

WYROK
z dnia 16 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Packo**
Katarzyna Prowadzisz
Małgorzata Rakowska

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2015 r. przez organizację (związek pracodawców)

Pracodawcy Transportu Publicznego Al. Jerozolimskie 144, 02-305 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Zarząd Transportu Miejskiego ul. Żelazna 61, 00-848 Warszawa

przy udziale wykonawcy **Mobilis Sp. z o.o. Mościska 4A, 05-080 Mościska** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. **kosztami postępowania obciąża organizację (związek pracodawców) Pracodawcy Transportu Publicznego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez organizację (związek pracodawców) Pracodawcy Transportu Publicznego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar aglomeracji warszawskiej przy wykorzystaniu 15 autobusów używanych 9-metrowych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 30 stycznia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 021-034233. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Pracodawcy Transportu Publicznego wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu o zamówieniu pomimo zaniechania ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 23 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13 z późn. zm.) zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 40 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 1 oraz art. 25 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 9 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym i art. 7 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1370/2013 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz. U. UE Lz 2007 r., str. 315, poz. 1) poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu i wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo zaniechania ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania na usługi publicznego transportu zbiorowego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym organizator publikuje ogłoszenie o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie, o którym mowa w art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2, lub bezpośredniego zawarcia umowy, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3, w terminie nie krótszym niż jeden rok albo sześć miesięcy, w przypadku, gdy umowa

o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego ma dotyczyć świadczenia tych usług w wymiarze mniejszym niż 50.000 kilometrów rocznie. Art. 23 ust. 2 i 3 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym stanowi, że organizator zamieszcza ogłoszenie w Biuletynie Informacji Publicznej. Niezwłocznie po zamieszczeniu tego ogłoszenia, organizator zamieszcza także odpowiednie ogłoszenie w miejscu powszechnie dostępnym w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej.

Z art. 23 ust. 1 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym wynika, że obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia ma zastosowanie m.in. wtedy, gdy zamówienie ma zostać udzielone w trybie przetargu nieograniczonego. Art. 23 stanowi implementację art. 7 ust. 2 rozporządzenia 1370/2007, który stanowi, iż „każdy właściwy organ podejmuje niezbędne środki, aby najpóźniej rok przed rozpoczęciem procedury przetargowej lub rok przed bezpośrednim przyznaniem zamówienia zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej przynajmniej następujące informacje: a) nazwa i adres właściwego organu; b) przewidywany tryb udzielenia zamówienia; c) usługi i obszary potencjalnie objęte zamówieniem. Właściwe organy mogą zdecydować, że informacje te nie będą publikowane, jeżeli umowa o świadczenie usług publicznych dotyczy świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego w wymiarze mniejszym niż 50.000 kilometrów rocznie.”

Zamawiający miał zatem obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia co najmniej na rok przed jego wszczęciem. Ogłoszenie takie nie zostało zamieszczone ani w Biuletynie Informacji Publicznej, ani w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ani w siedzibie czy na stronie internetowej zamawiającego. Brak jest także ogłoszenia wstępnego, o którym mowa w art. 13 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu i wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 40 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo zaniechania dokonania ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania, w ocenie odwołującego stanowi istotną wadę postępowania, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, która powinna skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podstawę do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi nie tylko art. 146 ust. 1, ale także art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub

zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W przepisie tym mowa jest co prawda o zamieszczeniu ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jednak w przypadku, gdy zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym zamawiający ma obowiązek zamieszczenia w Biuletynie Informacji Publicznej ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przepis ten należy stosować w drodze analogii.

W orzecznictwie wskazuje się, że zamawiający, unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawnieni są do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale mogą i powinni brać również pod uwagę podleganie unieważnieniu umowy z mocy przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2010 r. KIO/UZP 1733/10).

W niniejszej sprawie zamawiający nie był uprawniony wszcząć postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez wcześniejszego ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania. Ogłoszenie o zamówieniu zostało więc dokonane niezgodnie z art. 40 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 1 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym. Naruszenie tych przepisów ma istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Zgodnie bowiem z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednio przepisy ustawy. W literaturze wskazuje się, że sprzeczność z ustawą oznacza sprzeczność z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawnymi zarówno Kodeksu cywilnego, jak i ustaw szczególnych oraz że zakazy mogą wiązać się z brakiem uprawnienia do dokonywania danych czynności w określonych okolicznościach. Co prawda art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego przewiduje bezwzględną nieważność czynności prawnej, w przeciwieństwie do art. 146 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy czym przyjmuje się, że przewidziana *ab initio* nieważność umowy jest bardziej dolegliwą od przewidzianej m.in. w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych możliwości unieważnienia umowy, która rodzi skutki dopiero z chwilą jego orzeczenia. Skoro ustawodawca dopuścił możliwość unieważnienia postępowania przy powołaniu się jedynie na nieważność względną (wzruszalność), tym bardziej dopuszczalną wydaje się możliwość unieważnienia

postępowania przy powołaniu się na nieważność bezwzględną (wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 755/13).

Z motywu nr 29 do rozporządzenia 1370/2007, który uzasadnia regulację art. 7 ust. 2 tego rozporządzenia, przeniesioną do art. 23 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, „przed udzieleniem zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych; z wyjątkiem środków nadzwyczajnych i umów związanych ze świadczeniem usług na niewielką odległość, właściwe organy powinny przedsięwziąć niezbędne kroki, by ogłosić swój zamiar udzielenia zamówień prowadzących do zawarcia takich umów przynajmniej z rocznym wyprzedzeniem, tak aby potencjalne podmioty świadczące usługi publiczne mogły podjąć odpowiednie działania.” Pominięcie procedury ogłaszania o zamiarze udzielenia zamówienia pozbawia podmioty zainteresowane świadczeniem usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego możliwości odpowiedniego przygotowania się do złożenia oferty, tym samym naruszając reguły uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga bowiem szczególnego przygotowania wykonawcy w zakresie potencjału technicznego oraz osobowego.

Wada postępowania, tj. ogłoszenie o zamówieniu, pomimo zaniechania ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania, ma charakter nieusuwalny, gdyż brak jest możliwości konwalidacji tej wady, ponieważ nie jest możliwe dokonanie wstecznego ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania i zawarcie ważnej umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, zgodnie z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 24 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie, ewentualnie oddalenie.

Zamawiający wskazał, że odwołujący, będący organizacją wpisaną na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z art. 179 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych może wnosić środki ochrony prawnej jedynie wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołanie wniesione przez odwołującego nie dotyczy samej treści ogłoszenia o zamówieniu ani kwestii związanych z jego publikacją uregulowaną w art. 40 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale czynności poprzedzającej ogłoszenie, tj. obowiązku publikacji ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 23 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym. W związku ze ściśle określonymi w art. 179 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych uprawnieniami tego typu organizacji, odwołujący nie ma legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, co powinno doprowadzić do odrzucenia odwołania.

Odwołanie jest również niedopuszczalne z tego powodu, że przedmiotem odwołania w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą może być wyłącznie czynność zamawiającego niezgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 180 ust. 1). Odwołanie nie może natomiast dotyczyć czynności podjętych w trakcie postępowania przygotowawczego (poprzedzających ogłoszenie o zamówieniu), jak również czynności, co do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie innych przepisów niż ustawa Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż naruszenie przepisów ustawy o publicznym transporcie zbiorowym poprzez brak ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania, w jego ocenie skutkować będzie stwierdzeniem nieważności umowy, która może zostać zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania. Pogląd odwołującego nie znajduje jednak uzasadnienia w świetle orzecznictwa i poglądów doktryny, według których nie każde naruszenie przepisu o charakterze imperatywnym może skutkować nieważnością czynności prawnej. Analizując ewentualne skutki naruszenia prawa należy zawsze badać *ratio legis* przepisu i okoliczności dokonania konkretnej czynności prawnej. Jeśli określona norma imperatywna służy ochronie jednej ze stron czynności prawnej, naruszenie jej w taki sposób, że interes chronionego podmiotu nie jest zagrożony, nie powoduje nieważności czynności prawnej (zasadę tę może ilustrować wyrok SN z dnia 24 czerwca 1999 r. III CKN 268/98, OSNC 2000, Nr 2, poz. 28).

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi przewozu regularnego przy wykorzystaniu 15 autobusów używanych 9 metrowych. Układ komunikacyjny w aglomeracji warszawskiej jest w ciągłej fazie rozwoju i organizator transportu zbiorowego często nie może przewidzieć z dużym wyprzedzeniem potrzeb przewozowych obejmujących wybrane fragmenty miasta. Poza tym w obliczu dużych spadków cen paliw w ciągu ostatniego roku możliwe jest zlecenie przewozów przy kosztach znacznie niższych niż kalkulowane we wcześniejszych okresach. Organizator nie zawsze ma faktyczną możliwość podjęcia niezbędnych środków, aby najpóźniej rok przed rozpoczęciem procedury przetargowej opublikować ogłoszenie o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, zwłaszcza gdy zamiar taki nie istniał lub nie może być zaplanowany z odpowiednim wyprzedzeniem.

