

Sygn. akt KIO 1366/16

Sygn. akt: KIO 1366/16

WYROK

z dnia 9 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie Barbara Bettman

Katarzyna Brzeska

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2016 r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2016 r. **przez odwołującego:** InPost S.A. (dawniej InPost Sp. z o.o.) Kraków w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Centrum Usług Wspólnych, Warszawa

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;

2. kosztami postępowania obciąża Centrum Usług Wspólnych, Warszawa

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł. 00 gr.

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez InPost S.A. (dawniej InPost Sp. z o.o.) Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Centrum Usług Wspólnych, Warszawa kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz InPost S.A. (dawniej InPost Sp. z o.o.) Kraków stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy

Sygn. akt KIO 1366/16

wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1366/16

Uzasadnienie

Pismem z dnia 25 lipca 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, Warszawa odwołujący InPost S.A. (dawniej InPost Sp. z o.o.) Kraków wniósł odwołanie w związku z prowadzonym postępowaniem przez zamawiającego Centrum Usług Wspólnych, Warszawa. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm. zwana dalej „ustawą Pzp”) złożono odwołanie wobec czynności podjętych przez Centrum Usług Wspólnych działającym w imieniu własnym oraz jednostek wymienionych w dokumentacji postępowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych w

obrocie krajowym i zagranicznym dla Jednostek Administracji Państwowej.

PRZEDSTAWIONO ZARZUTY WRAZ Z KWESTIONOWANYMI CZYNNOŚCIAMI

naruszenia:

- art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
 - art. 387 §1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, iż ewentualnie zawarta z InPost umowa byłaby umową o świadczenie niemożliwe, co uniemożliwia zawarcie umowy z wykonawcą InPost;
 - art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp poprzez nadużycie swojego prawa podmiotowego przy podjęciu decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia;
 - art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez działanie w celu obejścia przepisów ustawy Pzp polegające na uchylaniu się od obowiązku zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez podejmowanie czynności przedłużających postępowanie przetargowe w sposób nie znajdujący uzasadnienia faktycznego i prawnego;
- i tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób godzący w zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

ŻĄDANIE CO DO SPOSOBU ROZSTRZYGNIĘCIA ODWOŁANIA:

o uwzględnienie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności obejmującej unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

OGŁOSZENIE O ZAMÓWIENIU.

W dniu 15 października 2014 roku zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (pod numerem 2014/S 198-349989) ogłoszenie Centrum Usług Wspólnych działającym w imieniu własnym oraz jednostek wymienionych w dokumentacji postępowania

Sygn. akt KIO 1366/16

na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Jednostek Administracji Państwowej.

LEGITYMACJA CZYNNĄ DO WNIESIENIA ODWOŁANIA.

Odwołującemu powołuje się na legitymację do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu. Zatem wadliwe unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z bezzasadnym wezwaniem do złożenia uzupełnień i wyjaśnień godzi w uzasadnione interesy oraz skutkuje powstaniem szkody w postaci braku możliwości zawarcia umowy oraz realizacji przedmiotowego zamówienia. Należy podkreślić, iż umowa w sprawie zamówienia ma być zawarta na okres do dnia 31 grudnia 2016 roku. Zatem pozorowanie czynności celem przedłużenia postępowania szkodzi interesom InPost zmniejszając zakres udzielanego faktycznie zamówienia.

TERMIN NA WNIESIENIE ODWOŁANIA.

W dniu 14 lipca br. Odwołujący otrzymał pisemną informację o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym niniejsze odwołanie zostało złożone z zachowaniem 10- dniowego terminu, o jakim mowa w treści art. 182 ust. 2 ustawy Pzp.

UZASADNIENIE

Zagadnienie wstępne.

(1) Przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego jest świadczenie usług pocztowych dla administracji rządowej oraz jednostek prokuratury (sumarycznie około 300 jednostek organizacyjnych) przez okres dwóch lat (2015 - 2016). Wartość przedmiotu zamówienia przekraczała kwotę 40 mln zł. (2) W pierwszej kolejności InPost zwraca uwagę Izby na konsekwentnie podejmowane przez Centrum Usług Wspólnych próby uchylecia się od obowiązku zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył w niniejszym postępowaniu ofertę najkorzystniejszą. Wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany przez Zamawiającego w dniu 14 grudnia 2014 roku. Uwzględniając treść art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, umowa w sprawie zamówienia publicznego

mogła zostać zawarta z dniem wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą postanowienia z dnia 16 stycznia 2015 roku kończącego postępowanie odwoławcze w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez InPost. Miało i ma to o tyle znaczenie, iż w niniejszym postępowaniu oznaczono kalendarzowy termin na zakończenie wykonywania świadczeń objętych przedmiotem zamówienia (31 grudnia 2016 roku). Zatem każde przedłużanie postępowania o udzielenie zamówienia skutkuje dla wykonawcy realnymi stratami z tytułu

Sygn. akt KIO 1366/16

utraconego wynagrodzenia. Krótszy bowiem okres wykonywania umowy oznacza niższe wynagrodzenie.

(3) W ramach niniejszego postępowania przetargowego ośmiokrotnie zapadały korzystne dla InPost orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych potwierdzające prawidłowość wyboru naszej oferty. W tym dwukrotnie orzeczenia KIO po wniesieniu odwołań przez wykonawcę Poczta Polska S.A. na wybór oferty najkorzystniejszej (sygn. KIO 2748/14 oraz KIO 2498/14), a także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie ze skargi na wyrok KIO (XXIII Ga 285/15). InPost umowy, podejmując w naszej ocenie szereg sprzecznych z ustawą czynności mających zniweczyć skutki przeprowadzonego przetargu. Zamawiający konsekwentnie od około 18 miesięcy uchyla się od zawarcia umowy.

