

WYROK
z dnia 7 lutego 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2013 roku przez **wykonawcę – Cotton House J..... Sp. J. z siedzibą w Łodzi** postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Województwo Łódzkie,**

przy udziale **wykonawcy – BlueNet Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania

2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Województwo Łódzkie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę – Cotton House J..... Sp. J. z siedzibą w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **zamawiającego – Województwa Łódzkiego** na rzecz **wykonawcy – Cotton House J..... Sp. J. z siedzibą w Łodzi** kwotę **18 654 zł 23 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset pięćdziesięciu czterech złotych dwadzieścia trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 25 stycznia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwaną w dalszej części w „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Cotton House J..... Sp.J. z siedzibą w Łodzi.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo braku okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania. Zamawiający unieważnił postępowanie wskazując jako przyczynę zapisy SWIZ, w tym załącznika w postaci umowy, w brzmieniu nie uwzględniającym zmiany SWIZ w tym załączniku, dokonanej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 27 grudnia 2012 r.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o unieważnienie czynności unieważnienia przetargu; nakazanie Zamawiającemu zawarcia umowy z Odwołującym; obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Wykonawca złożył najniższą ważną ofertę w ramach postępowania, pismem z dnia 11 grudnia 2012 roku wykonawca został poinformowany o wyborze jego oferty. Unieważnienie przetargu, o którym poinformowano wykonawcę w dniu 18 stycznia 2013 roku, uniemożliwia zawarcie umowy na wykonanie dostawy przez wykonawcę, co uniemożliwia uzyskanie wynagrodzenia i osiągnięcie zysku (szkoda). Unieważnienie czynności unieważnienia przetargu jak i nakazanie Zamawiającemu zawarcia umowy z Odwołującym skutkowałoby wykonaniem umowy i uzyskaniem przez Odwołującego należnego wynagrodzenia za dostarczony sprzęt.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w sprawie KIO 2840/12 Zamawiający zmienił treść umowy załącznika do SWIZ w zakresie brzmienia § 2 ust 1 w zakresie terminu dokonania dostawy w ten sposób, iż wykonawca będzie zobowiązany do wykonania umowy w terminie 14 dni od dnia podpisania umowy. O czynności tej powiadomiono wszystkich oferentów jak i KIO. Pismem z dnia 18 stycznia 2013 roku Zamawiający poinformował wykonawcę o unieważnieniu postępowania udzielenie zamówienia publicznego. Jako uzasadnienie faktyczne podano zapis SWIZ w brzmieniu nie uwzględniającym zmiany dokonanej w ramach sprawy toczącej się przed KIO i na tej podstawie Zamawiający uznał, iż umowa jest niewykonalna, przez co nieważna. W tym miejscu należy zauważyć, iż nie ma charakteru niewykonalnej umowy, która ma być wykonywana w terminie 14 dni od dnia podpisania umowy.

Zamawiający błędnie zastosował art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp ze względu na pominięcie faktycznego brzmienia SWIZ. W sprawie KIO 2840/12 Zamawiający zmienił treść

umowy załącznika do SWIZ w zakresie brzmienia § 2 ust 1 w zakresie terminu dokonania dostawy w ten sposób, iż wykonawca będzie zobowiązany do wykonania umowy w terminie 14 dni od dnia podpisania umowy. O czynności tej powiadomiono wszystkich oferentów jak i KIO. Czynność ta - oświadczenie woli - nie była przedmiotem jakiegokolwiek postępowania przed KIO lub sądem powszechnym, które by wyeliminowało z obrotu skutki tej czynności. Nie jest to także czynność nieważna z mocy samego prawa. Nieważność z mocy prawa wymaga istnienia konkretnego przepisu, który przewidywałby taką sankcję. W ramach ustawy Pzp nie istnieje instytucja nieważności czynności z mocy samego prawa. Uchylenie wszystkich czynności, a nawet unieważnienie zapisów zawartych umów wymaga określonych trybów ich konstytucyjnego unieważnienia. Z uzasadnienia unieważnienia postępowania nie wynika na jakiej podstawie prawnej lub faktycznej Zamawiający pominął własne oświadczenie woli. W tym miejscu warto podkreślić, iż Zamawiający wykazał się niezwykle elastycznością intelektualną uzasadniając legalność swojego postępowania w ramach postępowania KIO 2840/12 w oparciu o bogate orzecznictwo KIO oraz powołując równie bogate orzecznictwo na tezę przeciwną w uzasadnieniu. Sprzeczność ta nie pozwala w pełni ustosunkować się merytorycznie do stanowiska Zamawiającego i na tej podstawie Odwołujący zastrzegł możliwość podnoszenia dalszych zarzutów w zależności od ostatecznego (najaktualniejszego) stanowiska Zamawiającego.