Pomimo braku ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia na obsługę komunikacyjną przy wykorzystaniu 15 autobusów używanych 9 metrowych, nie można mówić o ograniczeniu konkurencji, co było powodem wprowadzenia takiego obowiązku w art. 7 ust. 2 rozporządzenia 1370/2007, a następnie w treści art. 23 ust. 1 pkt 1 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym. Jak wynika z treści ogłoszonego przetargu dopuszcza się w nim udział podmiotów, które dysponują używanymi autobusami, a więc nie jest wymagane zaangażowanie dodatkowych środków finansowych na zakup pojazdów przez

zainteresowane podmioty, a także nie zachodzi konieczność szczególnego przygotowania się do tego przetargu przez zainteresowane podmioty. Również ilość pojazdów, jakimi musi dysponować podmiot, który chce uczestniczyć w przetargu, nie jest na tyle duża, aby informacja o zamiarze lub brak tej informacji mógł zachwiać rynkiem usług przewozowych. Zatem w niniejszej sprawie brak ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania przetargowego nie może być uznany za wadę skutkującą unieważnieniem umowy, gdyż interes żadnego przewoźnika, który chciałby wystartować w przedmiotowym przetargu, nie został w żaden sposób naruszony a żaden z uczestników przedmiotowego postępowania przetargowego nie zgłaszał odwołań lub zarzutów dotyczących naruszenia art. 23 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Mobilis Sp. z o.o. popierając w całości stanowisko zamawiającego.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący, jako organizacja wpisana na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest uprawniona do wniesienia odwołania. Przy tym, jako organizacja, o której mowa w art. 179 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest zobowiązana wykazywać spełnienia przesłanek dotyczących interesu we wniesieniu odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odnoszących się do interesu w uzyskaniu zamówienia i poniesionej szkody.

Zgodnie z art. 179 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują jedynie wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wskazał, że wniesione odwołanie nie dotyczy samej treści ogłoszenia o zamówieniu ani kwestii związanych z jego publikacją, uregulowanych w art. 40 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale czynności poprzedzającej ogłoszenie, tj. obowiązku publikacji ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 23 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym.

Należy jednak zwrócić uwagę, że art. 179 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie odnosi się wyłącznie do treści ogłoszenia o zamówieniu (choć standardowo to owa treść, a nie sam fakt zamieszczenia ogłoszenia bywa kwestionowany w postępowaniach odwoławczych), natomiast odwołujący odniósł się do „kwestii związanych z jego publikacją”, czyli samego faktu jego publikacji, wskazując w treści odwołania na naruszenie art. 40 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem z treści samego art. 179 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika zupełny brak możliwości wniesienia takiego odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami: 30 stycznia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ukazało się ogłoszenie zamawiającego o zamówieniu na „świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar aglomeracji warszawskiej przy wykorzystaniu 15 autobusów używanych 9-metrowych”. Zamawiający nie zaprzeczył też faktowi, że nie opublikował z rocznym wyprzedzeniem ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 23 ust. 1 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym.

Odwołujący w odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 40 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 1 oraz art. 25 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 9 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym i art. 7 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1370/2013 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 i wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie stwierdziła jednak naruszenia przez zamawiającego wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych ani podstaw prawnych do nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba podzieliła tym samym stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego.

Po pierwsze, jak zwróciła na to uwagę strona zamawiająca, art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych określa wyraźnie zakres, którego może dotyczyć odwołanie, tj. czynności zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do których zamawiający jest

zobowiązany na podstawie ustawy. Co do zasady pod pojęciem „ustawy” należy rozumieć ustawę Prawo zamówień publicznych opisującą procedurę postępowania w zakresie postępowań o udzielenie zamówienia. Przepis ten wskazuje także na zakres odwołania, czyli czynności podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które w przypadku przetargu rozpoczyna się z chwilą zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie i na stronie internetowej zamawiającego (art. 40 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), a kończy z chwilą zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołanie nie może więc dotyczyć innych czynności zamawiającego podjętych lub nie podjętych w innym okresie, nie związanych z samym prowadzonym postępowaniem i wynikających z zupełnie innych przepisów niż ustawa Prawo zamówień publicznych, którym zresztą przysługuje inny tryb negocjowania działania zamawiającego niż wskazany w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Tym samym Izba odniosła się jedynie do zakresu odwołania, który dotyczy ustawy Prawo zamówień publicznych i jest nią uregulowany oraz ma wpływ na przebieg prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 40 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, które stanowią, że: „1. Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. (...) 3. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.”

Przepisy te dotyczą chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także obowiązku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednich publikatorach lub miejscach publikacji. Zamawiający takie ogłoszenia zamieścił, zatem nie naruszył ww. przepisów.

Odwołujący zanegował możliwość zamieszczenia takich ogłoszeń ze względu na brak ogłoszenia przez zamawiającego w Biuletynie Informacji Publicznej o zamiarze udzielenia zamówienia i wskazał na konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 i ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie stwierdziła jednak podstaw prawnych do unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Inne podstawy unieważnienia postępowania wskazane w art. 93 w wyraźny sposób nie odnoszą się do przedmiotowej sytuacji.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych powiązany jest głównie z art. 146 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ustępie 1. art. 146 zostały wskazane przyczyny, po wystąpieniu których umowa o zamówienie publiczne podlega unieważnieniu.

Odwołujący powołał się na punkt 2. tego przepisu, który stanowi, że umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Pozostałe wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawy unieważnienia umowy w wyraźny sposób nie dotyczą badanej sytuacji.

Odwołujący wskazał też na ust. 6 artykułu 146 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się jednak do sytuacji, w której zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (w zależności od tego, w którym publikatorze miał obowiązek takie ogłoszenie zamieścić).

Przesłanka ta dotyczy więc ogłoszenia o zamówieniu, przez które to pojęcie rozumie się ogłoszenie o wszczęciu postępowania, a nie jakiegokolwiek ogłoszenie, do którego zamieszczenia zamawiający jest zobowiązany – pomimo że już sama ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje kilka rodzajów ogłoszeń, łącznie ze wstępnymi ogłoszeniami informacyjnymi o planowanych zamówieniach.

Tym samym ustawodawca celowo zawęził sankcje związane z unieważnieniem umowy jedynie do braku ogłoszenia o zamówieniu i to w ograniczonym zakresie, bo jedynie w Biuletynie Zamówień Publicznych i Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (tylko z powodu nieprzekazania temu urzędowi ogłoszenia). Zatem sankcją taką nie byłby objęty nawet brak ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej i w siedzibie zamawiającego, a także w Biuletynie Informacji Publicznej.

Przepisy art. 146 ustawy Prawo zamówień publicznych mają charakter sankcyjny o poważnym znaczeniu, nie tylko dla zamawiającego i celów publicznych, które dzięki nim

realizuje, ale także na wykonawców i pewności obrotu gospodarczego, zatem nie można ich dowolnie rozszerzać poza zakres wskazany w tych przepisach.

Zdaniem Izby nie zaistniały również okoliczności wskazane w art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, na który odwołujący także się powołał.

Po pierwsze z przepisu tego wynika, że unieważnienie umowy może nastąpić w wyniku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu „ustawy” – a więc tak samo ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie jakiegokolwiek innej ustawy czy innych przepisów. Po drugie należałoby stwierdzić, że naruszenie to miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W niniejszym przypadku nie ma jednak żadnych dowodów ani nawet nie uprawdopodobniono twierdzenia, że zaniechanie opublikowania ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogłoby mieć jakikolwiek, choćby potencjalny wpływ na wynik postępowania (w znaczeniu wyboru oferty najkorzystniejszej). Zwłaszcza że to dopiero w ogłoszeniu o zamówieniu (o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający podaje istotne dla wykonawców informacje, które mogą zadecydować zarówno o możliwości i zamiarze wzięcia przez nich udziału w postępowaniu, a następnie możliwości jego uzyskania, czyli warunki udziału w postępowaniu, zakres świadczenia, kryteria oceny ofert itd.

Odwołujący w odwołaniu powołał się także na niezgodność czynności publikacji ogłoszenia o zamówieniu z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego i konsekwencje z tego przepisu wynikające. Odwołujący wskazał, że zgodnie z tym przepisem czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że przewidziany jest inny niż nieważność skutek takiej czynności. Izba nie widzi jednak podstaw do stwierdzenia, że fakt publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest sprzeczny z ustawą lub ma na celu jej obejście, tym bardziej, że zgodnie z art. 40 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, na które odwołujący powołał się w odwołaniu, zamawiający do tej publikacji jest prawnie zobowiązany.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: