot trzeci jako swojego podwykonawcę, a tym samym Zamawiający zapłacił by kwotę wynikającą z oferty i odpadłby zarzut nieważności zawartej przez Zamawiającego umowy z podmiotem trzecim.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy i wniosków stron na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....