W dniu 28 stycznia 2013 roku na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **BlueNet Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**.

Uczestnik otrzymał kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 25 stycznia 2013 roku. Zatem przystąpienie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Zamawiający i Odwołujący otrzymali kopię przystąpienia

Uczestnik jest wykonawcą biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu. Uczestnik ma interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego polegający na dążeniu do utrzymania wyniku postępowania zgodnego z ustawą oraz do wykazania prawidłowości oceny dokonanej przez Zamawiającego.

W wyroku z dnia 1 sierpnia 2012 roku KIO stwierdziła, iż: Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie może być oceniane w kontekście interesu rozumianego analogicznie jak przy wniesieniu odwołania, czyli przez pryzmat sytuacji oferty przystępującego w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia. Skoro w art. 185 ust. 2 ustawy mowa jest o interesie w uzyskaniu korzystnego dla strony rozstrzygnięcia, to nie można wykluczyć poza sytuacje wypełniające tą przesłankę, dążenie do utrzymania wyniku postępowania zgodnego z ustawą. (...) Uznając za dopuszczalne zgłoszenie przystąpienia

do postępowania odwoławczego wykonawcy, którego odrzucenie oferty nie jest przedmiotem zarzutów, Izba miała na uwadze przede wszystkim konieczność rozróżnienia pomiędzy interesem w uzyskaniu zamówienia, jako przesłanki do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy) oraz interesem w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłaszane jest przystąpienie w postępowaniu odwoławczym z art. 185 ust. 2 ustawy. Ponieważ ustawodawca odmiennie określa interes konieczny do wniesienia odwołania oraz interes do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie można tracić przy wykładni przepisu celu obu instytucji procesowych. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie może być oceniane w kontekście interesu rozumianego analogicznie jak przy wniesieniu odwołania, czyli przez pryzmat sytuacji oferty przystępującego w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia. Skoro w art. 185 ust. 2 ustawy mowa jest o interesie w uzyskaniu korzystnego dla strony rozstrzygnięcia, to nie można wykluczyć poza sytuacje wypełniające tą przesłankę, dążenie do utrzymania wyniku postępowania zgodnego z ustawą (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2012 r.; KIO 1521/12).

Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Zgodnie z pkt 5 SIWZ: *I/1 wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu zamówienia:*

- *dostawę w terminie 14 dni, od daty podpisania umowy, **jednak nie później niż do dnia 21 grudnia 2012r.***
- *instalację i konfigurację sprzętu i oprogramowania w terminie 14 dni od daty dostarczenia sprzętu.*

Zgodnie z § 2 ust. 1 załącznika nr 7 do specyfikacji (Wzór Umowy) *Wykonawca zobowiązuje się określoną w § 1 dostawę zrealizować do siedziby Zamawiającego w terminie do 14 dni, od daty podpisania umowy, jednak nie później niż do dnia 21 grudnia 2012r. Instalacja i konfiguracja sprzętu i oprogramowania zostanie wykonana w terminie do 14 dni od daty dostarczenia sprzętu. Natomiast § 4 ust. 2 zd. 5 stanowi, iż Faktura powinna zostać dostarczona Zamawiającemu nie później niż do dnia 21 grudnia 2012r.*

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przesłane 11 grudnia 2012 roku. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Odwołującego.

Zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp *Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (...).* Wobec powyższego do dnia 21 grudnia 2012 roku włącznie Zamawiający nie mógł zawrzeć umowy. Natomiast zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp *W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”.*

Postanowieniem z dnia 4 stycznia 2013 roku KIO zwróciła odwołanie wniesione przez

BlueNet Sp. z o.o. (KIO 2840/12). Jest to postanowienie kończące postępowanie odwoławcze w rozumieniu art. 183 ust. 1 PZP.

