

WYROK
z dnia 9 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 lutego 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum wykonawców: Deloitte Audyt Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Deloitte Business Consulting S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Komunikacji Elektronicznej, ul. Kasprzaka 18/20, 01 - 211 Warszawa** protestu z dnia **18 grudnia 2009 r.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum wykonawców: Deloitte Audyt Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Deloitte Business Consulting S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa 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 uiszczanego przez **Konsorcjum wykonawców: Deloitte Audyt Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Deloitte Business Consulting S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa;**

-
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 538 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) przez **Konsorcjum wykonawców: Deloitte Audyt Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Deloitte Business Consulting S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa** na rzecz **Urzędu Komunikacji Elektronicznej, ul. Kasprzaka 18/20, 01 - 211 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

- 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 **Konsorcjum wykonawców: Deloitte Audyt Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Deloitte Business Consulting S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przeprowadzenie analiz dokumentacji za lata 2006, 2007 i 2008 oraz przekazanie Prezesowi UKE danych liczbowych stanowiących Składowe Kosztu Netto w tym danych liczbowych stanowiących poszczególne Składniki Korzyści Pośrednich - sprawa nr BAK-WZP-231-2/09, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego przez **Urząd Komunikacji Elektronicznej, ul. Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa** zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 51-073820 w dniu 14.03.2009 r.

W dniu 09.12.2009 r. faxem *Zamawiający* poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007, Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej dalej: „*Pzp*”, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwagi na fakt, iż nie jest możliwe zawarcie umowy z wykonawcą

i jej wykonanie w terminach określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że w pkt 3 SIWZ, jak również w § 3 załącznika nr 3 do SIWZ - projekt umowy, określił termin zakończenia realizacji zamówienia na dzień 11.12.2009 r. Wykonawcy w swoich ofertach zobowiązali się również do wykonania zamówienia w wyżej wskazanym terminie. Zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp zakres świadczenia Wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Oznacza to – zdaniem Zamawiającego - że umowa zawarta przez

Zamawiającego z wybranym Wykonawcą nie może wskazywać innego terminu wykonania zamówienia niż ten, który został określony przez Zamawiającego w SIWZ, i potwierdzony w ofertach Wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy, ponieważ umowa z Wykonawcą, którego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą może być zawarta, z uwagi na postanowienia art. 94 ust. 1 Pzp, dopiero po upływie terminu realizacji umowy wskazanego w SIWZ, tj. po dniu 11.12.2009 r. Zawarcie umowy po upływie terminu zakończenia jej realizacji, byłoby zawarciem umowy o świadczenie niemożliwe, co zgodnie z art. 387 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) zwanej dalej: „Kc” powoduje, że musiałaby ona zostać uznana za nieważną. Niemożliwość świadczenia, o której mowa w art. 387 Kc ma w niniejszym postępowaniu charakter obiektywny, pierwotny oraz nieprzemijający. W zaistniałym stanie faktycznym niemożliwość świadczenia ma charakter nieprzemijający, gdyż nie można jej usunąć w zgodzie z przepisami Pzp, poprzez zmianę terminu realizacji zamówienia, skutkiem czego świadczenie stałoby się możliwe do wykonania. Zamawiający w obecnym stanie prawnym nie ma możliwości – jak podniósł - zmiany oznaczonego w SIWZ, projekcie umowy i ogłoszeniu terminu wykonania świadczenia, bowiem taka zmiana stanowiłaby naruszenie dyspozycji art. 140 ust. 1 Pzp oraz 144 ust. 1 Pzp. Zdaniem Zamawiającego nie może on dokonać zmiany terminu realizacji umowy bez naruszenia art. 144 ust. 1 Pzp, z uwagi na fakt, iż nie przewidział możliwości dokonania takiej zmiany w stosunku do treści oferty, ani w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również w SIWZ. Ponadto zmiana terminu wykonania umowy, po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, stanowiłaby naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

W dniu 18.12.2009 r. faxem Konsorcjum wykonawców: Deloitte Audyt Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Deloitte Business Consulting S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa, zwane dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” w trybie art. 180 Pzp wniosło protest na czynności Zamawiającego w toku postępowania. Protestujący wskazał, że Zamawiający naruszył: art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1, art. 94 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz inne przepisy wymienione w uzasadnieniu protestu lub z niego wynikające poprzez:

1. przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. zaniechanie wykonania wyroku KIO z dnia 24.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP/1447/09 (naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp);
2. zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z Pzp i zgodnie z kryteriami zawartymi w SIWZ (naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp);
3. zaniechanie zawarcia umowy o zamówienie publiczne (naruszenie art. 94 ust. 1 Pzp);
4. bezpodstawne unieważnienie przedmiotowego postępowania (naruszenie art. 93 ust. 1

pkt 7 Pzp).

