

**WYROK**  
**z dnia 27 października 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Młacka**

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2015 r. przez wykonawcę **MaN Complex s.c. G. M., Ł. N.** z siedzibą w Kielcach, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia** z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy **SoftData Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia i w konsekwencji przedłużenie terminu składania ofert**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia** z siedzibą w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MaN Complex s.c. G. M., Ł. N.** z siedzibą w Kielcach tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia** z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy **MaN Complex s.c. G. M., Ł. N.** z siedzibą w Kielcach kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, obejmującą wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę sprzętu serwerowego oraz licencji dla Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 września 2015 roku pod pozycją 2015/S 170- 323128.

Odwołujący: MaN Complex G. M., Ł. N. sp. j. (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu, że przedmiotowe postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie przepisu art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo że nie wystąpiła przesłanka określona w tym przepisie, zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania dokonania uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez zastosowanie przedmiotowego przepisu pomimo niewystąpienia przesłanki jego zastosowania w postaci nieprzyznania Zamawiającemu środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej, naruszenie przepisu art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający w treści ogłoszenia o wszczęciu postępowania w punkcie VI.3. ppkt V.5 wskazał, że przewiduje możliwość unieważnienia postępowania w sytuacji określonej w art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 25 września 2015 roku Wykonawca WASKO S.A. wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na określeniu w treści ogłoszenia i SIWZ zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia. Wnioskował o wydłużenie terminu realizacji zamówienia, tj. z dotychczasowych 19 dni (2-20 listopada) do 5 tygodni. Przedmiotowe odwołanie nie zostało rozpatrzone przez Krajową Izbę Odwoławczą, gdyż zostało zwrócone wobec niezuzupełnienia braków formalnych odwołania.

W dniu 5 października 2015 roku Zamawiający umieścił na stronie internetowej „Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, w którym poinformował, że na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych

postępowanie zostało unieważnione. Jako podstawę prawną unieważnienia, Zamawiający wskazał fakt nieprzyznania mu środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej. Odwołujący podkreślił, że w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający nie wykazał, że środki nie zostały mu przyznane, a jedynie wskazał, że terminy realizacji zamówienia określone w ogłoszeniu i SIWZ mogą powodować utratę środków pochodzących z Unii Europejskiej. Uzasadnienie faktyczne dotyczy niemożności dokonania dostaw do dnia 20 listopada 2015 roku.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego. Wskazał, że jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest zasada trwałości postępowania oraz realizacja celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym unieważnienie postępowania zawsze należy traktować jako wyjątek od zasady.

Mając powyższe na uwadze, przy uwzględnieniu zasady *exceptiones non sunt extendendae*, przesłanki do unieważnienia postępowania należy interpretować jako wyjątek od zasady, w sposób ścisły i określony w dyspozycji art. 93 ust. 1 i ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Pogląd powyższy wielokrotnie potwierdzała w swoich orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza, a także Sąd Okręgowy w Warszawie - w wyroku z dnia 20 lipca 2010 roku, sygn. akt IV Ca 429/10, w którym Sąd podkreślił, iż wykładnia rozszerzająca jednej z podstaw unieważnienia postępowania powodowałaby powstanie nowej przesłanki unieważnienia postępowania, nie przewidzianej przez ustawodawcę.

Zdaniem Odwołującego, argumentem uzasadniającym unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być stwierdzenie Zamawiającego, że „Powyższe wiązałoby się z utratą środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej” ze względu na okoliczność, że ustawodawca takiej przesłanki unieważnienia postępowania w przepisie art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidział.

Odwołujący wskazał, że nie ziszcza się przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie wystarczy bowiem, aby zaistniała hipotetyczna możliwość „utrąty środków”, aby Zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie wskazanego przepisu. Ustawodawca wskazał, że podstawą unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych jest wyłącznie brak przyznania środków. Tymczasem Zamawiający nie wykazał braku przyznania środków. Podkreślić należy, że Zamawiający nie wykazał ziszczenia się przesłanki unieważnienia, gdyż przesłanka po prostu nie ziszcza, a to wobec faktu, że przedmiotowe środki zostały Zamawiającemu przyznane. Stąd też unieważnienie postępowania zostało dokonane z naruszeniem przepisów ustawy.

