

WYROK

z dnia 8 kwietnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Ryszard Tezlaff

Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2014 roku przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Koleje Dolnośląskie S.A. w Legnicy**

przy udziale wykonawcy **NEWAG S.A. w Nowym Sączu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy**, i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy** na rzecz zamawiającego **Koleje Dolnośląskie S.A. w Legnicy** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 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 Legnicy**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 27 marca 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą Pzp”), odwołanie złożył wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (zwany dalej „Odwołującym”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę 11 nowych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych na potrzeby realizacji zadań przewozowych przez Spółkę Koleje Dolnośląskie S.A.”, prowadzi Zamawiający: Koleje Dolnośląskie S.A. z siedzibą w Legnicy. Publikacja ogłoszenia o zamówieniu miała miejsce w Dz. Urz. UE pod numerem 2013/S150-261717. Znak sprawy nadany przez Zamawiającego: KD/HZ3/71/2013. Dotychczas umowa w sprawie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie nie została zawarta.

Odwołanie wniesiono wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp polegające na zaniechaniu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego do dnia 22 marca 2014 r., co uchybia zasadom prowadzenia postępowania z poszanowaniem zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców prowadząc do nieuzasadnionego okolicznościami faworyzowania przedsiębiorcy wybranego w efekcie dotychczas przeprowadzonych w postępowaniu czynności, przez co postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec tego, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Legitymację Odwołującego do wniesienia i popierania odwołania uzasadnia okoliczność, iż był on w gronie wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Oferta Odwołującego nie została jednak w efekcie dotychczas przeprowadzonych w postępowaniu czynności uznana za ofertę najkorzystniejszą. Niemniej, w interesie Odwołującego pozostaje zachowanie zasad uczciwej konkurencji na każdym etapie prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia, w tym również po dokonaniu wyboru oferty. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, iż w świetle regulacji przepisu art. 2 punkt 7a ustawy Pzp, wybór oferty w żadnym razie nie może być traktowany

jako czynność kończąca postępowanie, a zasady udzielania zamówień znajdują zastosowanie, aż do ostatniej czynności podejmowanej w postępowaniu, którą jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zarzucane w odwołaniu zaniechanie przez Zamawiającego przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych po etapie wyboru oferty prowadzi do nieuzasadnionego okolicznościami faworyzowania przedsiębiorcy wybranego w efekcie dotychczas przeprowadzonych w postępowaniu czynności. Jedynym prawidłowym skutkiem uchybień, które w postępowaniu wystąpiły, winno być po dacie 22 marca 2014 r. unieważnienie postępowania, które z punktu widzenia interesów wszystkich wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia jest rozwiązaniem obiektywnie neutralnym.

W uzasadnieniu podniesiono, że w dniu 25 listopada 2013 r. Zamawiający dokonał publikacji informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. W postępowaniu prowadzonym przez Koleje Dolnośląskie S.A. harmonogram dostaw pojazdów ma charakter z góry zredagowanego harmonogramu wskazującego konkretne daty (a nie terminy, np. określające liczbę tygodni na realizację danego obowiązku umownego od chwili zawarcia umowy). Kluczowe dla dalszych rozważań jest zwrócenie uwagi na harmonogram określony dla realizacji tzw. zadania A:

Dostawy rozpoczęcie 22.05.2014 r. zakończenie 24.08.2015 Zadanie A:

- pierwszy pojazd do 22 maja 2014r.
- drugi pojazd do 22 maja 2014r.
- trzeci pojazd do 24 lipca 2014r.
- czwarty pojazd do 24 lipca 2014r.
- piąty pojazd do 24 września 2014r.
- szósty pojazd do 24 września 2014r.