W związku z powyższym Protestujący wnosil o:

1. unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania,
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wyroku KIO z dnia 24.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1447/09,
3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań Protestujący wskazał na następujące okoliczności. KIO wyrokiem z dnia 24.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1447/09, uwzględniając odwołanie i uznając, iż ocena ofert została przeprowadzona niezgodnie z SIWZ i z naruszeniem przepisów Pzp nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowne dokonanie czynności oceny ofert.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 Pzp protest jest ostatecznie rozstrzygnięty z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Izby. Oznacza

to, iż Zamawiający winien niezwłocznie przystąpić do wykonania wyroku KIO, tj. unieważnić oprotestowane czynności, dokonać ponownej oceny ofert i wybrać ofertę najkorzystniejszą zgodnie z zasadami przyjętymi w dokumentacji przetargowej oraz zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określonymi w Pzp. Tymczasem w okresie od 24.11 do 9.12.2009 r. Zamawiający nie wykonał nakazanych czynności, czym naruszył w/w przepisy.

Protestujący nie zgodził się z uzasadnieniem czynności unieważnienia postępowania. Wskazał, że zgodnie z doktryną unieważnienie postępowania jest możliwe tylko w takich okolicznościach, w których między wadą, a nieważnością umowy istnieje adekwatny związek przyczynowy, a wada musi mieć charakter nieusuwalny. Przywołał Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie trzecie, UZP, pod red. T. Czajkowskiego, str. 322. Wyjaśnił, że mimo iż ww. komentarz odnosi się do stanu prawnego sprzed ostatniej nowelizacji Pzp, cytowany fragment pozostaje aktualny. Art. 146 ust. 1 Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek nieważności umowy.

W niniejszej sprawie żadna z powyższych przesłanek nie zachodzi. Powołał się także na orzeczenie KIO w podobnej sprawie (wyrok KIO z dnia 31.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 333/09): *„Naruszenia przepisów dotyczących postępowania, które skutkują nieważnością umowy zostały enumeratywnie wymienione w punktach od 1 do 7 ust. 1 art. 146 ustawy. Innych wad postępowania skutkujących niemożnością zawarcia ważnej umowy ustawa nie przewiduje. Wyrażone w ust. 1 art. 146 ustawy zastrzeżenie zastosowania odrębnych przepisów oznacza, że w innych regulacjach mogły zostać przewidziane odmienne przesłanki nieważności umowy - nie wymienione w ustawie oraz nie związane z naruszeniem przepisów ustawy stosowanych w trakcie postępowania. Tego typu*

przesłanką jest np. nieważność umowy na podstawie art. 387 § 1 Kc, która z pewnością nie może zostać zakwalifikowana jako wada postępowania”.

Natomiast zgodnie z art. 140 ust. 3 Pzp: *„Umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.* Protestujący podniósł, że w niniejszym postępowaniu termin realizacji nie stanowi elementu określającego przedmiot zamówienia. W SIWZ przedmiot zamówienia został opisany w załączniku nr 1 do wzoru umowy, natomiast termin realizacji został podany w pkt 3 SIWZ. Podkreślił przy tym, że termin realizacji nie był kryterium oceny ofert. Zgodnie z komentarzem: *„Zmiana sposobu spełnienia świadczenia nie może dotyczyć zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie, które były oceniane w toku postępowania. (...) należy przyjąć za właściwą także wykładnię, zgodnie z którą ocena zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie dotyczy wyłącznie oceny dokonywanej na podstawie przyjętych kryteriów”.* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie trzecie, UZP, pod red. T. Czajkowskiego, str. 413).

Wskazał także, że Zamawiający nie udowodnił niemożliwości świadczenia, nie podając żadnych sytuacji możliwych, np. że jest ono niepotrzebne, że można je wykonać tylko w danym terminie ze względu na charakter zamówienia.