Zamawiający w treści Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazał, że:

Przedmiotowe zamówienie miało być współfinansowane przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013 Projekt Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych. „W związku z korzystaniem ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej, Zamawiający wyznaczył stosunkowo krótki termin realizacji zamówienia, tj. w ciągu 10 dni roboczych, nie później niż do dnia 20 listopada 2015r. pozwalający na zakończenie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed końcem roku 2015. Na postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie terminu wykonania przedmiotu zamówienia złożono odwołanie, w którym złożono wniosek o nakazanie Zamawiającemu przedłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia w ciągu 5 tygodni od dnia zawarcia umowy. Biorąc pod uwagę okoliczność, iż termin na składanie ofert upływa w dniu 21 października br., a Zamawiający powinien przewidzieć dodatkowy czas na przeprowadzenie czynności w ramach etapu badania i oceny ofert oraz okres przewidziany na rozpatrzenie ewentualnych odwołań przed Krajową Izbą Odwoławczą, przedłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia wiązać się będzie z przekroczeniem roku 2015. Powyższe wiązałoby się równocześnie z utratą środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej na potrzeby przedmiotowego zamówienia publicznego, w związku z końcowym terminem umowy o dofinansowanie. Zamawiający jednocześnie chciałby zwrócić uwagę, że możliwość unieważnienia niniejszego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Pzp została przewidziana zarówno w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt VI.3) ppkt V.5 oraz w treści SIWZ w Rozdziale I pkt VIII.5. Tym samym, Zamawiający dokonując czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego korzysta ze swoich uprawnień przysługujących mu na podstawie art. 93 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.”

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania ograniczył się do rozważań, czy - wobec możliwych potencjalnych przedłużeń postępowania, związanych z przyszłymi odwołaniami, skutkować będzie przedłużeniem terminu realizacji zamówienia poza rok 2015.

Zdaniem Odwołującego podane przez Zamawiającego przyczyny unieważnienia postępowania są przyczynami, które nie znajdują umocowania ani w stanie prawnym, ani w faktycznym. Odwołujący wskazał, że nie jest w chwili obecnej możliwe stwierdzenie, czy rzeczywiście realizacja przedmiotu zamówienia musi wykroczyć poza rok 2015. Skoro Zamawiający, wszczynając postępowanie we wrześniu 2015 roku zakładał, że jest to możliwe - nie jest zrozumiałe, dlaczego nagle 5 października 2015 stwierdził coś przeciwnego. Ponadto, zdaniem Odwołującego, okoliczności wskazywane przez Zamawiającego są hipotetyczne. Jeśli bowiem dojdzie do złożenia ofert w terminie

wskazany przez Zamawiającego, nic nie stoi na przeszkodzie, aby dostawy zostały dokonane w terminach wynikających z SIWZ. W ocenie Odwołującego, wskazana przez Zamawiającego przyczyna unieważnienia postępowania jest pozorna, zaś rzeczywiste intencje Zamawiającego pozostają ukryte - zapewne Zamawiający z innych przyczyn, znanych tylko sobie samemu, chce unieważnić postępowanie.

Zamawiający posiada w chwili obecnej przyznane środki z budżetu Unii Europejskiej, zaś realizacja zamówienia w terminach wskazanych w SIWZ jest jak najbardziej możliwa.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. W ocenie Zamawiającego, argumenty przedstawione w treści odwołania są niezasadne.

W jego ocenie, nie można zgodzić się ze sposobem wykładni przepisu art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych przedstawionym przez Odwołującego. Zamawiający stoi na stanowisku, że wskazany przepis powinien być interpretowany również z uwzględnieniem jego funkcjonalności.

Skoro Zamawiający jest związany postanowieniami umowy o dofinansowanie, przewidującej przyznanie środków z Unii Europejskiej w ramach określonych terminów, a jednocześnie jest on przekonany o przekroczeniu wskazanego terminu w realizacji danego zamówienia, nie ulega wątpliwości, że środki te nie będą mu przyznane. Zgodnie z postanowieniami przedstawionej przez Zamawiającego Umowy o dofinansowanie nr POIG.07.01.00-00-007/09-00 z dnia 22 czerwca 2009r. w ramach 7 osi priorytetowej „Społeczeństwo informacyjne — budowa elektronicznej administracji” Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 - 2013, w szczególności § 5 ust. 3 i 4 Umowy, Beneficjent, tj. Zamawiający jest obowiązany zakończyć realizację Projektu w zakresie rzeczowym i finansowym do dnia zakończenia okresu kwalifikowalności wydatków. Na dzień unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, okres kwalifikowalności upływał w dniu 15 grudnia 2015 r.