(5) W tym zakresie zwracamy w szczególności uwagę na następujące okoliczności. Zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, po wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający może domagać się od wykonawcy dokonania formalności niezbędnych do zawarcia umowy. InPost spełnił w tym zakresie wszelkie wymagania opisane w s.i.w.z. Wbrew jednak przepisom ustawy Pzp Zamawiający przez okres ponad czterech miesięcy podejmował szereg czynności nieprzewidzianych w dokumentacji postępowania, uniemożliwiających zawarcie umowy, takich przykładowo jak:

- wezwanie do umożliwienia przeprowadzenia wizytacji placówek nadawczych wykonawcy (wizytacja trwająca kilka tygodni nie wykazała uchybień po stronie wykonawcy);
- wezwanie do potwierdzenia, iż wykonawca dysponuje na dzień zawarcia umowy tymi samymi placówkami, co wskazywane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w dniu składania oferty (wbrew dokumentacji przetargowej oraz przepisom właściwym dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu);
- wezwanie do wyjaśnień w sprawie nieprawomocnej decyzji Prezesa Urzędu

Komunikacji Elektronicznej z dnia 19 marca 2015 roku (znak DPR. WKP.7221.1.2015/10) dotyczącej kontroli działalności prowadzonej przez wykonawcę w pierwszym kwartale 2014 roku.

Po wyjaśnieniu wszelkich wątpliwości formułowanych przez Zamawiającego, w dniu 15 maja 2015 roku odwołującego poinformowano o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia. Przy czym zgodnie z treścią przekazanego nam pisma, dowód potwierdzający okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania stanowił informację niejawną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 182, poz. 1228). Tym samym poza przekazaniem informacji na temat podstawy prawnej unieważnienia postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp), Zamawiający odstąpił od przekazania uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji. Wykonawca nie poznał przyczyn unieważnienia postępowania, zostały one ujawnione wykonawcy dopiero w trakcie postępowania odwoławczego przed KIO.

Sygn. akt KIO 1366/16

(6) Nam marginesie powyższego, nie chcąc ujawniać rzekomej informacji niejawnej możemy jedynie stwierdzić, iż w naszej ocenie przywołane okoliczności miały charakter pozorny. Nie uzasadniały w żaden sposób podjętej próby unieważnienia przetargu. Co ważne, w tym samym czasie zamawiający w imieniu których działał CUW udzielali (w istotnej mierze z pominięciem procedur przetargowych) zamówienia na usługi pocztowe Poczcie Polskiej S.A.

(7) Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 22 czerwca 2015 r. roku (sygn. KIO 1089/15) uwzględniła odwołanie wniesione przez InPost i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak podkreśliła Izba: „sporządzenie

uzasadnienia podstawy faktycznej przez odwołanie się do nieskonkretyzowanego dokumentu zawierającego informacje niejawną może stwarzać niebezpieczny precedens dający zamawiającemu nadmierną swobodę postępowania przy unieważnianiu odwołań. ”
Izba również uznała, że Zamawiający podejmując w dniu 15 maja 2015 r. decyzję o unieważnieniu postępowania nie był w stanie udowodnić kumulatywnego zaistnienia przesłanek wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w konsekwencji doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 1 pkt 6 ustawy.

(8) CUW nie zastosował się do wyroku oraz wniósł skargę na orzeczenie Izby do sądu okręgowego. Sąd Okręgowy w Warszawie w dniu 29 października 2015 r. wydał wyrok (sygn. akt XXIII Ga 1175/15) uznając, iż w niniejszej sprawie nie zachodziły przesłanki do unieważnienia postępowania przetargowego, ani do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

(9) W dniu 26 stycznia 2016 r. Zamawiający wniósł skargę o wznowienie postępowania z powodu nieważności z wnioskiem o wstrzymanie wykonania prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 października 2015 r. Skarga o wznowienie postępowania została rozpoznana na rozprawie w dniu 23 marca 2016 roku. Sąd Okręgowy uznał, że zachodziły podstawy do wznowienia postępowania (Zamawiający nie został w sposób prawidłowy powiadomiony o terminie rozprawy). Jednocześnie w dniu 23 marca 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił skargę o wznowienie postępowania w całości wskazując, że rozstrzygnięcie Sądu odpowiadałoby w pełni rozstrzygnięciu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 października 2015 roku. Zamawiający przy tym odmówił zawarcia z InPost umowy do czasu zapoznania się z uzasadnieniem wyroku.

(10) W dniu 25 maja br. Zamawiający wykonuje czynność nakazaną przez KIO wyrokiem z dnia 22 czerwca 2015 roku i unieważnia zarówno samo unieważnienie postępowania przetargowego, jak i unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednak w kolejnej czynności Zamawiający po raz kolejny unieważnia wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez InPost oraz wzywa nas ponownie do złożenia wyjaśnień w sprawie wykazu placówek,

Sygn. akt KIO 1366/16

jakimi dysponowaliśmy w dacie złożenia oferty, to jest w dniu 14 listopada 2014 roku (!). Zamawiający przywołując art. 26 ust. 4 Pzp wezwał InPost do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych wraz z ofertą dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym tj. wykazu zaplecza organizacyjno- technicznego wykonawcy. Zaś w przypadku stwierdzenia przez InPost braku aktualności wykazu placówek zostaliśmy zobowiązani do złożenia na podstawie art. 26 ust. 3 uzupełnienia przedmiotowego dokumentu.

(11) InPost pismem z dnia 2 czerwca br. zakwestionował dopuszczalność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej wnosząc odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 966/16). W ocenie InPost działania Zamawiającego miały charakter pozorny, nie zachodziły jakiegokolwiek przesłanki do ponownego badania i oceny złożonej przez nas oferty. Pismem z dnia 21 czerwca br. CUW uwzględniła odwołanie zobowiązując się do unieważnienia czynności unieważniającej wybór oferty najkorzystniejszej wraz z unieważnieniem wezwania nas do uzupełnienia lub też ponownego złożenia wykazu posiadanych placówek. Czynność ta została przez Zamawiającego wykonana w dniu 23 czerwca br. Postępowanie odwoławcze zostało umorzone.

(12) Następnie CUW pismem z dnia 14 lipca br. informuje InPost o unieważnieniu o udzielenie zamówienia. Zasadnicza argumentacja Zamawiającego postępowania sprowadza się do stwierdzenia, iż przedmiotowa umowa może być w ocenie Zamawiającego wykonywana przez okres maksymalnie trzech, czterech miesięcy. Zatem w ocenie CUW skoro zgodnie z s.i.w.z. jednostki zamawiające są zobowiązane do zapewnienia wykonawcy przychodu z umowy nie mniejszego niż 50% wartości umowy, to tym samym nie jest już możliwym - ze względu na upływ czasu - zawarcie ważnej umowy. InPost z taką argumentacją się nie zgadza.

(13) W naszej ocenie kwestionowana niniejszym odwołaniem czynność podjęta w dniu 14 lipca stanowi kolejną próbę obejścia przepisów ustawy Pzp poprzez uchylenie się od skutków rozstrzygniętego postępowania przetargowego. Zamawiający wadliwie zastosował podstawę prawną unieważnienia postępowania nie dostrzegając, iż w niniejszym przetargu nadal może zostać zawarta ważna umowa. Mamy w naszej ocenie do czynienia po raz kolejny z rażącym przekroczeniem przez Dyrektora Centrum Usług Wspólnych uprawnień

przysługujących mu na mocy ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym uchylenie bezprawnej czynności Zamawiającego jest w pełni uzasadnione.

(14) Zamawiający - co raz jeszcze podkreśla odwołujący - pozorowali zamiar zawarcia umowy, w tym samym czasie udzielając zamówień na usługi pocztowe na okres wyczerpujący zakres niniejszego zamówienia (przykładowo Ministerstwo Finansów udzieliło 31 marca br. zamówienia Poczcie Polskiej S.A. na okres 9 miesięcy, to jest do 31 grudnia 2016 roku¹. Podobnie Ministerstwo Cyfryzacji udzieliło 16 maja br. zamówienia na okres 24

Sygn. akt KIO 1366/16

miesiący².) Warto dodać, iż udzielane Poczcie Polskiej S.A. jednostkowe zamówienia przewidują wykonanie zamówienia za ceny znacząco przewyższające cenę zaoferowaną przez InPost.

(15) Odnosząc się szczegółowo do poszczególnych zarzutów chcielibyśmy wskazać na omówione poniżej okoliczności.

Zarzut wadliwego unieważnienia postępowania.

(16) Zamawiający w piśmie z dnia 14 lipca br. w pierwszej kolejności wskazuje, iż „ze względu na przedłużające się postępowanie przedmiotowa umowa będzie świadczona przez wykonawcę zaledwie przez okres maksymalnie trzech, czterech miesięcy, podczas gdy pierwotnie Zamawiający przewidywał znaczenie dłuższy okres świadczenia usług”.

Okoliczność ta związana jest z terminem zakończenia zamówienia (31 grudnia 2016 roku), jak i poczynionymi przez Zamawiającego ustaleniami na temat terminów zakończenia umów wiążących obecnie jednostki organizacyjne zamawiających. Wykonawcy nie przedstawiono jednak w tym zakresie żadnych dowodów.

(17) Następnie CUW odwołuje się do postanowień dokumentacji przetargowej gwarantujących wykonawcy minimalny poziom realizacji umowy.

- Zapewnia się minimalny poziom realizacji umowy przez każdą z Jednostek w wysokości 50 % wartości umowy. Kwoty umów zostaną określone na podstawie środków, jakie Jednostki posiadają na realizację przedmiotu zamówienia, (punkt II. 1.5 ogłoszenia oraz rozdział II punkty 4-5 s.i.w.z.);

- Jednostka nie jest zobowiązana do nadawania wszystkich rodzajów przesyłek i skorzystania z wszystkich rodzajów usług wskazanych w tym załączniku 3, jednak zobowiązana jest wykorzystać co najmniej 50% wartości umowy, o której mowa w §4 ust. 1 umowy.

Kwoty, jakie jednostki posiadają na realizację umów odnosiły się do prognozowanej przez daną jednostkę liczby usług pocztowych, z uwzględnieniem czasu trwania zamówienia

indywidualnie określonego dla każdej z jednostek (w załączniku nr 6 podano odrębnie w odniesieniu do każdej jednostki informację na temat terminu rozpoczęcia wykonywania świadczenia). Zgodnie z treścią §2 pkt. 2 wzorca umowy świadczenie usług pocztowych następować miało nie wcześniej niż z po wygaśnięciu zaciągniętych przez daną jednostkę zobowiązań, zgodnie z terminami określonymi w załączniku nr 6 do s.i.w.z.

(18) Należy podkreślić, iż omówiony powyżej gwarantowany minimalny poziom realizacji umowy miał istotne znaczenie dla samego postępowania o udzielenie zamówienia. To na jego podstawie wykonawcy określali poziom oferowanych cen, uwzględniając skalę udzielanego zamówienia. Poziom deklarowanego wolumenu wpływał na wysokość ceny.

Sygn. akt KIO 1366/16

(19) CUW uwzględniając powyższe postanowienia podnosi obecnie, iż kwota jaka powinna być ujemowana w §4 ust. 1 umowy to kwota wskazana CUW przez daną jednostkę, aktualna na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Sumaryczna wartość tych kwot stanowiła zgodnie z deklaracjami CUW podstawę do ustalenia wartości przedmiotu zamówienia oraz jednocześnie podstawę do ustalenia kwoty, jaką zamawiający ujawnił przed otwarciem ofert. Tym samym w ocenie CUW nie jest obecnie możliwym zawarcie umowy gwarantującej wykonawcy przychód nie mniejszy niż 50% wartości kwoty ujawnionej na otwarciu ofert, bez naruszania podstawowych zasad logiki oraz naruszania zasady ekwiwalentności umów.

(20) Pomijając pewną niejednoznaczność dokumentacji przetargowej, zwrócono uwagę na

następującą okoliczność. Przy czym jak podkreśla się w piśmiennictwie, przepis odnosi się zarówno do przyczyn unieważnienia związanych z enumeratywnie wymienionymi w ustawie wadami postępowania (art. 146 ust. 1 Pzp), jak i dotyczy (ogólnie ujętej) sytuacji dokonania przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 Pzp) 4. Jak słusznie przy tym podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza 5: „unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i powinno być stosowane rozważnie. Należy mieć bowiem na uwadze, że celem postępowania jest - zgodnie z art. 2 pkt 7a p.z.p. - wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych spoczywa na zamawiającym.”

(21) W przedmiotowej sprawie nie zachodzi żadna z przesłanek wymienionych w ust. 1 art. 146 Pzp. Zatem mielibyśmy do czynienia z koniecznością unieważnienia postępowania jedynie w przypadku wystąpienia kumulatywnie okoliczności wymienionych w treści art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Należy przy tym tytułem wstępu powtórzyć za Izbą, iż: „choć przepis art.

146 ust. 6 ustawy zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości Zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. (...) Truizmem jest stwierdzenie, że w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych Zamawiający popełniają błędy, naruszając przy tym przepisy ustawy. Tym bardziej niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6, która pozwalałaby Zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania

Sygn. akt KIO 1366/16

wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie. ”

(22) Zgodnie z art. 146 ust. 6 Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu:

- w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy,
- które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający zdaje się dowodzić, iż taką czynnością niezgodną z Pzp, mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania miałyby być zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia minimalnego gwarantowanego poziomu realizacji umowy (50% wartości umowy). W ocenie InPost nie można się zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego.

(23) Po pierwsze, CUW nie próbował nawet wykazać, jak w jego ocenie przywołane powyżej postanowienie s.i.w.z. miałyby wpłynąć na wynik prowadzonego postępowania. Zamawiający pominął całkowicie faktyczne odniesienie się do przesłanek zastosowania art. 146 ust. 6 Pzp. CUW wskazuje zarazem, iż realizacja umowy skutkować będzie w szczególności naruszeniem zasady ekwiwalentności. Zwracamy jednak uwagę na to, iż ewentualne naruszenie zasady ekwiwalentności nie skutkuje naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych (brak bowiem zasady ekwiwalentności w ustawie Pzp). Zamawiający nie może się uchylać od wykonania zamówienia tylko dlatego, iż w jego ocenie opis przedmiotu zamówienia nie jest dla niego korzystny. Jak słusznie podkreślił Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 sierpnia 2010 roku sygn. akt IV Ca 831/10: „Katalog przesłanek z art. 93 Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania. Sposób opisu przedmiotu zamówienia jest jednoznaczny i nie budzi żadnych wątpliwości. (...) Zamawiający przyznał, że wadliwie opisał przedmiot zamówienia z uwagi na brak odpowiedniej wiedzy (w dacie formułowania SIWZ). Okoliczność ta jednak nie może działać na niekorzyść oferentów, a kryteria unieważnienia przetargu wynikają z przepisów ustawy Pzp, a nie z uznania Zamawiającego. (...) Jednakże błędne opisanie - z winy Zamawiającego - przedmiotu zamówienia nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 29 i 30 Pzp. ” Zamawiający ma obowiązek zawarcia umowy, nawet jeśli w jego ocenie niektóre jej postanowienia są dla niego niekorzystne. Tak przykładowo KIO w

wyroku z dnia 27 maja 2011 roku (sygn. akt KIO 1023/11): „ W niniejszym przypadku Izba podziela zdanie Odwołującego, że Zamawiający wykorzystał wskazane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby uchylić się od podpisania z nim umowy, której nie uważał dla siebie za korzystną”.

(24) Jak podkreśla się w orzecznictwie 6: „ interpretacji tego przepisu (art. 93 ust. 1 pkt 7) w kontekście kształtowania opisu przedmiotu zamówienia należy dokonywać ostrożnie i z

Sygn. akt KIO 1366/16

poszanowaniem praw wykonawców, którzy postanowienia SIWZ ustalone przez zamawiającego uznali za wiążące i złożyli oferty zgodne z ich brzmieniem. Nie jest bowiem dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający poprzez brak należytej staranności w formułowaniu SIWZ, którego konsekwencjom mógł zapobiec, mógłby z powołaniem się na art. 146 ust. 6 ustawy Pzp i ryzyko unieważnienia umowy pozbawiać wykonawców możliwości uzyskania zamówienia. Na taką wykładnię wskazuje także przywoływane orzeczenie Sądu Okręgowego Warszawa Praga z dnia 30 sierpnia 2010 r. IV Ca 831/10, gdzie wyraźnie podkreślono, iż błędy zamawiającego wynikające z nienależytego rozpoznania własnych potrzeb i rozeznania na rynku nie mogą obciążać wykonawców. Sąd wskazał, iż błędne opisanie - z winy zamawiającego - przedmiotu zamówienia - nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 29 i 30 ustawy Pzp. Wprawdzie wyrok ten zapadł w odmiennym stanie faktycznym (zamawiający opisał przedmiot zamówienia w oparciu o błędne założenia), lecz jednoznacznie wysnuć można z niego dyrektywę ostrożnego interpretowania podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia z winy zamawiającego. ”

(25) Dodatkowo podniesiono jeszcze jedną okoliczność. Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby dla Zamawiającego połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby Zamawiającemu rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy (art. 357zn1 Kodeksu cywilnego). Jak słusznie podkreśla Prezes UZP, zapadnięcie ewentualnego wyroku sądowego w związku z wystąpieniem nadzwyczajnej zmiany okoliczności powoduje modyfikację umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, która nie podlega ocenie w świetle przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp 7. Nie ma zatem Zamawiający racji, iż art. 144 Pzp stoi na przeszkodzie w ewentualnym zawarciu umowy z wykonawcą InPost. Zamawiający posiada instrumenty, jak powyżej wskazany, pozwalające mu na ewentualne zabezpieczenie swoich interesów. W ocenie InPost nie mamy do czynienia z sytuacją, w której samo istnienie w zawieranej umowie nieekwiwalentnego obowiązku realizacji minimalnego poziomu usług, przesądza o nieważności umowy. Takie twierdzenia Zamawiającego nie znajdują podstaw w obowiązujących przepisach.

(26) Zwrócono uwagę na jeszcze jedną okoliczność związaną z użytym przez Zamawiającego argumentem „naruszenia zasady ekwiwalentności świadczeń Argumentem tym Zamawiający sugeruje faktycznie, iż nie można utożsamiać określonego w umowie zobowiązania do wykorzystania co najmniej 50% wartości umowy, z obowiązkiem realizacji usług pocztowych o takiej samej wartości. Jedynie w tym przypadku możemy mieć bowiem do czynienia z brakiem ekwiwalentności świadczeń (obowiązek zapłaty przez

Sygn. akt KIO 1366/16

Zamawiającego wynagrodzenia 50% występowałby także przypadku, gdy wartość wykonanych usług nie osiągnie tego poziomu wynagrodzenia - zamawiający uiszcza różnicę w tym zakresie). W opisanym powyżej ujęciu brak ekwiwalentności nie może być utożsamiany z niemożliwością wykonania świadczenia w rozumieniu art. 3871 kodeksu cywilnego. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2011 r. (II CSK 528/10) wprost został wyrażony pogląd, iż w ramach wyrażonej w art. 353zn1 Kodeksu cywilnego zasady swobody umów mieści się również przyzwolenie na faktyczną nieekwiwalentność świadczeń. Tym samym sam fakt nieekwiwalentności świadczeń nie może przesądzać o nieważności umowy 8. Zamawiający mógł i powinien był przewidywać konsekwencje własnych zaniechań w doprowadzeniu do zawarcia umowy na podstawie niniejszego postępowania

przetargowego. To upływ czasu, wywołany bezprawnymi działaniami CUW, doprowadził do obecnej sytuacji.

(27) Zamawiający przygotował dokumentację przetargową, po czym pomimo istnienia powyżej omówionych postanowień s.i.w.z. postanowił długotrwale odraczać zawarcie umowy (18 miesięcy od prawomocnego wyboru oferty najkorzystniejszej). To bezzasadne działania Zamawiającego doprowadziły do sytuacji, w której stronom pozostało jedynie około 6 miesięcy na wykonywanie świadczeń. Podnoszenie obecnie braku możliwości wykonania niekorzystnej dla Zamawiającego umowy stanowi nadużycie praw podmiotowych zamawiającego. Powołując się na poglądy orzecznictwa, zwracamy uwagę na to, iż 9: „zgodnie z art. 14 p.z.p., do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy k.c. i to wprost, a nie odpowiednio (por. M. S., uwaga 2 do art. 14p.z.p., op.cit.; A. R., Zamówienia publiczne jako sprawy cywilne, Zamówienia Publiczne Doradca nr 11/2007, s. 61). Odesłanie to obejmuje wszystkie czynności faktyczne i prawne podejmowane przez zamawiającego i wykonawców, (...) zachowanie wykonawcy i zamawiającego podlega kontroli także z punktu widzenia określonej w art. 5 k.c. konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego.” Podjęta obecnie próba unieważnienia przetargu na skutek przedłużającego się z winy CUW postępowania stanowi nadużycie jego praw. Centrum nie może być beneficjentem podejmowanych niezgodnie z ustawą Pzp czynności, nakierowanych na uchylanie się od skutków zakończonego postępowania przetargowego.

(28) Reasumując, CUW w sposób bezpodstawny unieważnił przedmiotowe postępowanie. Jest to kolejna próba uchylenia się od skutków przeprowadzonego przetargu. Wykonawca na marginesie powyższego pragnie wyrazić swoją dezaprobatę wobec faktu, iż mamy w niniejszym postępowaniu do czynienia z konsekwentnym naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych przez centralną jednostkę administracji rządowej, która w szczególności sposób powinna stać na straży przestrzegania obowiązującego porządku prawnego. Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Sygn. akt KIO 1366/16

W dniu 8 sierpnia 2016 roku odwołujący złożył pismo procesowe w którym przedstawił dalszą argumentację prawną wniesionego odwołania. W szczególności w piśmie tym podniósł kwestię świadczenia niemożliwego zwracając uwagę na przedmiot zamówienia, którym jest świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu wykonawca ma świadczyć usługi pocztowe a zamawiający ma za nie płacić. Usługi te mają charakter ciągły, powtarzalny a nie jednorazowy. W tym kontekście odnosząc się do definicji świadczenia niemożliwego art.387 §1 k.c. przy uwzględnieniu obowiązującego maksymalnego okresu świadczenia usługi to jest do 31.12.2016 roku zdaniem odwołującego nie można akceptować stanowiska zamawiającego. Stanowisko to wyraża pogląd, że na dzień dzisiejszy brak jest możliwości świadczenia usługi mającej charakter ciągły i powtarzalny oraz regulowanej potrzebami zamawiającego. Dalsza kwestia, poruszona przez odwołującego to zagadnienie w kontekście art.144 ustawy Pzp., odnosi się do możliwości zmiany terminu realizacji umowy z przywołaniem na tę okoliczność poglądów Izby i Prezesa UZP. Reasumując stanowisko odwołującego sprowadza się do poglądu, że w zaistniałej sytuacji jest możliwa zmiana terminu realizacji umowy a to stanowi główny powód unieważnienia postępowania.

Zamawiający pismem z dnia 8 sierpnia 2016 roku wniósł odpowiedź na odwołanie, w którym żądał oddalenia odwołania w całości, ponieważ nie zgadza się z zarzutami i żądaniami podniesionymi w odwołaniu. Zamawiający podnosi, że postanowienia zawarte w SIWZ co do zakresu zamówienia jak i terminu wykonania są nie do wykonania. Aktualnie każda z Jednostek ma zawartą umowę. Założenia przewidywały okres świadczenia usług od półtora do dwóch lat. Według wyliczeń zamawiającego świadczenia będą mogły być realizowane maksymalnie przez okres 3-4 miesięcy. Zamawiający powołuje się na opcjonalny charakter ustalenia wartości realizacji umów to jest na poziomie nie niższym niż 50 % wartości umów.

Przy czym kwoty umów zostaną określone na podstawie środków jakie Jednostki posiadają na realizację przedmiotu zamówienia. Reasumując zamawiający stwierdza, że jednostki miały prawo rezygnacji z usług odpowiadających 50% wartości umowy. Niemniej „Zamawiający ma zatem wynikający z umowy o zamówienie publiczne obowiązek spełnienia świadczenia co do minimalnego zakresu określonego w umowie z wykonawcą i uprawnienie

rozszerzenia zamówienia w zakresie objętym opcją". Według zamawiającego w związku z przedłużającym się postępowaniem umowa nie może zostać zrealizowana bez naruszenia art.140 ust.1 i 3 oraz art.144 ust.1 ustawy Pzp. Zamawiający również kwestionuje możliwość skorzystania z dyspozycji art.357 §1 k.c.

Bezsprzecznie wskazana umowa ma charakter umowy o świadczenie niemożliwe w myśl art.387 §1 k.c. Zamawiający wśród szeroko przywołanego orzecznictwa przywołuje: „Zgodnie

Sygn. akt KIO 1366/16

z tezą wyroku Sądu Najwyższego z 22 kwietnia 2010 roku (Sygn. akt VCSK 379/09) Przepis art.387 § 1 KC reguluje skutki prawne niemożności spełnienia świadczenia określonego przez strony, a nie skutki niemożności zachowania przez te strony terminu spełnienia świadczenia. W uzasadnieniu orzeczenia czytamy: Należy bowiem stwierdzić, że czym innym jest jednak niemożność zachowania terminu dla określonego w umowie świadczenia, a czym innym – niemożność w ogóle spełnienia takiego świadczenia (niemożność świadczenia natury substancjonalnej)". Skracając wywód zamawiającego stwierdza on, że zaistniała sytuacja w niniejszym postępowaniu ma charakter niemożności świadczenia natury substancjonalnej. W związku z powyższym nie zgadza się z zarzutami podnoszonymi przez odwołującego. Zamawiający wskazuje również na okoliczności, jakie wystąpiły po unieważnieniu postępowania to jest o wspomnianej już powyżej decyzji spółki o zaprzestaniu działalności świadczenia usług pocztowych od dnia 1 sierpnia 2016 roku. Odnosząc się do zarzutów naruszenia art.5 KC w zw. z art.14 ustawy Pzp. oraz art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp. zamawiający również stwierdza jak do zarzutów pozostałych odwołania, że są one nieuzasadnione. Po pierwsze nie nastąpiło nadużycie prawa podmiotowego w związku z unieważnieniem postępowania a po drugie zamawiający się nie uchylał od obowiązku zawarcia umowy korzystając ze środków ochrony prawnej, z których korzystali zarówno odwołujący jak i zamawiający. W związku z powyższym zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Zamawiający pismem z dnia 14 lipca 2016 roku zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Jednostek Administracji Państwowej.

Jako podstawę prawną unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazał art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Przedstawiając uzasadnienie podjętej czynności prawnej wskazał na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

„Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zobowiązuje

Sygn. akt KIO 1366/16

Zamawiającego do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.”

Podstawę unieważnienia postępowania zamawiający upatruje w przedłużającym się postępowaniu co uniemożliwia realizację umowy w przewidzianym zakresie i terminie. Zamawiający wskazuje na ustalony w dokumentach postępowania termin realizacji umowy to jest od dnia zawarcia do dnia 31.12.2016 roku i przewidziany czas na przygotowanie do rozpoczęcia wykonywania umowy obejmujący do 30 dni. Ponadto zamawiający zwraca uwagę na okoliczność zawartych umów przez jednostki i niezbędny czas na rozwiązanie tych umów wynoszący nawet do 3 miesięcy.

W konsekwencji powyższych okoliczności zamawiający wskazuje, że umowa powinna być zawarta na okres umożliwiający świadczenie przez okres znacznie dłuższy, ponieważ ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w październiku 2014 roku zaś termin realizacji miał trwać do dnia 31.12.2016 roku.

Zamawiający dalej wskazuje, że z uwagi na brzmienie umowy oraz znaczne przesunięcie terminu rozpoczęcia usług, niniejsza umowa nie jest możliwa do wykonania w rozumieniu art.378 § 1 kodeksu cywilnego.

Zamawiający wskazuje na istotne postanowienia dokumentacji postępowania to jest Sekcja 11.1.5 Krótki opis zamówienia lub zakupu. Kolejno SIWZ; Rozdział II. Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania pkt 4 i 5 oraz załącznik nr 5 do SIWZ §3 ust.3 istotne postanowienia umowy „Zapewnia się minimalny poziom realizacji umowy przez każdą z Jednostek w wysokości 50 % wartości umowy. Kwoty umów zostaną określone na podstawie środków, jakie Jednostki posiadają na realizację przedmiotu zamówienia”. Dalej zamawiający cytuje kolejne postanowienia dokumentacji, które określają wielkość (zakres) usług pocztowych gwarantowanych do realizacji. Reasumując zamawiający stwierdza, że poziom gwarantowanego przychodu wykonawcy określono na poziomie nie mniejszym niż 50 % tej kwoty (kwotę jaką zamawiający ujawnił na otwarciu ofert).

Mając powyższe na uwadze zamawiający stwierdza, że możliwe rozpoczęcie wykonania umowy jest na dzień 1 września 2016r. a w niektórych przypadkach nawet później. W takiej sytuacji nie jest możliwe utrzymanie zobowiązania zamawiającego na poziomie 50% kwoty ujawnionej na otwarciu ofert bez naruszenia zasad logiki oraz ekwiwalentności umów. Dalej w uzasadnieniu zamawiający podnosi zagadnienie niemożności zmiany umowy z przywołaniem art. 144 ust.1 ustawy Pzp. przesądzając o braku możliwości zmiany i przywołując postanowienie przepisu o treści ”zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy”. Konstatując ”W związku z powyższym, przedmiotowa umowa jest niewątpliwie umową o świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego , co uzasadniałoby zastosowanie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w niniejszym postępowaniu.”

Sygn. akt KIO 1366/16

Zamawiający przywołuje orzecznictwo Izby potwierdzające jego koncepcję, że świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 §1 k.c. stanowi podstawę unieważnienia postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Dalej zamawiający przywołuje szereg orzecznictwa w tym wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2010 roku Sygn. akt VCSK 379/09 o niemożności świadczenia w kontekście natury substancjonalnej. Mimo, że niemożność świadczenia nie odnosi się do substancji przedmiotu świadczenia tylko do terminu zawarcia umowy zamawiający przypisuje to orzeczenie jako uprawniające do uznania świadczenia za niemożliwe.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny sprawy strony nie kwestionują i uznają go za bezsporny.

Niemniej wynikająca z niego ocena skutków prawnych jest pomiędzy stronami sporna.

W ocenie Izby w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym nie wystąpiły, przywołane przez zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, przesłanki do unieważnienia postępowania wskazane w art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający jako podstawę unieważnienia postępowania przyjął przedłużające się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, które to przedłużenie uniemożliwia jemu realizację zamówienia w zakresie i terminie przewidzianym dla tego zamówienia.

W ocenie Izby okoliczność przedłużania się postępowania nie stanowi wady postępowania a jest okolicznością wpisaną w naturę postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z tym niemożność świadczenia w zakresie i terminie przewidzianym jest zjawiskiem do przewidzenia i samo jako takie nie może stanowić wady postępowania tkwiącej w tym postępowaniu od początku a także wadą niemożliwą do usunięcia nawet przy uwzględnieniu reżimu przewidzianego przepisem art.144 ust.1 ustawy Pzp.

Wskazane przez zamawiającego okoliczności wymagane do rozpoczęcia realizacji umów z poszczególnymi jednostkami takie jak: 30 dni na przygotowanie się organizacyjne oraz takie jak konieczność rozwiązywania dotychczasowych umów przez jednostki są okolicznościami

odnoszący się do czasu (natury czasowej) a nie okolicznościami odnoszącymi się do

Sygn. akt KIO 1366/16

przedmiotu świadczenia (natury rzeczowej). Tylko te drugie okoliczności mogą świadczenie spowodować niemożliwym do realizacji, ponieważ świadczenie co do jego natury czasowej zawsze jest możliwe do realizacji, ponieważ ma charakter ciągły chyba, że jednostka przestanie wysyłać listy a wręcz ulegnie likwidacji.

Wywody zamawiającego na temat uzasadnienia unieważnienia postępowania odnoszą się do niemożności dotrzymania gwarancji uzyskania wartości z tytułu świadczenia usług do gwarantowanego poziomu 50 % kwoty podanej na otwarciu przy obostrzeniu czasowym realizacji usługi (...) „zaś termin realizacji miał trwać od dnia zawarcia umowy do dnia 31 grudnia 2016 roku.”

Na tym tle zamawiający przywołuje art.144 ust.1 ustawy Pzp. cytując, „zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy” pomijając dalsze brzmienie „w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy”. Pominąwszy ten fragment dalej wywodzi na temat w jakich okolicznościach przewidział zmiany istotnych postanowień zawartej umowy.

Obszarem orzekania Izby nie jest badanie zasadności zmiany zawartej umowy, w kontekście istotnych postanowień umowy co do terminu jej realizacji, w sytuacji gdy taka umowa nie została zawarta. Natomiast rozważania zamawiającego w tym zakresie mają służyć wywiedzeniu zasadności podjętej czynności unieważnienia postępowania w związku z dyspozycją art.387 § 1 kodeksu cywilnego i jego obowiązkiem wynikającym z treści art.93 ust.1 pkt 7 ustawy.

Dalej zamawiający powołuje się na orzecznictwo Izby, które sprowadza dyspozycję art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. także do art.387 § 1 KC. W ocenie Izby pogląd taki jest raczej odosobniony.

Aktualny stan prawny art.146 ust.1 przewiduje unieważnienie umowy w przypadkach wyczerpująco w nim wymienionych, wśród których nie ma odesłania do odrębnych przepisów (aktualnie” umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:” – dawniej” „Z zastrzeżeniem przepisów odrębnych, umowa jest nieważna, jeżeli”).

Z kolei korzystanie z ust.6 art.146 też jest nieuprawnione, ponieważ jest to kompetencja Prezesa Urzędu, który może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy i to w okoliczności naruszenia ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania a nie z powodu niemożliwości świadczenia.

Sygn. akt KIO 1366/16

Poza tym kompetencja Prezesa Urzędu wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy nie jest zbieżną z kompetencją do unieważniania postępowania z art. 93 ust.1 ustawy.

Nawet gdyby przyjąć koncepcję stosowania, do art.93 ust.1 pkt 7 w związku z art.146 ust.1 ustawy, dyspozycji z art. 387 § 1 KC to świadczenie objęte sporem nie ma statusu niemożliwego. Świadczenie objęte sporem jest możliwe do wykonania bo jest chociażby podzielne w rozumieniu art.379 § 2 KC a przepis 387 § 1 KC reguluje fizyczną niemożność świadczenia a nie formalną. Należy przywołać fragment pisma odpowiedzi na odwołanie „Zgodnie z tezą wyroku Sądu Najwyższego z 22 kwietnia 2010 roku (Sygn. akt VCSK 379/09). Przepis art.387 § 1 KC reguluje skutki prawne niemożności spełnienia świadczenia określonego przez strony, a nie skutki niemożności zachowania przez te strony terminu spełnienia świadczenia. W uzasadnieniu orzeczenia czytamy: Należy bowiem stwierdzić, że czym innym jest jednak niemożność zachowania terminu dla określonego w umowie świadczenia, a czym innym – niemożność w ogóle spełnienia takiego świadczenia (niemożność świadczenia natury substancjonalnej)”. Chociaż w ocenie Izby zamawiający w sposób niekonsekwentny do cytowanej tezy wyroku SN w jego piśmie na stronach przełom stron 8 i 9 wywodzi, że zaistniała sytuacja w niniejszym postępowaniu ma charakter niemożności świadczenia natury substancjonalnej.

W ocenie Izby stosowanie art.387 § 1 k.c. w sytuacji unieważniania postępowania w trybie art.93 ust.1 pkt 7 jest nieuzasadnione również z uwagi na treść art.14 ust.1 ustawy w związku przepisem art.146 ust.1 ustawy regulującej zakres okoliczności unieważnienia umowy gdzie usunięto regulację „z zastrzeżeniem przepisów odrębnych”. Owszem nie wyklucza się stosowania art.387 § 1 k.c. ale w sytuacji zawartej umowy (umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna) a nie na etapie unieważniania postępowania w trybie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy.

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie z racji naruszenia przez zamawiającego art.93 ust.1 pkt 7 w związku z art.146 ust.1 i art.387 § 1 k.c. w zw. z art.14 oraz art.7 ust.3 ustawy co ma wpływ na wynik postępowania w związku z jego unieważnieniem, czym wyczerpuje się treść art.192 ust. 2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1) w związku z § 5 ust.2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238)

Sygn. akt KIO 1366/16

zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 zł. jako koszty obejmujące uiszczony wpis przez odwołującego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....