Przypomniął, że celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia i podpisanie umowy. W przedmiotowej sprawie zapadły dwa wyroki KIO, uwzględniające odwołania Protestującego i nakazujące ponowną ocenę ofert. W wyniku wykonania pierwszego z wyroków wybrano ponownie pierwotnie wybraną ofertę. Drugiego z wyroków Zamawiający nie wykonał i dopiero po upływie 2 tygodni powiadomił o unieważnieniu postępowania. W takiej sytuacji Protestujący jest uprawniony do stwierdzenia, iż w danym przypadku czynność unieważnienia postępowania może być traktowana jako podjęta dla pozorów, w rozumieniu art. 83 § 1 kc, a podane uzasadnienie unieważnienia przetargu wskazuje na zamiar odmowy podpisania umowy z Protestującym, poprzez wskazywanie rzekomej wady postępowania, skutkującej nieważnością umowy o zamówienie publiczne.

Jak stwierdziło KIO w przywoływanym wyroku z dnia 31.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 333/09: *„Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia stanowi zobowiązanie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia, z którego zwolnić może jedynie zażęcie wskazanych w ustawie lub odrębnych przepisach okoliczności. Z powyższym związana jest ścisła interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania wyliczonych enumeratywnie w art. 93 ust. 1 pkt 1-7 ustawy. W przypadku niemożliwości ich zastosowania i jednoczesnym wystąpieniu sytuacji, w której zamawiający uchyla się od zawarcia umowy z powodu wystąpienia z jego nawet nieumyślnej winy, takiej sytuacji, w której zawarcie*

ważnej umowy stało się niemożliwe, zamawiający powinien liczyć się ze wszelkimi

konsekwencjami nie wywiązania się z zobowiązania (do zawarcia umowy) lub doprowadzenia do sytuacji, w której wywiązanie się z zobowiązania stało się niemożliwe. Na przykład o ile można spodziewać się, że próba sądowego przymuszenia do zawarcia umowy nieważnej z mocy prawa, nieskuteczna, to istnieje wysokie prawdopodobieństwo poniesienia przez zamawiającego odpowiedzialności odszkodowawczej na rzecz wykonawcy, który mógł liczyć na zawarcie umowy, do którego z winy zamawiającego nie doszło".

W dniu 18.12.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Śadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 29.12.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Zamawiający wskazał w nim, że niezwłocznie po otrzymaniu odpisu wyroku z 24.11.2009 r., unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. O czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający poinformował Wykonawców pismem z dnia 30.11.2009 r., stąd też zarzut jakoby Zamawiający nie wykonał wyroku KIO jest – w jego ocenie - chybiony. Tym samym chybiony jest też zarzut, że Zamawiający prowadził postępowanie w sposób naruszający art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający stwierdził, że nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, nie wykonując wyroku KIO w części dotyczącej konieczności dokonania ponownej oceny ofert. Ocena ofert jak każda czynność w prowadzonym postępowaniu, wykonywana jest w celu zawarcia ważnej umowy. W przedmiotowym postępowaniu z uwagi na konieczność unieważnienia postępowania i brak możliwości zawarcia ważnej umowy, Zamawiający mógł zaniechać dokonania ponownej oceny ofert. Dokonywanie ponownej oceny ofert, w kontekście konieczności unieważnienia postępowania, jak również braku możliwości zawarcia ważnej umowy byłoby czynnością zbędną i przedłużającą jedynie prowadzone postępowanie. Zamawiający wyjaśnił, że nie dokonał ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwagi na upływ terminu wykonania zamówienia i konieczność unieważnienia postępowania. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie może zawrzeć ważnej umowy z uwagi na zaistnienie przesłanki określonej w art. 387 § 1 kc.

Zamawiający podkreślił też, że w niniejszym postępowaniu, z uwagi na posiadanie w 2009 r. środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia, wyznaczył termin wykonania zamówienia na dzień 11.12.2009 r. W celu zaś umożliwienia realizacji tego zamówienia w wyznaczonym w SIWZ terminie, wszczął postępowanie w dniu 12.03.2009 r., a więc z odpowiednim wyprzedzeniem. Do określonego w SIWZ terminu wykonania zamówienia, tj. do dnia 11.12.2009 r. Zamawiający z przyczyn od siebie niezależnych nie

dokonał prawomocnego wyboru najkorzystniejszej oferty, jak również nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazał, że zawarcie umowy po upływie terminu określonego w SIWZ na wykonanie zamówienia, stanowi zawarcie umowy nieważnej z mocy prawa. Zamawiający nie podziela stanowiska, iż z uwagi na fakt, że przedmiot zamówienia opisany został w załączniku nr 1 do wzoru umowy, a sam termin wykonania zamówienia został określony w pkt 3 SIWZ, to z tego powodu termin realizacji nie stanowi elementu określającego przedmiot zamówienia i tym samym może ulec zmianie po terminie składania ofert. Zamawiający podkreśla, że zarówno termin realizacji zamówienia, jak również merytoryczny opis przedmiotu zamówienia, zawarte zostały w projekcie umowy stanowiącym załącznik do SIWZ. Protestujący składając w postępowaniu ofertę zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy w terminie określonym w SIWZ, a sam Zamawiający nie przewidywał dokonania zmiany terminu wykonania zamówienia.

Podkreślił, że Pzp nie daje możliwości zmiany tak określonego terminu wykonania zamówienia. Gdyby przyjąć odmiennie, to należałoby uznać, iż termin wykonania zamówienia może ulegać dowolnej zmianie w wyniku uzgodnień pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą, w każdym przypadku, po terminie składania ofert. Jedynym ograniczeniem dla dokonania takiej zmiany byłoby tylko zastrzeżenie, iż termin wykonania nie może stanowić kryterium oceny ofert. Zdaniem Zamawiającego każda zmiana terminu wykonania umowy nie przewidziana w SIWZ stanowi naruszenie art. 144 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp i jest nieważna z mocy prawa.

W niniejszym postępowaniu nieważność umowy, wynikająca z odrębnych przepisów, tj. art. 387 § 1 Kc, powstała – zdaniem Zamawiającego - na skutek wystąpienia wady w samym postępowaniu, określonej w art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp. W niniejszym postępowaniu doszło bowiem do naruszenia przepisów określonych w Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania. Zamawiający bowiem dwukrotnie, na podstawie opisanych w SIWZ kryteriów oceny ofert, usiłował dokonać czynności oceny złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Ocena ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej zostały jednak dwukrotnie oprotetowane. Zamawiający dochował należytej staranności w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z kryteriami ofert określonymi w SIWZ. Zamawiający po uwzględnieniu przez KIO odwołania Protestującego z dnia 2.07.2009 r., dokonał zmiany członków komisji dokonujących oceny ofert w celu dokonania zgodnie z wyrokiem KIO i SIWZ oceny ofert. Jednak pomimo tych działań KIO powtórnie wyrokiem z dnia 24.11.2009 r. uwzględniła odwołanie Protestującego. Zamawiający po dokonaniu analizy wydanych wyroków KIO oraz zapisów SIWZ w części dotyczącej kryterium oceny ofert, stwierdził, iż kryteria oceny ofert określone w SIWZ naruszają art. 7 ust. 1 Pzp i nie pozwalają na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej bez narażenia się na zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp. Takie stanowisko Zamawiającego

potwierdzają wyroki KIO wydane w niniejszym postępowaniu, a dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego. KIO uwzględniając odwołania dotyczące czynności wyboru oferty najkorzystniejszej stwierdzała, iż Zamawiający ma obowiązek dokonania ponownej oceny ofert. KIO nie wskazywała szczegółowo, w jaki sposób ta ocena ma zostać dokonana, aby następnie mogła zostać uznana za zgodną z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Zamawiający stwierdził, że z jednej strony KIO uznawała, że dokonana przez Zamawiającego ocena ofert częściowo wykracza poza ramy określone w SIWZ, a przyznana Odwołującemu liczba punktów jest zbyt mała, z drugiej strony KIO nie podzielała twierdzenia Protestującego, iż dokonując merytorycznej oceny ofert Zamawiający zobowiązany był do przyznawania punktów metodą zero-jedynkową.

Dlatego Zamawiający uznał, iż wbrew postanowieniom art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp nie określił w SIWZ sposobu oceny ofert. Zamawiający napisał w SIWZ jedynie, iż w kryterium „Wartość merytoryczna oferty” przyzna punkty z określonego przedziału. Zamawiający nie określił jednak sposobu, w jaki będą przyznawane te punkty. Dlatego też Zamawiający dokonując oceny ofert i przyznając punkty w każdym przypadku wychodził poza ustalenia zawarte w SIWZ, a tym samym narażał się na protesty wykonawców. Zamawiający nie określając sposobu przyznawania punktów w kryterium „Wartość merytoryczna oferty” naruszył przepisy ustawy, które mają wpływ na wynik postępowania.