Zamawiający przyznał, że do Umowy o dofinansowanie, w dniu 8 października 2015r. został zawarty kolejny aneks przedłużający okres kwalifikowalności, tym razem do 31 grudnia 2015 r., jednakże w jego ocenie w świetle okoliczności sprawy nie ma to większego znaczenia.

W ocenie Zamawiającego, realizacja niniejszego zamówienia nie była możliwa do dnia 31 grudnia 2015 r., co niewątpliwie wiązałoby się z brakiem przyznania środków z budżetu Unii Europejskiej.

Zamawiający wskazał, że wartość przedmiotowego zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie, Zamawiający jest zobowiązany do stosowania dłuższych terminów związania ofertą oraz wyznaczenia późniejszego terminu składania ofert, niż w przypadku zamówienia o wartości poniżej tzw. „progu unijnego”.

Oznacza to zdaniem Zamawiającego, że termin składania ofert, nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie. W niniejszym postępowaniu termin składania ofert, zgodnie z przepisami ustawy, został wyznaczony na dzień 21 października 2015 r. Zamawiający w dniu 5 października 2015 r. podjął decyzję o unieważnieniu postępowania.

Zamawiający przedstawił następujący argument: Gdyby przyjąć, że termin składania ofert upływa w dniu 21 października 2015 r., termin związania ofertą wynoszący 60 dni, a zatem okres przewidziany na etap oceny i badania ofert, upływałby w dniu 19 grudnia 2015 r. Biorąc pod uwagę również konieczność zachowania okresu *standstill*, wynoszącego 10 dni od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty, umowa z wykonawcą mogłaby być zawarta w dniu 29 grudnia 2015 r. Zatem na realizację przedmiotu zamówienia w roku 2015 przeznaczone by były zaledwie 2 dni robocze, co przy zakresie przedmiotowego zamówienia nie byłoby możliwe. Tym bardziej zaś nie byłoby możliwe wydłużenie terminu realizacji umowy zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu wykonawcy WASKO S.A., tj. do 5 tygodni od dnia zawarcia umowy, ani nawet zrealizowanie umowy w sposób przewidziany w SIWZ i Ogłoszeniu o zamówieniu, bez uniknięcia skutku w postaci nieprzyznania środków.

Zamawiający wskazał także, że rozprawa w niniejszym postępowaniu odwoławczym przypada na dzień 26 października 2015r., a zatem kilka dni po pierwotnym terminie składania ofert. Jednocześnie Odwołujący nie wniósł w odwołaniu żądania o przedłużenie terminu składania ofert, który zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych nie podlega zawieszeniu na czas postępowania odwoławczego. Istnieją zatem uzasadnione wątpliwości, co do wyznaczenia nowego terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu. Jeżeli jednak przyjąć, że należałoby liczyć termin składania ofert najwcześniej od dnia rozprawy, tj. od dnia 26 października 2015 r., to biorąc pod uwagę, że termin ten powinien być wyznaczony po upływie 40 dni, Zamawiający musiałby ustalić termin składania ofert na dzień 5 stycznia 2016 r. Wskazana data zaś jednoznacznie oznacza brak przyznania środków ze względu na upływ okresu kwalifikowalności wydatków.

Niezależnie od powyższych wyliczeń, które jednoznacznie wskazują, że umowa w sprawie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu mogłaby być zawarta w ostatnich dniach grudnia 2015 roku, Zamawiający wskazał, że konieczne jest również przewidzenie terminu na realizację umowy.

Zdaniem Zamawiającego, nie ulega wątpliwości, że przedmiotowa umowa nie mogłaby być z powodzeniem zrealizowana w roku 2015. Na powyższe wskazywał m.in. odwołujący WASKO S.A. w odwołaniu złożonym w dniu 25 września 2015 r., kwestionując termin realizacji zamówienia wskazany w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Zgodnie bowiem z brzemieniem SIWZ w niniejszym postępowaniu, wykonawca był zobowiązany do wykonania

całości przedmiotu zamówienia do dnia 20 listopada 2015 roku. Odwołujący WASKO S.A. podnosił, że ze względu na zakres przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, wskazany w SIWZ termin realizacji zamówienia jest niemożliwy do wykonania. W żądaniach odwołania, wykonawca wskazywał na 5 tygodni od dnia zawarcia umowy jako proponowany termin wykonania zamówienia. Argumentem przemawiającym za tym żądaniem był przede wszystkim zakres przedmiotu zamówienia, który polegał nie tylko na dostawie urządzeń, ale również ich instalacji i montażu w siedzibie Zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że przewidziany przez niego termin wykonania przedmiotu zamówienia jest w istocie niemożliwy do zrealizowania, zwłaszcza przy przyjęciu takich okoliczności, jak termin związania ofertą, wynoszący 60 dni od dnia terminu składania ofert, obligatoryjny okres *standstill* po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, a przed zawarciem umowy, jak również możliwość ewentualnych odwołań (która to obawa potwierdziła się). Jednocześnie, Zamawiający nie był w stanie uwzględnić żądania odwołującego się wykonawcy WASKO S.A., ponieważ przedłużenie realizacji zamówienia do 5 tygodni od dnia zawarcia umowy prowadziłoby do przekroczenia okresu kwalifikowalności wydatków w ramach umowy o dofinansowanie, a to oznaczałoby brak przyznania środków z budżetu Unii Europejskiej na realizację przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający wskazał także, że Odwołujący błędnie przyjmuje dosłowne brzmienie art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych do przedmiotowego stanu faktycznego. W przypadku niniejszego zamówienia, Zamawiający nie uzyska środków z Unii Europejskiej ze względu na przekroczenie okresu kwalifikowalności wydatków przewidzianego w Umowie o dofinansowanie. Zamawiający na tę okoliczność przedstawił własne oświadczenie.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami Odwołującego, że nie uzasadnił w sposób wystarczający swojej decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Zamawiającego, w uzasadnieniu faktycznym zostały zawarte przesłanki uzasadniające jego decyzję o unieważnieniu postępowania i zostały one uargumentowane.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.



W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Uwzględnienie zarzutów umożliwiłoby mu złożenie oferty i ewentualne uzyskanie zamówienia.

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie nie wystąpiła przesłanka unieważnienia postępowania wyrażona w art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie wystąpiła sytuacja, w której środki z budżetu Unii Europejskiej nie zostały przyznane Zamawiającemu. Stosownie do art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz nie podlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez Państwa Członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu.

W pierwszej kolejności należy stanowczo podkreślić, że Zamawiający dysponuje środkami na sfinansowanie zamówienia. Potwierdza to załączona do odpowiedzi na odwołanie umowa o dofinansowanie nr POIG.07.01.00-00-007/09-00 w ramach 7 osi priorytetowej „Społeczeństwo informacyjne – budowa elektronicznej administracji” Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013 zawarta w dniu 22 czerwca 2009 roku pomiędzy Władzą Wdrażającą Programy Europejskie a ministerstwem Zdrowia/Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia. W § 5 ust. 3 umowy wskazano, że okres kwalifikowalności wydatków dla Projektu kończy się w dniu 30 września 2014 roku. Do umowy dołączono aneks nr 9, w treści którego przedłużono ww. okres kwalifikowalności wydatków do dnia 15 grudnia 2015 roku, a także aneks nr 10, w treści którego przedłużono ww. okres kwalifikowalności wydatków do dnia 31 grudnia 2015 roku.

Nie ziszcila się więc w żaden sposób podstawa, która uprawniałaby Zamawiającego do unieważnienia postępowania, i o której mowa w art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Z dokumentacji postępowania wynika wprost, że Zamawiający na chwilę unieważnienia postępowania (5 października 2015 r.) posiadał środki na realizację zamówienia. Ta okoliczność nie jest także sporna pomiędzy stronami. Jak wyżej wskazano, w ciągu trzech dni po unieważnieniu postępowania (w dniu 8 października 2015 roku), został podpisany aneks nr 10, w którym przedłużono termin obowiązywania umowy o przyznaniu środków na realizację zamówienia do 31 grudnia 2015 roku. Z powyższego wynika, że Zamawiający musiał wcześniej starać się o przedłużenie terminu na finansowanie

zamówienia i w chwili unieważnienia postępowania przetargowego miał świadomość, że umowa może zostać przedłużona.

Zamawiający nie udowodnił zatem zaistnienia przesłanki, którą wskazał jako podstawę do unieważnienia postępowania. Ciężar dowodu wykazania zaistnienia przesłanki do unieważnienia postępowania spoczywał na Zamawiającym. Zamawiający nie udowodnił, że nie uzyskał, bądź nie uzyska środków na realizację zamówienia.

Celem i zamiarem Zamawiającego powinno być jak najpełniejsze wydatkowanie środków przydzielonych. Tymczasem działania Zamawiającego zmierzają do tego, by nie doprowadzić do udzielenia zamówienia.

Treść art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych w ocenie Izby nie wymaga dodatkowej interpretacji. Wprost w nim wskazano, że podstawą unieważnienia postępowania może być tylko taka okoliczność, w której nie przyznano środków na realizację zamówienia. Skoro ustawodawca zezwolił na unieważnienie postępowania z uwagi na okoliczność, w której nie przyznano środków na realizację zamówienia i jednocześnie nakazał przewidzieć w treści ogłoszenia taką ewentualność, oznacza to zdaniem Izby, że możliwa jest sytuacja, gdy Zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, mając jedynie zapowiedź przyznania takich środków. Ww. przesłanka nie obejmuje sytuacji, gdy Zamawiający mając przyznane środki na sfinansowanie zamówienia stwierdzi, że finansowanie to może zostać cofnięte. Ustawodawca takiej przesłanki unieważnienia postępowania w przepisie art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidział.

Nadto w ocenie Izby rację ma Odwołujący twierdząc, że podana przez Zamawiającego podstawa prawna jest różna od podstawy faktycznej unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający skupił się na wykazywaniu, dlaczego nie będzie możliwa realizacja zamówienia do końca 2015 roku.

W ocenie Izby jest to argumentacja nieprzekonująca. W pierwszej kolejności Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że konieczne było przedłużenie terminu realizacji umowy z ok. 3 tygodni do 5 tygodni. Odwołanie Wykonawcy Wasko S.A., kwestionujące dotychczasowy termin realizacji zamówienia (od 2 listopada do 20 listopada) i postulujące przedłużenie terminu realizacji zamówienia, nie zostało skutecznie wniesione. Nadto Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie wnosił o uwzględnienie tego odwołania, przyznając rację Odwołującemu, a wręcz przeciwnie, Zamawiający wnosił o jego oddalenie.

Twierdzenia Zamawiającego co do konieczności wydłużenia terminu realizacji zamówienia i niemożliwości zrealizowania zamówienia w terminie wyznaczonym dotychczas w SIWZ są

niewiarygodne. Zamawiający nie wskazał żadnej okoliczności ponadstandardowej, która czyniłaby zamówienie niemożliwym do zrealizowania w ciągu wyznaczonych pierwotnie 3 tygodni. Wprost przeciwnie, dwóch wykonawców (Odwołujący oraz Przystępujący) deklarowało, że są gotowi wykonać zamówienie w ciągu ok. 3 tygodni, tak, jak wskazał to Zamawiający w SIWZ. Byliby więc w stanie zrealizować zamówienie jeszcze przed końcem 2015 roku. Ponownie należy zauważyć, że Wykonawca, który kwestionował okoliczność możliwości zrealizowania zamówienia w terminie wskazanym w SIWZ (Wasko S.A.) nie zdecydował się wnieść odwołania skutecznie.

Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Przystępującego, że zamówienie jest standardowe, polegające na dostawie i montażu sprzętu informatycznego, zaś w branży informatycznej nie jest nową i nieznaną okolicznością konieczność prowadzenia prac w nocy, czy też umiejętność poradzenia sobie z wieloma lokalizacjami Zamawiającego.

Należy także stwierdzić, że wyjaśnienia Zamawiającego przedstawione w treści informacji o unieważnieniu postępowania są ogólne. Zamawiający nie udowodnił niemożliwości przeprowadzenia pełnej procedury przetargowej oraz realizacji zamówienia do końca 2015 roku. Nie można z całą pewnością stwierdzić, że zamówienie nie mogło zostać zrealizowane w pierwotnie wyznaczonych terminach. Z całą pewnością nie jest w chwili obecnej możliwe stwierdzenie, że realizacja przedmiotu zamówienia musi wykroczyć poza rok 2015. Dopiero pełny wykaz i pełne rozpisanie przez Zamawiającego poszczególnych czynności i bezsporne wykazanie, że te czynności nie mogą być zrealizowane w tym czasie udowodniłoby, że Zamawiający przekroczy rok 2015 i nie będzie posiadał środków.

Okoliczności wskazywane w ww. piśmie przez Zamawiającego są hipotetyczne. Podawane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie powody są nieprzekonujące. Dopiero w treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił wyliczenia. Są one jednak nieuzasadnione.

W ocenie Izby brak jest podstaw do stwierdzenia, że w obecnej sytuacji, ponieważ w trakcie procedury odwoławczej upłynął termin składania ofert, obligatoryjne jest wyznaczenie terminu 40 dniowego na złożenie ofert.

Należy zauważyć, że fakt, że upłynął termin pierwotnie wyznaczony, nie oznacza, że nie może zostać przedłużony. Nadto, czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania nie jest prawomocna do czasu ogłoszenia wyroku przez Izbę. Oznacza to, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie nie zakończyło się. Tym samym, Zamawiający nie ma obowiązku ogłaszać nowego przetargu; może prowadzić dotychczasową procedurę. Z treści art. 43 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w

przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu wskazanemu w ustawie organowi. Ponieważ Zamawiający nie ogłasza nowego postępowania przetargowego, to nie jest bezwzględnie konieczne wyznaczenie co najmniej 40-dniowego terminu na złożenie ofert. Zamawiający może więc tylko przedłużyć termin składania ofert i to o okres znacznie krótszy niż 40 dni, co pozwoli na zakończenie procedury przed końcem 2015 roku. Art. 43 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ma zastosowanie jedynie do postępowań dopiero wszczynanych, co nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.

W ocenie Izby, bezzasadny jest także argument Zamawiającego dotyczący niemożliwości zakończenia procedury przetargowej i realizacji zamówienia przed końcem 2015 roku z uwagi na przewidziany w ustawie 60 dniowy termin związania ofertą.

Należy zauważyć, że termin 60 dni jako czas związania ofertą jest jedynie instytucją wskazującą, przez jaki czas oferta złożona przez wykonawcę pozostaje w mocy. Jest to jedynie instytucja będąca oświadczeniem wykonawcy, nie zaś minimalny (lub jedyny) termin dla Zamawiającego na dokonanie czynności badania i oceny ofert. 60 dni to czas maksymalny określony w ustawie, co nie oznacza, że Zamawiający jest zobowiązany prowadzić badanie i ocenę ofert przez cały ten okres.

Podkreślić należy, że z treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wynika, że Zamawiający przewidział, że badanie i ocena ofert zajmie mu czas znacznie krótszy niż wskazywane w odpowiedzi na odwołanie 60 dni, gdyż wyznaczył termin składania ofert na 21 października, zaś termin rozpoczęcia realizacji zamówienia już na 2 listopada.

Należy także zauważyć, że prognozowane przez Zamawiającego wniesienie odwołania przez wykonawców nie jest okolicznością przesądzoną, a z całą pewnością nie można było tego stwierdzić w dniu 5 października 2015 roku. Tym samym, nie można było stwierdzić, że Zamawiający nie będzie mógł przeprowadzić procedury przetargowej oraz odebrać zrealizowanego zamówienia do końca 2015 roku. Dopiero w sytuacji, gdyby Zamawiający mógł z całą pewnością stwierdzić, że nie będzie mógł zakończyć postępowania przed końcem 2015 roku, mógłby postępowanie unieważnić. Na dzień 5 października 2015 roku, w ocenie Izby, nie było możliwe jednoznaczne stwierdzenie i ustalenie takiej okoliczności. Co więcej, w wyznaczonych terminach możliwa była realizacja zamówienia.

Bez znaczenia w ocenie Izby pozostaje podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że Odwołujący nie podniósł w odwołaniu żądania przedłużenia terminu składania ofert. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący złożył odwołanie w dniu 15 października 2015 r., a więc jeszcze przed upływem terminu składania ofert, stąd też takie żądanie było przedwcześnie.

Przede wszystkim jednak fakt, że Odwołujący nie przedstawił żądania przedłużenia terminu składania ofert, nie uniemożliwia Zamawiającemu dokonania takiej czynności. To nie żądanie Odwołującego w treści odwołania jest podstawą do działania dla Zamawiającego. Naturalną czynnością po unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania, wręcz jej konsekwencją, będzie przedłużenie terminu składania ofert, gdyż pierwotnie wyznaczony termin 21 października 2015 roku upłynął w trakcie procedury odwoławczej. Należy także mieć na uwadze, że Izba przy wydawaniu orzeczenia bierze pod uwagę stan sprawy z chwili zamknięcia rozprawy. Izba uznała, że naturalną czynnością po unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania jest czynność przedłużenia terminu składania ofert, która to czynność jest niezbędna do dalszego prowadzenia przedmiotowego postępowania.

Zamawiający nie wykazał, aby przedłużenie terminu składania ofert było niemożliwe z powodów technicznych.

Z powyższych względów Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał podstawy prawnej i faktycznej do unieważnienia postępowania.

W świetle powyższego, zasadny jest zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie uzasadnił w sposób wystarczający swojej decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....