A zatem najwcześniejszym możliwym terminem zawarcia umowy był dzień 5 stycznia 2013 roku, a zatem już po terminie wykonania przedmiotu zamówienia obejmującego dostawę. Co za tym idzie, zważywszy iż termin wykonania zamówienia (umowy) określony był na 21 grudnia 2012 roku, nie było możliwe zawarcie przez Zamawiającego ważnej umowy.

Art. 387 § 1 Kc reguluje tzw. niemożliwość pierwotną świadczenia, a więc niemożliwość istniejącą w chwili zawarcia umowy. Jak podkreśla się w judykaturze jest to niemożliwość obiektywna, która polega na tym, że nie tylko konkretny dłużnik, ale również żadna inna osoba nie może spełnić świadczenia (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 marca 2009 r. II CSK 611/2008). Ponadto, w orzecznictwie podkreśla się, że art. 387 Kc odnosi się do uprzedniej i obiektywnej niemożności świadczenia wynikłej zarówno z przyczyn faktycznych, jak i prawnych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 stycznia 2005 r. I ACa 1313/2004 Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach 2005/1 poz. 4). Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 sierpnia 2009 r. IV CSK 81/2009 niemożliwość świadczenia, powodująca według art. 387 § 1 Kc nieważność umowy, musi zachodzić w chwili jej zawarcia (tzw. niemożliwość pierwotna), musi to być niemożliwość istniejąca obiektywnie i mieć charakter trwały. Obojętne jest, czy ma ona charakter faktyczny czy prawny.

Zamawiający określił w SIWZ oraz Załączniku nr 7 do SIWZ - wzór umowy termin wykonania zamówienia w zakresie dostawy do 21 grudnia 2012 roku, a w zakresie instalacji i konfiguracji sprzętu i oprogramowania - do 14 dni od daty dostarczenia sprzętu. Jednocześnie zastrzegł, że faktura powinna zostać dostarczona Zamawiającemu nie później niż do dnia 21 grudnia 2012r. Podkreślić należy, iż przedmiotem zamówienia była m.in. dostawa oprogramowania Cisco Identity Services Engine. Zważywszy, iż jest to oprogramowanie nowe, niedostępne jeszcze na polskim rynku, termin realizacji zamówienia przez producenta i w konsekwencji dostawy do Zamawiającego wynosi co najmniej 30 dni (według informacji od dystrybutorów oprogramowania na rynku polskim) Zamawiający jako podmiot wydatkujący publiczne środki, powinien posiadać wiedzę, jaki czas jest niezbędny na realizację zamówienia, który to czas powinien - zgodnie z przepisami prawa - uwzględnić przy planowaniu zamówienia, konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniając w tym okres dostawy sprzętu, opóźnień spowodowanych procedurami związanymi z dostarczeniem sprzętu do Polski z zagranicy oraz procedurami odwoławczymi. Ta ocena okoliczności towarzyszących postępowaniu, obowiązek przewidywania ewentualnych opóźnień i przesunięć w całości obciąża zamawiającego, który te okoliczności powinien właściwie i racjonalnie oszacować i uwzględnić (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w

uchwale z dnia 13 stycznia 2011 r. KIO/KD 107/10). Określając termin zakończenia realizacji zamówienia publicznego zamawiający powinien uwzględnić również skalę zamówienia, a w szczególności uwarunkowania techniczne i organizacyjne związane z realizacją zamówienia.

Także KIO w uchwale z dnia 19.08.2009r. stwierdziła, iż *zawarcie umowy o świadczenie niemożliwe, ze wstecznym terminem realizacji zamówienia, jest niedopuszczalne w świetle przepisów k.c. i prowadzi do konieczności unieważnienia postępowania* (sygn. akt KIO/KD 22/09).

W świetle powyższego należy stwierdzić, że termin realizacji zamówienia określony przez Zamawiającego był niemożliwy do dotrzymania przez jakiegokolwiek wykonawcę, a co za tym idzie strony (tj. Zamawiający i Odwołujący) zawierając umowę zawarłyby umowę o świadczenie niemożliwe pierwotnie, tj. umowę nieważną od chwili jej podpisania.