Zarzut, jakoby Zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Protestującego jest – w ocenie Zamawiającego - chybiony. KIO w uzasadnieniu wyroku, jak wskazał, nie nałożyła na Zamawiającego obowiązku uznania jako najkorzystniejszej, oferty Protestującego. Zamawiający wykonując wspomniany powyżej wyrok KIO zobowiązany był po raz kolejny dokonać oceny ofert, ale z pewnością nie musiał dokonać w wyniku tej oceny, wyboru jako najkorzystniejszej oferty Protestującego.

Zamawiający stwierdził również, iż zarzut dotyczący zaniechania zawarcia ważnej umowy jest bezprzedmiotowy, z uwagi na fakt, iż KIO zgodnie z art. 191 ust. 5 Pzp nie może nakazać zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 07.01.2010 r. (data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego) Odwołujący, wobec oddalenia protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP. Podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w proteście. Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył art. 93 ust. 3 Pzp, poprzez nie podanie w piśmie z dnia 9.12.2009 r. całego uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania.

Ponadto, wskazał, że unieważnienie postępowania jest czynnością, której Zamawiający może dokonać wyłącznie w sytuacji wystąpienia co najmniej jednej przesłanki wymienionej w art. 93 ust. 1 Pzp. Również w tym przypadku katalog przesłanek jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco. Decyzja o unieważnieniu postępowania

godzi w uzasadnione interesy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i składających oferty, zatem to na Zamawiającym ciąży obowiązek starannego i czy sytuacja powodem przeanalizowania udowodnienia, będąca unieważnienia postępowania spełnia przesłanki unieważnienia postępowania wymienione w Pzp. Ocena, czy w konkretnej sprawie występuje przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp musi być traktowana jako wyjątkowa i wymaga rzetelnego uzasadnienia ze strony Zamawiającego, podejmującego decyzję o unieważnieniu postępowania.

Wskazał na przepisy Pzp, gdzie zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 postępowanie unieważnia się, gdy wystąpi wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada postępowania, o której mowa w powyższym przepisie, powinna wystąpić w danym, konkretnym postępowaniu i winna prowadzić do wystąpienia skutku w postaci niemożności zawarcia ważnej umowy. Wadą, która uniemożliwia zawarcie umowy, jest obiektywna niemożność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej (podobnie postanowienie SO w Poznaniu z dnia 4.11.2005 r., sygn. akt: II Ca 941/05). Jakiegokolwiek inne błędy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie miały wpływu na wynik tego postępowania i nie skutkują niemożnością zawarcia ważnej umowy z wykonawcą, nie mogą prowadzić do unieważnienia postępowania.

Wskazany upływ terminu realizacji zamówienia wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 11.12.2009 r. nie stanowi obiektywnej wady samego postępowania, skutkującej brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy, natomiast inne wady nie zostały przez Zamawiającego wskazane w piśmie unieważniającym postępowanie. Podkreślił, iż Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił niemożności świadczenia zamawianej usługi, a w szczególności niemożności i niecelowości świadczenia jej w innym terminie. Nie wskazał też, że wykonanie usługi w późniejszym terminie spowoduje np., że opracowanie to będzie dla Zamawiającego zbędne. Przeciwnie, z przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.) wynika, iż Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia kalkulacji kosztu składowego netto, a także analizy dokumentacji za lata 2006, 2007 i 2008, co jest przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może zaniechać realizacji przedmiotowego zamówienia, bowiem działanie takie stanowiłoby działanie na szkodę operatorów telekomunikacyjnych.

Odwolujący wskazał też na to, że celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie umowy. Zaplanowanie,

a następnie uruchomienie zamówienia powinno być więc celowe i odpowiednie zarówno pod względem terminu jego realizacji, jak i wysokości nakładów ekonomicznych. Wskazał także, 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, zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.).

Wobec powyższego uznał, że uzasadnienie unieważnienia postępowania wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9.12.2009 r., nie potwierdza istnienia wady postępowania, uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zamawiający nie wykazał bowiem, że postępowanie zostało przeprowadzone wadliwie, a wada miała charakter nieusuwalny, a ponadto, że między ową wadą, a nieważnością umowy istnieje adekwatny związek przyczynowy. Wady takie wymienia enumeratywnie art. 146 ust. 1 Pzp, traktujący o przesłankach nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jest to katalog zamknięty, a zatem innych wad postępowania skutkujących niemożnością zawarcia ważnej umowy Pzp nie przewiduje. Wskazana przez Zamawiającego przesłanka nieważności umowy wynikająca art. 387 § 1 Kc nie może zostać zakwalifikowana jako wada postępowania.

Zwrócił także uwagę, iż Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazał nową, nie podniesioną uprzednio okoliczność, iż kryteria oceny ofert określone w SIWZ naruszają art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ nie pozwalają na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej bez narażenia się na zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp. Dodał, że w żadnym z wydanych w niniejszej sprawie wyrokach, KIO nie zakwestionowała ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, lecz w obu przypadkach stwierdziła nieprawidłowość dokonania oceny ofert w oparciu o ustalone kryteria. Stwierdził, że KIO w obu powyższych wyrokach nie miała

wątpliwości, że Zamawiający winien ocenić oferty zgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami, udzielając jednocześnie wskazówek pomocnych przy dokonywaniu tej oceny.

Powyższe – zdaniem Odwołującego - wyraźnie wskazuje, że Zamawiający mija się z prawdą twierdząc, że KIO nie wskazała szczegółowej interpretacji sposobu oceny ofert w oparciu o ustalone przez Zamawiającego kryteria. Okoliczność, że Zamawiający określił trudne dla siebie kryteria oceny ofert, lecz nie uniemożliwiające dokonanie prawidłowej oceny ofert, nie przesądza o tym, że kryteria te są nieprawidłowe.

Kopię odwołania Zamawiający otrzymał (faxem) w dniu jego złożenia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu, informacją o unieważnieniu postępowania z dnia 9.12.2009 r., jak również po zapoznaniu się z protestem, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby Odwołujący posiada interes prawny, ponieważ poprzez zaniechania Zamawiającego będące przedmiotem środków ochrony prawnej, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów ma szansę na uzyskanie niniejszego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie przedmiotowego postępowania, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie wskazanego zarzutu:

Zamawiający w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp unieważnił postępowanie, jako obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, z uwagi na fakt, iż nie jest możliwe zawarcie umowy z wykonawcą i jej wykonanie w terminie określonym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w oparciu o przepisy Pzp ustalone w brzmieniu nadanym – przepisami nowelizacji Pzp z dnia 4 września 2008 r. Na podstawie tych przepisów uchylony został art. 140 ust. 2 Pzp, który dopuszczał zmianę sposobu świadczenia jeszcze przed zawarciem umowy w okolicznościach określonych tym przepisem. Tym samym zatem aktualnie obowiązujące przepisy Pzp nie przewidują możliwości zmiany sposobu spełnienia świadczenia przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie też przepisami wskazanej nowelizacji art. 144 ust. 1 Pzp dotyczący zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego uzyskał istotnie odmienną treść. Dotychczas, jeżeli upłynął termin rozpoczęcia świadczenia, umowę można było zawrzeć np. w oparciu o wskazany przepis, który zezwalał na dokonanie zmian po zawarciu umowy. Uznawano, że skoro Pzp dopuszcza zmiany umowy już zawartej, to tym bardziej można zmienić zapisy przyszłej umowy w stosunku do treści oferty, w okresie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy. Znowelizowany przepis art. 144 ust. 1 Pzp dopuszcza jednak zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego jedynie w sytuacji, w której przyszłe zmiany jej postanowień zostały przewidziane uprzednio w treści ogłoszenia lub w postanowieniach SIWZ.

Przedmiotowy przepis dotyczy warunków zmiany postanowień zawartej umowy, nie zaś zmiany postanowień umowy jeszcze przed jej zawarciem. Jednakże w ocenie Izby brak jest jakichkolwiek przeszkód do uznania, że jeśli pod określonymi rygorami Pzp dopuszcza

się możliwość zmiany postanowień zawartej umowy, to zmiana taka jest możliwa po wyborze, ale przed podpisaniem. Jednakże warunkiem *sine qua non dopuszczenia takiej* możliwości jest jej przewidzenie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określenie warunków takiej zmiany.

W stanie faktycznym będącym przedmiotem niniejszego odwołania Zamawiający takiej możliwości nie przewidział, co potwierdził na rozprawie. Niniejszemu nie zaprzeczył Odwołujący, w konsekwencji czego Izba uznała powyższą okoliczność za bezsporną.

Izba uznaje, że z art. 140 ust. 1 Pzp wynika jednoznacznie, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem wynikającym z treści oferty. W konsekwencji umowa zawarta przez Zamawiającego z wybranym Wykonawcą nie może wskazywać innego terminu wykonania zamówienia niż określony w ofercie. Nie jest możliwe w ocenie Izby zawarcie umowy, w której Wykonawca zobowiązał się do wykonania zamówienia w terminie do 11.12.2009 r. Zawarcie takiej umowy byłoby zawarciem umowy o świadczenie niemożliwe, co - zgodnie z art. 387 Kc - powoduje, że umowa taka jest nieważna.

W ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym ma miejsce niemożliwość pierwotna świadczenia, a więc niemożliwość istniejąca w chwili zawarcia umowy. Jest to niemożliwość obiektywna, która polega na tym, że nie tylko konkretny dłużnik, ale również żadna inna osoba nie może spełnić świadczenia (Wyrok Sąd Najwyższy z dnia 20.03.2009 r., sygn. akt: II CSK 611/08). Uprzednia obiektywna niemożliwość świadczenia oznacza stan niewykonalności świadczenia, który istnieje już w chwili zawarcia umowy. Jest to zatem nieważność bezwzględna, wynikająca z mocy prawa. Niemożliwość świadczenia istniejąca w czasie zawierania umowy powoduje, że zawarta umowa nie wywołuje skutków

prawnych odpowiadających treści zgodnie złożonych oświadczeń woli. (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27.05.1992 r., sygn. akt: I ACr 162/92; Wyrok Sąd Apelacyjny w Katowicach z dnia 21.01.2005 r., sygn. akt: I ACa 1313/04).

Biorąc pod uwagę datę podjęcia decyzji przez Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, jak również termin, w którym Izba rozpoznaje niniejsze odwołanie, zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący nie mają możliwości zmiany terminu wykonania świadczenia. Ewentualna jego zmiana – wobec braku wprowadzenia w SIWZ terminu, który wskazywałby na faktyczny czas konieczny do wykonania usługi objętej przedmiotem zamówienia - prowadziłaby do niedopuszczalnych negocjacji pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym przed podpisaniem umowy co do kwestii będącej przedmiotem postępowania. Jedynym zatem – racjonalnym i mający oparcie w obowiązujących przepisach prawa rozwiązaniem - jest unieważnienie postępowania. Zawarcie umowy w przedmiotowym postępowaniu wiązałoby się z koniecznością naruszenia art. 82 ust. 3 Pzp, 87 ust. 1 Pzp oraz art. 140 ust. 1 Pzp, a tym samym również art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Wskazany w pkt 3 SIWZ, jak również w § 3 załącznika nr 3 do SIWZ - projektu umowy termin wykonania umowy był jedną z podstaw decyzji uczestników przedmiotowego postępowania złożenia oferty, którą to decyzją wyrazili oni wolę wykonania określonego świadczenia na rzecz Zamawiającego w określonych w SIWZ warunkach, w tym również w zakresie terminu realizacji zamówienia. Ustalony przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia mógł również istotnie wpłynąć na decyzje potencjalnych Wykonawców w postępowaniu, którzy zrezygnowali ze złożenia oferty w postępowaniu, np. z uwagi na inne wiążące ich zobowiązania w tym czasie. Ingerencja w pkt 3 SIWZ, jak również w § 3 załącznika nr 3 do SIWZ - projektu umowy prowadziłaby do nieuprawnionego dokonania zmiany treści SIWZ po dacie otwarcia ofert, co pozostawałoby także w sprzeczności z treścią art. 38 ust. 4 Pzp. Sytuacja byłaby diametralnie inna, gdyby Zamawiający przewidział taką możliwość (zmiany – przesunięcia terminu realizacji zamówienia) w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ i każdy z uczestników postępowania - potencjalnych, jak i faktycznych - miałby w tym zakresie stosowną wiedzę od dnia ogłoszenia przedmiotowego postępowania.

W tym kontekście Izba wskazuje, że w zaistniałym stanie faktycznym mamy do czynienia z niemożliwością świadczenia o charakterze pierwotnym. Biorąc pod uwagę brzmienie art. 144 ust. 1 Pzp i brak stosownych zapisów o zmianie umowy w ogłoszeniu oraz SIWZ w dniu opublikowania ogłoszenia i SIWZ (do terminu składania ofert), wskazywana niemożliwość o charakterze pierwotnym zaistniała na etapie wszczęcia postępowania i nie została sanowana do upływu terminu składania ofert.

Gdyby nawet przyjąć stanowisko prezentowane przez Odwołującego, że zmiana terminu wykonania umowy nie oznacza zmiany przedmiotu zamówienia, to stwierdzić należy, że termin realizacji zamówienia w sposób niezaprzeczalny determinuje wykonanie zamówienia i czyni to możliwym, bądź nie w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Powyższe znajduje swoje uzasadnienie wprost w stanowisku Odwołującego, który - powołując się m.in. na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa w kontekście ewentualnego nowego postępowania i określenia przez Zamawiającego kwestii terminu jako jednego z kryteriów oceny ofert - nie był w stanie wskazać realnego czasu, w którym miałyby nastąpić wykonanie zamówienia. Tym samym zatem wobec upływu wyznaczonego w SIWZ - konkretną datą - terminu realizacji zamówienia (11.12.2009 r.) nie jest możliwe wskazanie tak przez Zamawiającego, jak i Odwołującego – w sposób nie naruszający zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców – dodatkowego i nowego *de facto* terminu wykonania zamówienia.

Odmienne Izba postrzega kwestie zmiany terminu rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia, albowiem zakres świadczenia Wykonawcy, nawet jeżeli rozpoczęcie jego nastąpiłoby z opóźnieniem, będzie tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Przedmiot zamówienia takiej umowy może być fizycznie zrealizowany, co najwyżej ograniczony zostałby czasokres jego realizacji. W niniejszej sprawie nie chodzi jednak *sensu stricto* o kwestię terminu rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia lecz *de facto* o faktyczny czas niezbędny do jego wykonania pierwotnie określony przez Zamawiającego konkretną datą – 11.12.2009r., która nie była kwestionowana przez żadnego z wykonawców.

Odwołujący podnosił także, że świadczenie jest możliwe do wykonania, a termin nie jest elementem świadczenia, ale jednocześnie z jego stanowiska wynikało, że bezsprzecznie termin jest istotnym elementem oferty, który może stanowić kryterium oceny ofert w ewentualnym nowym postępowaniu.

Izba wskazuje, że zasadnie Zamawiający uznał, że wadą dotknięte jest samo postępowanie i wada ma charakter nieusuwalny, wywierający negatywny wpływ na umowę. Przywołane powyżej stanowisko Izby względem terminu realizacji zamówienia, czyni działanie Zamawiającego w kontekście art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp trafnym, niezależnie od innych okoliczności podnoszonych przez Zamawiającego, w tym zwłaszcza argumentów dotyczących braku opisu kryteriów oceny ofert.

Tak więc Izba uznała zasadność unieważnienia postępowania uznając, że postępowanie obciążone jest wadą, która powoduje, że ewentualne zawarcie umowy w tym postępowaniu czyniłoby ją z mocy prawa nieważną. Co do przesłanek nieważności takiej umowy w niniejszym stanie faktycznym należy wziąć pod uwagę przywołane przepisy Kodeksu cywilnego wskazujące na umowę o świadczenie niemożliwe, mających zastosowanie w związku z art. 139 ust. 1 Pzp oraz dyspozycję przepisu art. 146 ust. 1 Pzp.

Przepis ten wskazuje na katalog ustawowych przesłanek wskazujących wprost na nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego niezależnie od takich przesłanek określonych w przepisach odrębnych, do których niewątpliwie należy art. 387 Kc.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, Izba uznała także za niezasadny w tym zakresie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp.

Izba nie odnosiła się do naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 3 Pzp, poprzez nie podanie w piśmie z dnia 9.12.2009 r. całego uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania wobec nie ujęcia tego zarzutu w proteście (art. 191 ust. 3 Pzp).

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 94 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie zawarcia umowy o zamówienie publiczne, Izba wskazuje, że z uwagi na treść art. 191 ust. 5 Pzp rozpoznawanie tego zarzutu nie znajduje się w kognicji Izby, która nie może nakazać zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.538,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury VAT.

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 **Warszawie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....