Zarazem, zgodnie z postanowieniami SIWZ (Załącznik nr 2a do SIWZ opis przedmiotu zamówienia - wymagania techniczne pkt 6) pojazd musi posiadać opracowaną Dokumentację Systemu Utrzymania zgodnie z wymogami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U, Nr 212 poz,1771 ze zm.). Dokumentacja musi być dostarczona Zamawiającemu w terminie 3 miesięcy przed terminem dostawy pierwszego pojazdu. W przypadku konieczności naniesienia poprawek w DSU, wynikłych w procesie zatwierdzania tej dokumentacji w UTK, obowiązek dokonania przedmiotowych poprawek spoczywa na Wykonawcy.

Na marginesie trzeba zwrócić uwagę, iż na etapie redagowania SIWZ Zamawiający dopuścił się niekonsekwencji i niespójności w określaniu wiążącego wykonawcę terminu na dostarczenie dokumentacji (zob. załącznik nr 3 do projektu umowy w sprawie zamówienia

publicznego, gdzie w kolumnie 4 tabeli termin dostarczenia Dokumentacji Systemu Utrzymania pojazdów określono na co najmniej 2 miesiące przed planowaną dostawą pierwszego pojazdu).

Wobec rozbieżności w określeniu terminów przez samego Zamawiającego, uznać trzeba, iż za wiążący dla wykonawcy, z którym hipotetycznie zawarta zostałaby umowa, traktować należałoby ów korzystniejszy dla niego (tj. późniejszy) termin. Przemawia za tym leżąca u fundamentów polskiego systemu prawa cywilnego zasada, którą wyraża paremia in dubio contra proferentem (zob. Z. Radwański, Prawo cywilne - część ogólna. Tom 2, w: System Prawa Prywatnego, Warszawa 2002, s. 80-81). Zamawiający jako podmiot redagujący treść warunków stosunku prawnego stron, występując w roli profesjonalisty (por. art. 355 § 2 Kc) ponosi odpowiedzialność za należyłą jakość redagowanego przez siebie tekstu oświadczenia woli (zob. Z. Radwański, Prawo..., s. 82), gdyż korzysta bowiem z faktycznie jednostronnej swobody formułowania treści umowy (por. wywód Z. Radwańskiego, Prawo. s. 83).

Biorąc pod uwagę wyżej wyeksponowany fakt, że dostawa pierwszego pojazdu ma nastąpić do dnia 22 maja 2014 r., a dokumentacja ma zostać dostarczona na 2 miesiące przed dostawą (zgodnie z interpretacją korzystniejszą dla adresatów oświadczenia woli sformułowanego przez Zamawiającego), Dokumentacja Systemu Utrzymania powinna być dostarczona, zgodnie z przepisem art. 112 Kc, najpóźniej do dnia 22 marca 2014 r. W niniejszym aspekcie należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z postanowieniem § 1 ust. 8 projektu umowy zawartego w SIWZ z punktu widzenia oczekiwań Zamawiającego dochowanie terminów świadczenia ma kluczowe znaczenie: „Terminy określone w ust 7 Strony niniejszej umowy traktują jako ostateczne i nieprzekraczalne zgodnie ze szczegółowymi postanowieniami umowy. Wcześniejsza niż w terminach określonych w ust. 7 dostawa ezt jest możliwa i uzależniona od wcześniejszego poinformowania o przedmiotowym fakcie Zamawiającego, zgodnie ze szczegółowymi postanowieniami niniejszej umowy”.

Trwający aktualnie i spodziewany nadal stan braku zawarcia umowy niesie za sobą obiektywną i trwałą niemożliwość spełnienia tego świadczenia. Wobec nieistnienia dotychczas stosunku umownego, który w zamierzeniu Zamawiającego miał zostać ukształtowany między nim a wykonawcą, z obiektywnych względów termin zastrzeżony na dostarczenie jednego ze świadczeń obciążających wykonawcę nie został dochowany i dochowany nigdy być nie może. W ocenie Odwołującego jest to konsekwencja błędów popełnionych przez Zamawiającego w procedurze udzielania zamówienia publicznego. Dodatkowo na uwagę zasługuje fakt, że zgodnie z postanowieniem § 4 ust. 1 lit. c zawartego w SIWZ projektu umowy - za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu innych zobowiązań

