

Legnica, dnia 27.01.2012r.

KD/AZ/49/2011

Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu

Mając na uwadze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi dowozu drużyn pociągowych na rzecz Spółki Koleje Dolnośląskie S.A. prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisu art. 11 ust. 5 w zw. z art. 39 w zw. z art. 132 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 133 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 – tekst jedn. ze zm.), dalej p.z.p. Zamawiający Spółka działająca pod firmą Koleje Dolnośląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Legnicy informuje o **unieważnieniu przedmiotowego postępowania** na podstawie normy prawnej wywodzonej z treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 p.z.p.

UZASADNIENIE

Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 13.01.2011r. o godz. 12.00. Do siedziby zamawiającego wpłynęły w tym czasie oferty złożone przez dziesięciu wykonawców. W odniesieniu do trzech wykonawców, którzy wydali polecenie realizacji przelewu zapłaty wadium w dniu 12.01.2012r., a więc na dzień przed upływem terminu składania ofert Zamawiający **nie jest w stanie obiektywnie rozstrzygnąć**, czy oferta tychże wykonawców została prawidłowo zabezpieczona wadium, tzn. czy w dniu (data i godzina) na wskazanym przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania rachunku bankowym znajdowała się kwota wadium.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż dochował należytej staranności podejmując czynności zmierzające do ustalenia dokładnej godziny księgowania kwoty wadium na jego rachunku bankowym bezpośrednio w banku prowadzącym jego rachunek. W toku prowadzonej z bankiem korespondencji trzymał informację, iż I sesja ELIXIR księgowana jest na rachunki klientów do godziny 13.00, a w sytuacji kiedy bank otrzyma z Krajowej Izby Rozliczeniowej sesję z opóźnieniem, wówczas środki mogą być księgowane nawet do końca dnia.

Powyższe uniemożliwia zatem dokonanie oceny sytuacji, czy w chwili, w której upływał termin składania ofert, oferty były skutecznie zabezpieczone wadium. Tym samym jakiegokolwiek rozstrzygnięcie, a więc wykluczenie wykonawców, albo ich niewykluczenie będzie stanowiło potencjalne naruszenie norm prawnych i zagrożenie dla interesu faktycznego oraz prawnego wykonawców (tych, którzy mogliby zostać wykluczeni, albo pozostałych w sytuacji niewykluczenia wykonawców) .

Podstawą przedmiotowego rozstrzygnięcia jest norma prawna wywodzona z treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 p.z.p. Zgodnie z powyższym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wada postępowania, o której mowa w kontekście wskazywanego wyżej przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 p.z.p., która może być przyczyną jego unieważnienia ma charakter nieusuwalny i powodujący jednocześnie, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie, wskutek wystąpienia tej wady podlegała unieważnieniu. Koniecznym w tym momencie wydaje się odesłanie do przepisu art. 146 ust. 1 p.z.p. zawierającego katalog okoliczności powodujących, iż umowa podlega unieważnieniu. Jednak, co konsekwentnie podkreślają komentatorzy i literatura przedmiotu, odesłanie do wskazywanego wyżej przepisu art. 146 ust. 1 p.z.p. nie może być rozumiane jako wskazanie na jedyne przesłanki powodujące, iż umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. W tym kontekście „niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy” ma znaczenie znacznie szersze niż sześć okoliczności wymienionych w przepisie art. 146 ust. 1 p.z.p.

Przyjęcie założenia, iż jedynie te okoliczności powodują, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, a inna ważna przyczyna, będąca niemożliwą do usunięcia wadą nie rodzi takiej konsekwencji prowadziłoby do fałszywego wniosku, iż nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczający sens postępowania nie dawałoby zamawiającemu prawa unieważnienia postępowania. Powyższe stałoby również w sprzeczności z zasadą legalizmu (praworządności).

W uzasadnieniu do wyroku z dnia 21 września 2010r. (sygn. KIO/UZP 1945/10) arbitrzy podnieśli, iż „(...) zakres podstaw unieważnienia wynikający z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nie pozwala na stwierdzenie, że każde naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania rodzi po stronie zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania. Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje bowiem, że wada, poza wpływem na wynik postępowania, musi mieć także charakter nieusuwalny (...)”.

W podobnym tonie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 05 marca 2010r. (sygn. KIO/UZP 134/10). W uzasadnieniu do przedmiotowego wyroku podniesiono, iż „(...) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga stwierdzenia zaistnienia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest naruszenie przepisów, które w przypadku zawarcia umowy wywołuje skutek prawny w postaci jej nieważności. Wada ta musi być nieusuwalna, wywierać taki wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, który powoduje jej bezwzględną nieważność. Upływ terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne o takim charakterze. Żaden z przepisów nie sprzeciwia się zawarciu umowy w sytuacji, gdy termin wskazany w dokumentacji postępowania jako data rozpoczęcia wykonywania świadczenia już upłynął. W szczególności przepisem takim nie jest art. 140 ustawy Prawo

zamówień publicznych. Zamawiający powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych winien wskazać naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych mające wpływ na wynik postępowania. O ile w ocenie zamawiającego nieważność umowy wynikałaby z innych przepisów, obowiązkiem zamawiającego również było wskazanie podstawy prawnej uzasadniającej unieważnienie postępowania (...)

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w sposób jednoznaczny wskazuje, iż unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. następuje w przypadkach, w których utrzymanie postępowania w mocy doprowadzi do zawarcia umowy, która będzie podlegała unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 1, 5 i 6 Pzp (np. wyrok KIO z dnia 5 maja 2011, sygn. akt KIO855/11, wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn.. akt KIO 982/10). Stanowisko to znajduje potwierdzenie w poglądach doktryny:

*„Wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do ust. 1 art. 146, który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy. Sprawiałoby to, że wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7. Taka wykładnia prawa prowadziłaby do błędnego wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów – np. art. 189 k.p.c. czy art. 70⁵ k.c. – czego w przypadku wad innych niż określone w art. 146 ustawa nie zabrania. Niezbędne jest więc uznanie, że przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 dotyczy również tych okoliczności unieważnienia umowy, w których czynności tej dokonuje Sąd na wniosek Prezesa UZP (uprawnienie Prezesa wynika z art. 146 ust. 6). **Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania**”.* (W.Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Lex 2010).

Oceniając ryzyko zawarcia podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego należy mieć zatem na uwadze również wynikającą z art. 146 ust. 5 kompetencję Prezesa UZP do żądania unieważnienia umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Dokonanie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nastąpiłoby w zaistniałym stanie faktycznym z rażącym naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p.

Nie mogąc bowiem rozstrzygnąć czy wadzia zostały wniesione w terminie, Zamawiający dopuściłby się zaniechania wykluczenia wykonawców podlegających wykluczeniu lub bezpodstawnego wykluczenia wykonawców. W zaistniałym stanie



faktycznym Zamawiający nie ma bowiem możliwości ustalenia którzy spośród ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawców podlegają wykluczeniu ze względu na niewniesienie wadium w terminie, a zatem nie ma możliwości dokonania oceny złożonych ofert i wyboru oferty w sposób zgodny z przepisami ustawy. W konsekwencji zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania umowa podlegałaby unieważnieniu jako zawarta z naruszeniem przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający uznaje za zasadne rozstrzygnięcie przedstawione na wstępie.

PREZES ZARZĄDU
Ładnicka
Genowefa Ładnicka