Co za tym idzie jest oczywiste, iż Zamawiający nie miał możliwości zawrzeć ważnej umowy w niniejszym postępowaniu. A zatem unieważnienie postępowania nastąpiło zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Bezpodstawne i nie znajdujące oparcia w przepisach ustawy Pzp są twierdzenia Odwołującego jakoby „w sprawie KIO 2840/12 Zamawiający zmienił treść umowy załącznika do SIWZ w zakresie brzmienia par. 2 ust. 1 w zakresie terminu dokonania dostawy w ten sposób, iż Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania umowy w terminie 14 dni od dnia podpisania umowy”.

Postanowieniem z dnia 4 stycznia 2013 roku KIO zwróciła odwołanie wniesione przez BlueNet Sp. z o.o. (KIO 2840/12). Odwołanie zwrócone nie wywołuje żadnych skutków jakie wiąże ustawa z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (art. 187 ust. 6 ustawy Pzp). Co za tym idzie nie jest możliwe aby Zamawiający dokonał skutecznie zmiany SIWZ w sprawie KIO 2840/12.

Ponadto w przypadku postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w uzasadnionych przypadkach możemy mieć do czynienia ze zmianami SIWZ tylko do momentu upływu terminu składania ofert (art. 38 ust. 4 ustawy Pzp). W przypadku zmiany treści SIWZ na Zamawiającym ciążyą określone w ustawie obowiązki. Co za tym idzie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie mógł skutecznie dokonać zmiany SIWZ po terminie składania ofert, tj. po dniu 26 listopada 2012r.

Podkreślić należy, że to na Odwołującym bezspornie spoczywa ciężar dowodzenia. Powyższe wynika bezpośrednio z treści przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp nawiązującego do przepisu art. 6 kodeksu cywilnego. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że nastąpiła rzekoma zmiana SIWZ, na którą powołuje się Odwołujący.

Ponadto w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakreślony przez zamawiającego termin realizacji zamówienia na 21 grudnia 2012 roku był

nierealny i naruszający zasady uczciwej konkurencji, co stanowiło o naruszeniu art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 Pzp.

Z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wynika dla zamawiającego obowiązek wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Stopień szczegółowości oraz dogłębności opisu przedmiotu zamówienia powinien sprowadzać się pierwszej kolejności do tego, by w opisie przedmiotu zamówienia zawarta została pełna informacja o wszystkich czynnikach mających wpływ na ukształtowanie przez wykonawców swoich ofert. Stanowi to z jednej strony obowiązek zamawiającego, z drugiej zaś - prawo wykonawcy do otrzymania takich informacji, które pozwolą wykonawcy na przygotowanie oraz złożenie oferty (wyrok z dnia 23 czerwca 2010 r. KIO/UZP 1100/10, wyrok z dnia 17 grudnia 2007 r. KIO/UZP 1419/07). Zamawiający tym samym nie może przerzucać na wykonawcę obowiązku (a co za tym idzie ryzyka poniesienia kosztów) przewidzienia już na etapie składania oferty wszelkich ewentualnych dodatkowych kosztów. Przy tak skonstruowanym terminie wykonania zamówienia Odwołujący musiał skalkulować jako jeden z dodatkowych kosztów, koszty kar umownych, gdyż wykonanie przedmiotu umowy w zastrzeżonym terminie było niemożliwe. W konsekwencji Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której zostały złożone przez wykonawców oferty zawierające ceny nieporównywalne. Ma to znaczenie w niniejszej sprawie, gdyż doliczone kary umowne do oferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia ceny stanowiło istotny czynnik cenotwórczy i spowodowało radykalne podwyższenie wynagrodzenia.

A zatem unieważnienia postępowania przez Zamawiającego jest zgodne z przepisami ustawy Pzp, a zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia tak faktycznego jak i prawnego.

Wobec powyższego wniosek o oddalenie odwołania jest uzasadniony.

Strony i uczestnik postępowania na rozprawie potrzywały stanowiska wyrażone pisemnie.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1

Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione dokonanie unieważnienia postępowania. Izba zważyła, że oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą z najniższą ceną ustaloną jako jedyne kryterium w przedmiotowym postępowaniu. Oferta Odwołującego została w postępowaniu uznana za najkorzystniejszą i Zamawiający dokonał jej wyboru. Unieważnienie postępowania pozbawia zatem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, instalację i konfigurację urządzeń sieciowych wraz z oprogramowaniem oraz systemu do zarządzania i monitorowania infrastruktury sieciowej prowadzi Zamawiający - Województwo Łódzkie.

