

Sygn. akt KIO/242/11

WYROK
z dnia 17 lutego 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, 85 – 082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11** od czynności zamawiającego **Województwo Śląskie, 40 – 037 Katowice, ul. Ligonía 46**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Województwo Śląskie, 40 – 037 Katowice, ul. Ligonia 46** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, 85 – 082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11,**

2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Województwo Śląskie, 40 – 037 Katowice, ul. Ligonia 46,** na rzecz **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, 85 – 082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Śląskie, ul. Ligonía 46; 40-037 Katowice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę jednej sztuki nowego elektrycznego zespołu trakcyjnego (EZT) do wykonywania przewozów regionalnych”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 lipca 2010 r. pod numerem 2010/S 132-202554.

Dnia 28 stycznia 2011 roku Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający uzasadnił swoją decyzję tym, że modyfikując treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał minimalnego terminu realizacji, co mogło spowodować możliwość złożenia oferty z tak krótkim terminem realizacji, który może rodzić wątpliwości, co do jego realności.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Pojazdy Szynowe PESA- Bydgoszcz S.A. Holding, ul. Zygmunta Augusta 11; 85-011 Bydgoszcz (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 7 lutego 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący złożył odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na:

- 1) bezprawnym unieważnieniu postępowania, czym Zamawiający naruszył w szczególności art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,
- 2) braku wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, mimo braku podstaw do unieważnienia postępowania, czym Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku ze wskazanymi uchybieniami Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego unieważnienia postępowania oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą według spisu i rachunków przedłożonych na rozprawie.

Odwołujący wskazał, iż jest uprawniony do wniesienia odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp, co zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy

Pzp wyczerpuje przesłanki legitymacji uprawniającej do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Uzasadniając Odwołujący wskazał, iż pismo przesłane faksem podpisane zostało przez Przewodniczącego komisji przetargowej Pana Łukasza C. Odwołujący podnosił, że nie jest mu wiadome, czy decyzja o unieważnieniu postępowania została przez Zamawiającego faktycznie podjęta i w jakim trybie, w związku z czym kwestionuje jej istnienie wskazując, że jeżeli podstawą unieważnienia postępowania jest wyłącznie przesłane Odwołującemu pismo, to przewodniczący komisji przetargowej nie posiada kompetencji do unieważniania postępowania, a przynajmniej takie umocowanie nie zostało wskazane w treści pisma.

Gdyby jednak w toku badania podstaw unieważnienia postępowania doszło do ustalenia poprawności formalnej czynności unieważnienia postępowania wówczas Odwołujący podnosił, że konieczna jest weryfikacja przesłanek merytorycznych uzasadniających umorzenie postępowania i wskazywał, że w ocenie Odwołującego takich przesłanek brak, co wynika z następujących okoliczności.

W ocenie Odwołującego, odnośnie terminów dostawy obie oferty zgodne są z s.i.w.z. w szczególności w części terminu dostawy, który przez Odwołującego wskazany został na 31 dni, a przez drugiego wykonawcę na 360 dni. Odwołujący wskazał tak krótki termin dostawy z kilku przyczyn.

Po pierwsze dlatego, że uzyskał wcześniej od tego samego Zamawiającego zamówienie na 8 pojazdów tego samego typu, które jest w trakcie realizacji i umożliwia szybkie wykonanie zobowiązań, jakie wynikać będą z umowy jaka przewidziana jest do zawarcia z wykonawcą w niniejszym postępowaniu.

Dnia 20 stycznia 2011 r. Odwołujący zawarł umowę na dostawę 16 pojazdów szynowych tego samego typu co pojazd zamawiany w niniejszym postępowaniu nie tylko z Zamawiającym, ale również z „KM - Koleje Mazowieckie” sp. z o.o., Łącznie Odwołujący posiada zamówienia na produkcję 46 pojazdów tego samego typu 22 WE, co pojazd zamawiany w niniejszym postępowaniu, a ich produkcja jest w toku, w oparciu o nowoczesną linię technologiczną stworzoną u Odwołującego w 2010 r. ze środków unijnych.

Po wtóre pojazd szynowy, którego dostawa dotyczy, dnia 30 grudnia 2010 r. uzyskał świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego nr T/2010/0571, co oznacza, że Odwołujący nie musi w czasie przewidzianym na realizację zamówienia uwzględniać konieczności przeprowadzania badań pojazdu oraz uzyskiwania u Prezesa

Urzędu Transportu Kolejowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu przewidzianego do dostarczenia w niniejszym postępowaniu.

Ponadto Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z pytaniem, czy Odwołujący jest w stanie zrealizować zamówienie w terminie wskazanym w ofercie, na które w wyznaczonym przez siebie terminie uzyskał odpowiedź twierdzącą Odwołującego.

Wskazanie przez Odwołującego realnego, choć krótkiego terminu realizacji zamówienia i zgodnego z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może prowadzić do uznania naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że drugi z wykonawców będący uczestnikiem niniejszego postępowania zawarł umowę z Województwem Pomorskim na dostawę nowych pojazdów szynowych nie mając przeprowadzonych ani badań pojazdów projektowanych do dostawy w ramach tego zamówienia ani nie posiadając świadectwa dopuszczenia tego pojazdu do eksploatacji, wskazując w umowie termin dostawy pierwszego pojazdu na 40 dni - w harmonogramie wykonawca ten określił termin dostawy na dzień 30.06.2010 r. podpisując umowę dnia 21.05.2010 r. Wskazana okoliczność potwierdza, że termin dostawy pojazdu wskazany w ofercie Odwołującego złożonej Zamawiającemu jest terminem realnym, możliwym do uzyskania na rynku dostaw pojazdów szynowych.

Według wiedzy Odwołującego żadna ze złożonych w postępowaniu ofert nie podlega odrzuceniu i żaden z dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty nie podlega wykluczeniu z postępowania. Okoliczność ta oznacza, że warunki udziału w postępowaniu umożliwiły zainteresowanym udziałem w postępowaniu wykonawcom wzięcie w nim udziału oraz złożenie ważnych ofert. Okoliczności te przeczą istnieniu wskazanej przez Zamawiającego przesłanki unieważnienia postępowania.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 4 lutego 2011 roku.

Zamawiający, dnia 7 lutego 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania.

Żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przesłanka unieważnienia postępowania określona ww. 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. Naruszenia przepisów dotyczących postępowania, które skutkują nieważnością umowy zostały enumeratywnie wymienione w art. 146 ust. 1 punkty od 1 do 6. Innych wad postępowania skutkujących niemożnością zawarcia ważnej umowy ustawa nie przewiduje. 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, a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania.

Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp odnosi się do całego postępowania przetargowego (wszystkich jego procedur i uczestników) nie zaś tylko i wyłącznie do wybranego wykonawcy oraz wzajemnych relacji i zobowiązań istniejących pomiędzy jednym wykonawcą i zamawiającym, z pominięciem wszystkich pozostałych uczestników postępowania przetargowego.

Dlatego też Zamawiający nie może zajmować uprzywilejowanej pozycji w stosunku do wykonawców

uczestniczących w postępowaniu i arbitralnie podejmować decyzji warunkujących byt tych uczestników w postępowaniu – w konsekwencji uzyskanie zamówienia publicznego – przez interpretowanie ich oświadczeń woli niezgodnie z założonymi przez tych wykonawców preferencjami.

Zamawiający, w dniu 14 września 2010 roku dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryteriów oceny ofert oraz terminu realizacji zamówienia. W punkcie XIII s.i.w.z. dodał nowe kryterium oceny ofert: termin dostawy, którego wagę określił na 10 %. Jednocześnie w pkt IV s.i.w.z. termin wykonania zamówienia Zamawiający określił w następujący sposób: *Dostawa EZT zostanie zrealizowana do 30 czerwca 2012 roku.*

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że powyższa modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia spowodowała złożenie przez wykonawców ofert z różnymi terminami realizacji zamówienia, jednakże brak podania minimalnego terminu realizacji, w ocenie Izby nie stanowi o wadzie postępowania skutkującej jego unieważnieniem.

Idea kreowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozostaje w gestii Zamawiającego, w tym kryteriów oceny ofert, ale konsekwencje wynikające z treści s.i.w.z. obligują obie strony postępowania, tj. Zamawiającego i wykonawców.

W ocenie Izby sytuacja wywołana działaniem Zamawiającego nie wywoływała negatywnych skutków na uczestników postępowania i wywoływać nie mogła, gdyż każdy z wykonawców – profesjonalnych uczestników rynku zamówień publicznych – sam kreuje treść swojej oferty, pozostając nią związany, bez względu na konsekwencje wadliwie przyjętych i zaoferowanych parametrów.

Skoro więc Odwołujący, wskazując w ofercie, jego zdaniem realny termin realizacji zamówienia, powołując się na własne doświadczenie, postęp prac, jak i potencjał techniczny oświadcza Zamawiającemu, że jest w stanie zrealizować zamówienie w terminie 31 dni od daty podpisania umowy, biorąc pod uwagę treść przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, to nie sposób uznać, iż Zamawiającemu przysługiwało uprawnienie do nieuwzględnienia powyższych okoliczności i w konsekwencji unieważnienie postępowania.

Okoliczność nie przewidzenia przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia minimalnego terminu na wykonanie zamówienia skutkująca złożeniem w postępowaniu ofert z rozbieżnymi terminami realizacji zamówienia, z których każdy mieści się w terminie maksymalnym określonym w s.i.w.z. w sytuacji, gdy wykonawcy oferują realne terminy dostaw pojazdów nie może być uznane za naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Za niezasadne uznać należy stanowisko Zamawiającego, iż w przypadku podania minimalnego terminu wykonania zamówienia uniknie nieterminowego wykonania zamówienia, gdyż w każdym przypadku ostateczny termin wykonania zamówienia może być zagrożony np. przez czynniki zewnętrzne bądź zaniechania wykonawcy lub Zamawiającego.

W związku z wycofaniem przez Odwołującego zarzutu dotyczącego wadliwości decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania przez podpisanie tejże przez osobę do tego

nieuprawnioną, Izba zarzut powyższy pozostawiła bez rozpoznania.

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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 koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł.

Przewodniczący:

.....