wynikających z umowy, dla wykonania których na mocy postanowień niniejszej umowy zostały określone odpowiednie terminy (co bezspornie obejmuje również świadczenie polegające na dostarczeniu Dokumentacji Systemu Utrzymania określono terminowe w postanowieniach załącznika nr 3 do umowy) należy się Zamawiającemu kara umowna w wysokości 01, % ceny brutto danego pojazdu. Z analizowanego postanowienia umowy wynika, iż w okolicznościach niniejszej sprawy, karę umowną należałoby wyliczać w odniesieniu do wszystkich pojazdów. Zastrzeżono ją bowiem na zabezpieczenie terminu dostarczenia Dokumentacji Systemu Utrzymania odnoszącej się do całego typu pojazdów będących przedmiotem zamówienia publicznego, Typ ten, w świetle postanowień umowy będzie obejmował wszystkie 11 elektrycznych zespołów trakcyjnych. Skoro zatem wyłoniony w postępowaniu wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 81 401 400 zł za zadanie A oraz 95 940 000 zł za zadanie B (w sumie 177 341 400 zł), to za każdy kolejny dzień, w którym nie jest związany umową w sprawie zamówienia publicznego od chwili uchybienia terminowi na dostarczenie Dokumentacji Systemu Utrzymania wykonawca niejako zwolniony zostaje z odpowiedzialności cywilnej wprost przewidzianej w SIWZ na kwotę 177 341.40 zł. Na dzień sporządzenia niniejszego odwołania jest to kwota: 886 707 zł.

Niewątpliwie wyegzekwowanie przez Zamawiającego od wykonawcy należytego wykonania umowy w zakresie terminowości będzie w każdym wypadku utrudnione ze względu na konsekwencję owego pierwotnego mankamentu stosunku prawnego. Skutki zaistniałej sytuacji są niemożliwe do zaakceptowania w świetle zasad zgodnego z prawem wydatkowania środków publicznych (art. 44 ust. 3 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych - tj. Dz. U, 2013 r., poz. 885 ze zm., gdzie mowa m.in. o kryteriach celowości i efektywności w czynieniu wydatków), Nadmienić trzeba, iż w wypadku hipotetycznego zawarcia przedmiotowej umowy i poniesienia przez Zamawiającego wydatków ze środków europejskich przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, wydatki te, z uwagi wadliwość prawną umowy traktowane musiałyby być jako niekwalifikowane (Wytyczne Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko z dnia 21 czerwca 2011 r.).

Doprowadzenie w sprawie do sytuacji, w której Zamawiający nie ma prawnej możliwości egzekwowania od wyłonionego w postępowaniu wykonawcy jego obowiązków umownych wynikających z postanowień SIWZ i znajdujących odbicie w treści oferty, prowadzi do pozbawionego podstaw uprzywilejowania sytuacji tego wykonawcy w niniejszym postępowaniu, a także w ogóle na rynku produkcji taboru szynowego. Wyłoniony wykonawca, nie będąc związanym postanowieniami umowy, a jednocześnie pozostając w uzasadnionym przekonaniu, iż (wobec zaniechania przez Zamawiającego unieważnienia

postępowania) do zawarcia umowy wkrótce dojdzie, znajduje się w pozycji uprzywilejowanej wobec innych podmiotów, które konkurowały o uzyskanie tego zamówienia. Jak wskazano wyżej, w braku możliwości obciążenia go odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie dotąd nieistniejącego jeszcze zobowiązania umownego, uwalnia się on od ryzyka kontraktowego związanego z ubieganiem się o zamówienie i jego realizowaniem. Im dłużej będzie trwał obecny stan, tym większą ekonomicznie i organizacyjnie korzyść w stosunku do pierwotnie zakładanych warunków realizacji zamówienia, odnosi wyłoniony w postępowaniu wykonawca. Takie jego uprzywilejowanie, prowadzące do faktycznego zwolnienia z części obowiązków narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wobec obiektywnego uchybienia terminowi zastrzeżonemu na realizację pierwszego ze świadczeń wykonawcy, będzie on mógł - w wypadku uchybienia dalszym terminom umownym (np. terminowi na dostawę pojazdów) również uchylać się od odpowiedzialności i terminowości świadczenia, powołując się na niezależne od niego i zarazem niosące dlań wymierne korzyści mankamenty działań Zamawiającego na obecnym etapie postępowania. Działania te nie wytrzymują jednak obrony ani na gruncie Pzp, ani na gruncie szerzej rozumianych obowiązków dysponentów środków publicznych, które wynikają z ustawy finansach publicznych.

W ocenie Odwoływającego, zasada zapewniania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców znajduje zastosowanie przez cały czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle przepisu art. 2 punkt 7a ustawy Pzp, nie sposób uznać, by obecnie, to jest dopóki nie zawarto umowy, postępowanie było już zakończone. Trwa ono bowiem, aż do czasu zawarcia umowy lub do zastosowania innego trybu zakończenia postępowania. Stanowisko, iż postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego nie kończy się wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty znajduje potwierdzenie w tezie wyroku KIO z dnia 9 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2314/11. W judykaturze obecna jest nadto, zdeterminowana przez cel postępowania wskazany w przepisie art. 2 punkt 7a Pzp koncepcja tzw. zakończenia postępowania z zastrzeżeniem warunku zawieszającego (wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2630/10), zgodnie z którą wybór najkorzystniejszej oferty tylko wtedy kończy postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, gdy jego skutkiem będzie zawarcie umowy z wyłonionym wykonawcą. Dodać trzeba, iż w świetle uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2010 r., sygn. akt III CZP 103/2010 postępowanie „o udzielenie zamówienia publicznego” na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 pkt 7a ustawy (w brzmieniu tego przepisu obowiązującym od 29 stycznia 2010 r., Dz. U. 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. Umowa, mimo jej cywilnoprawnego charakteru; podlega rygorom ustawy. W okolicznościach niniejszej sprawy, nie sposób uznać, że po upływie dnia 22 marca 2014 r. - dnia zastrzeżonego jako termin jednego ze świadczeń wykonawcy, brak było możliwości, a nawet obowiązku podejmowania przez Zamawiającego aktywnych działań w postępowaniu zmierzających do jego unieważnienia na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Faworyzowanie wyłonionego wykonawcy niesie za sobą bowiem niekorzystne skutki zarówno dla interesu Zamawiającego, jak i dla ogólnie rozumianego interesu publicznego.

Mając na uwadze wyżej wskazane mankamenty postępowania, wskazać trzeba, że postępowanie prowadzone przez Zamawiającego pod znakiem KD/HZ3/71/2013 dotknięte jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą nie tylko wyegzekwowanie od wyłonionego wykonawcy świadczenia odpowiadającego treści złożonej oferty (co do terminów realizacji poszczególnych świadczeń), lecz również uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący na poparcie swego stanowiska uważa za celowe zwrócenie uwagi na zachowujący aktualność w okolicznościach niniejszej sprawy dorobek orzeczniczy KIO. Możliwość podjęcia w niniejszej sprawie aktywności przez Zamawiającego, który winien na każdym etapie sprawy baczyć, by nie doprowadzić do zawarcia umowy, które ze swej istoty podlegać będzie unieważnieniu znajduje potwierdzenie w wywodach poczynionych przez KIO w wyroku z dnia 21 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 310/13 oraz w wyroku z dnia 18 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 755/13. Tożsamy punkt widzenia zaprezentowano nadto w wyroku z dnia 22 marca 2013 r., sygn. akt KIO 532/13. Wreszcie, wskazać trzeba, że w myśl wyroku KIO z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2730/13 „Wada postępowania, o której mowa w art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych jest wadą o charakterze nieusuwalnym i jednocześnie powodującym, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu.”

Stojąc na stanowisku o celowości i konieczności niniejszego odwołania, Odwołujący zwraca uwagę na słuszny i w pełni odzwierciedlający literę prawa wywód autorstwa uznanego przedstawiciela doktryny prawa zamówień publicznych - J. E. Nowickiego, według którego: „Co do zasady wady w rozumieniu art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp co do zasady zostały wymienione w art. 146 ust 1 Pzp. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nie odwołuje się jednak wyłącznie do art. 146 i tym samym nie można twierdzić, że wyłącznie przesłanki z art. 146 ust. 1 Pzp stanowią podstawę do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odniesienie „niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

w sprawie zamówienia publicznego" wyłącznie do art. 146 ust 1 prowadzioby do niemożliwego do zaakceptowania wniosku, że nawet wystąpienie nieusuwalnej wady w sposób oczywisty mającej wpływ na wynik postępowania, uniemożliwi zamawiającemu jego unieważnienie, nakładając tym samym na zamawiającego obowiązek zawarcia umowy. Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy" (tak: opracowanie pt. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych opubl. <http://conexis.pl/opinie/39-uniewaznienie-postepowania-na-podstawie-art-93-ust-1-pkt-0-i-7-ustawy-prawo-zamowien-publicznych>).

Odwołujący dochował terminu zastrzeżonego na wniesienie odwołania, gdyż jego podstawą faktyczną jest zaniechanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania, co winno nastąpić wobec niezawarcia do dnia 22 marca 2014 r. umowy w sprawie zamówienia publicznego. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Wpis w wymaganej wysokości został w terminie uiszczony na rachunek UZP.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil jak na wstepie.

W dniu 31 marca 2014 roku odpowiadajac na wezwanie Zamawiajacego, do postepowania odwolawczego zglosil przystapienie wykonawca Newag S.A. z siedziba w Nowym Saczu. Wykonawca wnosil o oddalenie odwolania z powodu niespeelnienia przeslanek z art. 179 ustawy Pzp.

Zamawiajacy zlozyl pisemna odpowiedz na odwolanie, w ktorej takze wnosil o jego oddalenie.

Na rozprawie Strony oraz Uczestnik postepowania podtrzymaly stanowiska wyrazone pisemnie.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, w tym postanowień umownych ze wzoru umowy, pozostałej dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania, a także stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

Co do wykazania przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, to w ocenie składu orzekającego Izby legitymacja Odwołującego do korzystania ze środków ochrony prawnej jest wątpliwa. Jego oferta została ostatecznie uznana za odrzuconą postępowania na podstawie wyroku KIO z dnia 20 grudnia 2013 roku, sygn. akt KIO 2794/13. Orzeczenie to zostało zaskarżone ale Sąd Okręgowy w Legnicy odrzucił skargę jako wniesioną po terminie. Oznacza to, że wykonawca utracił status wykonawcy w postępowaniu i na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może go już uzyskać. W takim przypadku nie może również wykazać poniesienia szkody kwalifikowanej niemożliwością uzyskania zamówienia. Nie ma on bowiem, i już w momencie wnoszenia odwołania nie miał, żadnych możliwości na uzyskanie zamówienia.

Na aprobatę nie zasługuje pogląd, że unieważnienie postępowania, które w ocenie Odwołującego obarczone jest błędami, doprowadzi do ogłoszenia nowego postępowania, które wykonawca może wygrać. Po pierwsze, jak sam zauważył na rozprawie Odwołujący, ogłoszenie nowego postępowania jest wątpliwe ze względu na terminy związane z dofinansowaniem zamówienia ze środków unijnych. Po drugie zaś zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej wykazać należy interes w uzyskaniu danego zamówienia, nie zaś zamówienia w bliżej nieokreślonej przyszłości i bliżej niepokreślonym postępowaniu.

Powołanie się przez wykonawcę na złamanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie odpowiada dyspozycji powołanego wyżej przepisu, który stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, który miał lub ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Środki ochrony prawnej służą korekcie konkretnych naruszeń przepisów ustawy, których dopuścił się Zamawiający, a ich zasadniczym celem jest uzyskanie zamówienia przez wykonawcę wnoszącego odwołanie. Wykonawcy wnoszą odwołanie w imieniu własnym w celu zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu. Izba nie jest organem powołanym do ogólnej kontroli działalności Zamawiającego. Odwołanie w świetle przepisów ustawy Pzp nie stanowi środka zmierzającego do wyegzekwowania czynności Zamawiającego z przepisami ustawy, lecz jest środkiem zmierzającym do uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Z tych względów odwołanie zostało oddalone. Niezależnie od powyższego, nie uchylając się od rozpoznania istoty sprawy i sporu między Stronami postępowania

odwoławczego, skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie również z przyczyn merytorycznych.

Dostrzeżenia wymaga, że czynność unieważnienia postępowania, której wykonania domaga się Odwołujący, stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa zamknięty katalog podstaw unieważnienia postępowania nie podlega regułom wykładni rozszerzającej.

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

Przesłanka powyższa może mieć zastosowanie wówczas, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) – w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Należy uznać, że wszystkie wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp przypadki naruszeń 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 ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie wykazał, aby zaistniały okoliczności uzasadniające powołanie się na niemożliwość świadczenia według terminów realizacji zamówienia określonych w SIWZ i projekcie umowy. Jak słusznie podnosił Zamawiający, nie zostało wykazane, aby niemożność świadczenia, na którą powoływał się Odwołujący miała charakter trwały, aby była ona niemożliwa do usunięcia w najbliższej, dającej się przewidzieć przyszłości. Nie zostały wskazane jakiegokolwiek inne wiarygodne okoliczności pozwalające stwierdzić, iż niemożliwa jest zmiana umowy w trybie § 13 ust. 3 lit. d projektu umowy. Postanowienie to dopuszcza zmiany umowy w razie zaistnienia obiektywnych przeszkód, które uniemożliwiają realizację przedmiotu umowy według

pierwotnego harmonogramu. Rację ma także Zamawiający wywodząc, że powyższe postanowienie projektu umowy ma zastosowanie nie tylko do harmonogramu dostaw ale także do innych harmonogramów ustalonych przez Zamawiającego, a stanowiących załącznik nr 3 do wzoru umowy, w tym również odnosi się do ustalonych terminów na dostarczenie dokumentacji technicznej dla pojazdów.

Dostrzeżenia również wymaga, że fakt niezawarcia umowy nie wynika ani z opieszałości Zamawiającego, ani z działań wybranego wykonawcy. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ze względu na swoją wartość, objęte jest obowiązkową kontrolą uprzednią, która według deklaracji Zamawiającego złożonej na rozprawie, jeszcze się nie zakończyła. Zgodnie natomiast z art. 171 ust. 4 ustawy Pzp, do czasu doręczenia Zamawiającemu informacji o wyniku kontroli, zawarcie umowy jest niemożliwe.

Dlatego też Izba nie znalazła podstaw dla przyjęcia, iż podnoszona przez Odwołującego niemożność świadczenia miała charakter trwały, nieprzewycięzalny. Izba uznała, iż przeszkoda, na którą powoływał się Odwołujący, w świetle przedstawionych Izbie dowodów, jest przeszkodą przemijającą i krótkotrwałą. Izba w pełni podziela także stanowisko płynące z wyroku KIO z dnia 7 lutego 2013 roku, sygn. akt KIO 154/13 i przytoczone w tym wyroku orzecznictwo i stanowisko doktryny, iż upływ terminu wykonania zamówienia nie jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, która to wada pozwalałaby na unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tez zaprezentowanych w odwołaniu. W postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, było ono prowadzone z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała zatem, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości wynikającej z faktury przedłożonej do akt sprawy oraz zaliczając koszty dojazdu na posiedzenie przed Izbą.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....