Ogłoszenie o zamówieniu: 2012/S 200-329019 opublikowano w dniu 17 października 2012 roku.

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu Zamawiający wskazał, że zamówienie musi być wykonane w ciągu 14 dni od podpisania umowy, zgodnie z zapisami SIWZ, w tym wzoru umowy w § 2 ust. 1 określono, że przedmiot zamówienia należy wykonać w terminie 14 dni, od daty podpisania umowy, jednak nie później niż do dnia 21 grudnia 2012 roku.

Zamawiający w dniu 11 grudnia 2012 roku zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W dniu 19 grudnia 2012 roku drugi z wykonawców złożył odwołanie, które postanowieniem z dnia 4 stycznia 2013 roku zostało zwrócone z uwagi na nieuiszczenie wpisu. Jednocześnie, w dniu 27 grudnia 2012 roku, Zamawiający udzielając odpowiedzi na wniesione odwołanie wskazał, że uwzględnia w części zarzut odnośnie krótkiego, nierealnego terminu wykonania zamówienia i w związku z tym zmieni pkt 5 tiret 1 SIWZ oraz § 2 ust. 1 załącznika nr 7 do SIWZ (wzór umowy) i ogłoszenia o zamówieniu – w zakresie terminu wykonania dostawy w ten sposób, iż wykonawca będzie zobowiązany do wykonania dostawy w terminie 14 dni od dnia podpisania umowy.

Następnie w dniu 18 stycznia 2013 roku Zamawiający podjął i ogłosił wykonawcom decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ określił termin realizacji przedmiotu zamówienia na 14 dni od daty podpisania umowy, jednak nie później niż do dnia 21 grudnia 2012 roku. Wykonawcy w swoich ofertach również zobowiązali się do wykonania zamówienia

w wyznaczonym terminie. Z uwagi na fakt, iż termin końcowy wykonania zamówienia upłynął, nie jest możliwe zawarcie umowy. Zgodnie bowiem z art. 387 kc umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Niemożliwość wykonania musi mieć charakter nieprzemijający i obiektywny, tj. dotyczyć wszystkich potencjalnych wykonawców. Taka sytuacja ma miejsce w postępowaniu. Żaden z wykonawców nie jest w stanie zrealizować umowy w terminie, gdyż termin ten upłynął. Z tego powodu zostały spełnione przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp uzasadniające unieważnienie postępowania (...). Ponadto zmiana terminu końcowego realizacji zamówienia stanowiłaby naruszenie dyspozycji art. 140 oraz 144 ustawy Pzp. Możliwość takiej zmiany nie była przewidziana w dokumentacji przetargowej. Zmiana termin realizacji zamówienia stanowi zmianę istotnych postanowień umowy i w przypadku braku zastrzeżenia możliwości takiej zmiany, jest niedopuszczalna. Ponadto stanowiłaby ona naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (...). Zamawiający wskazał, że stanowisko to jest zgodne z poglądem wyrażanym przez KIO, m.in. w wyrokach KIO/UZP 54/10, KIO/KD 22/09.

Na powyższą czynność odwołanie złożył wykonawca Odwołujący się.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Dostrzeżenia wymaga, że czynność unieważnienia postępowania stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa zamknięty katalog podstaw unieważnienia postępowania nie podlega regułom wykładni rozszerzającej.

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

Przesłanka powyższa może mieć zastosowanie wówczas, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym 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. 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 ustawy Pzp, a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania.

Izba stwierdziła, że ciężar dowodu co do zaistnienia powyższych okoliczności spoczywa w niniejszej sprawie na Zamawiającym, jako na podmiocie, który wywodzi skutki prawne zgodnie z art. 6 kc oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, aby udowodnić zasadność unieważnienia postępowania, Zamawiający musiałby wykazać w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że nastąpiła taka wada niemożliwa do usunięcia powodująca możliwość unieważnienia zawieranej między stronami umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że Zamawiający w piśmie z dnia 18 stycznia 2013 roku uzasadniając unieważnienie postępowania na kwestionowanej podstawie wskazał, iż niemożliwe jest zawarcie umowy w postępowaniu, ponieważ upłynął już termin realizacji przedmiotu zamówienia oznaczony w SIWZ datą dzienną do 21 grudnia 2012 roku.

W ocenie Izby nie ziściła się żadna z przesłanek skutkujących możliwością unieważnienia umowy w świetle przyczyn podanych przez Zamawiającego. W opinii Izby, (nie przesądzając jednocześnie czy naruszenie przepisów ustawy Pzp niezakwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w art. 146 ust. 1 pkt 1-6 ustawy może być podstawą do unieważnienia postępowania w oparciu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy), w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, uzasadniając unieważnienie niniejszego postępowania nie wykazał, że mogło mieć miejsce naruszenie przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. De facto Zamawiający nie wskazał jakiegokolwiek wady w postępowaniu, która mogłaby mieć wpływ na jego wynik.

Gdyby Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 podnosząc, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, to sytuacja Zamawiającego w toczącym się postępowaniu odwoławczym byłaby zgoła odmienna. Jednak nie taka przesłanka unieważnienia leżała u podstaw decyzji Zamawiającego.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą spełniającym warunki udziału w postępowaniu, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Wykonawca taki został w postępowaniu wyłoniony. Co więcej, wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w terminie związania ofertą wykonawcy biorącego udział w

postępowaniu. Jednocześnie zauważyć należy, że wyboru dokonano w takim terminie, kiedy już w momencie ogłoszenia powyższej decyzji nierealnym było dotrzymanie pierwotnie wyznaczonego terminu do 21 grudnia 2012 roku, choćby z uwagi na obowiązek zachowania okresu *stand still* w postępowaniu i możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że w badanym postępowaniu termin wykonania zamówienia nie miał zatem znaczenia istotnego w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Niezbitnie świadczy o tym nieujęcie terminu wykonania zamówienia w kryteriach oceny ofert, co oznacza, że nie miał on wpływu na postępowanie Zamawiającego w trakcie oceny ofert, nie mógł zatem spowodować takiej wady postępowania, która świadczyłaby o jego nieprawidłowym wyniku. Zatem zmiana umowy w tym zakresie nie podlega zakazowi zawartemu w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Tym bardziej zatem byłoby dopuszczalna zmiana wzoru umowy po wyborze najkorzystniejszej oferty, tak aby zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierała realny termin jej wykonania (*arg. a maiori ad minus*). Sam upływ terminu na wykonanie zamówienia nie może zostać uznany za wadę postępowania.

Zmiana terminu realizacji wykonania zamówienia nie stanowiła będzie o nieważności umowy. Rzeczywisty charakter terminu realizacji wykonania zamówienia był elementem o znaczeniu niepriorytetowym dla strony Zamawiającej. Wskazuje na to sytuacja, gdzie w toku rozprawy przed KIO Zamawiający nie umiał udzielić odpowiedzi na pytanie, że skoro termin 21 grudnia 2012 roku miał istotne znaczenie ze względu na zasady budżetowości wynikające z ustawy o finansach publicznych, to dlaczego dokonał wyboru oferty w takim terminie, gdzie dotrzymanie terminu nie mogło być możliwe.

Pogląd o możliwości zmiany terminu wykonania umowy oraz braku podstaw do unieważnienia postępowania z powodu upływu tego terminu kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i znajduje potwierdzenie w wyrokach Sądów Okręgowych, co potwierdzają następujące wyroki: wyrok z dnia 17 lipca 2009 r. (sygn. KIO/UZP 852/09); wyrok z dnia 31 marca 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 333/09); wyrok z dnia 16 października 2007 r. (sygn. akt.: X Ga 158/0/Iza) Sąd Okręgowy w Gliwicach. Powyższe wynika również z uchwał KIO: KIO/KD 86/12, KIO/KD 22/09.

Reasumując, stwierdzono, że sam upływ terminu realizacji zamówienia nie stanowił zatem wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy, a tym samym nie mógł stanowić przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała, iż Zamawiający unieważniając postępowanie w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia nie wykazał w sposób dostateczny okoliczności skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania, dlatego też Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia

art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w niniejszym stanie faktycznym.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: