

Sygn. akt: KIO 2744/17

WYROK

z dnia 15 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Zadrożny

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **A.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Starpol Meble A.K. z siedzibą w Puławach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **1 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ z siedzibą w Lublinie,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **A.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Starpol Meble A.K. z siedzibą w Puławach** oraz zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Starpol Meble A.K. z siedzibą w Puławach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 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 Lublinie.**

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Zamawiający – **1 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ z siedzibą w Lublinie** (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Dostawę wyposażenia kwaterunkowego wraz z rozładunkiem, wniesieniem, montażem, zainstalowaniem, uruchomieniem do centralnego bloku operacyjnego z zapleczem, oddziałami szpitalnymi i lądowiskiem (numer referencyjny: DZP/PN/26/2017),,*

Wartość ww. zamówienia jest wyższa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 września 2017 r. pod nr 2017/S 179-366075.

Odwołujący wykonawca A.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Starpol Meble A.K. z siedzibą w Puławach (dalej jako „Odwołujący”), wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2017 r., wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w postępowaniu w zakresie Zadania nr 2 — *Dostawa mebli biurowych, medycznych, stanowisk roboczych oraz wyposażenia meblowego (dalej jako „Postępowanie”), polegających na naruszeniu:*

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz zaniechanie udzielenia zamówienia.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie Zadania nr 2;

2. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia procedury wyboru oferty najkorzystniejszej;

oraz o;

3. dopuszczenie dowodów załączonych do niniejszego odwołania;

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje:

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu odwołania. Unieważnienie postępowania pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Tym samym nie budzi wątpliwości kwestia legitymacji do wniesienia przez Odwołującego środka ochrony prawnej, zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku potwierdzenia się zarzutów niniejszego odwołania, dotyczących bezzasadnego i bezpodstawnego unieważnienia postępowania, Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania zamówienia.

Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o unieważnieniu postępowania w zakresie Zadania nr 2 w dniu 22 grudnia 2017 r. Tego samego dnia Odwołujący powziął informację o objętej zakresie odwołania czynności Zamawiającego. W związku z tym, termin na wniesienie odwołania został zachowany.

Uzasadniając zarzutu odwołania Odwołujący wyjaśnił, iż W następstwie czynności badania i oceny złożonych w toku postępowania ofert, Zamawiający w dniu 8 listopada 2017 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 2 - Dostawa mebli biurowych, medycznych, stanowisk roboczych oraz wyposażenia meblowego, oferty Wykonawcy — Kerro K.J.. Oferta ta została przez Zamawiającego, zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert, oceniona najwyżej, otrzymując maksymalną liczbę punktów, tj. 100. Na kolejnych miejscach uplasowały się oferty Odwołującego i KONKRET D.F., M.M. Spółka Jawna z odpowiednio 93,94 punktami i 43,80 punktami.

W dniu 20 listopada 2017 r. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zostało wniesione odwołanie przez Wykonawcę - STARPOL MEBLE A.K.. Wyrokiem z dnia 1 grudnia 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Wykonawcy, nakazując Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty KERRO K.J. jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dniu 22 grudnia 2017 r. Zamawiający, nie kończąc procedury badania i oceny ofert, poinformował o unieważnieniu prowadzonego postępowania w zakresie Zadania nr 2,

podając jako podstawę prawną czynności unieważnienia postępowania przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp. W uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania w zakresie Zadania nr 2, Zamawiający wskazał, że zgodnie z umową zawartą z Dotującym - Ministerstwem Obrony Narodowej, miał obowiązek dostarczyć do dnia 8 grudnia 2017 r. wniosek dokumentujący realizację zamówienia, potwierdzony protokołem odbioru usług wykonanych przez Wykonawcę. „Wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu i jego przedłużenie sprawiło, iż niemożliwe stało się sfinansowanie zadania z przyznanej na ten cel dotacji, z uwagi na brak możliwości dotrzymania terminów określonych w umowie z Dotującym. Jednocześnie Zamawiający nie dysponuje innymi źródłami umożliwiającymi mu sfinansowanie tego zadania”. Aby zrealizować zamówienie Zamawiający — jak podaje - musiałby zabezpieczyć kwotę w wysokości 1.400.000,00 zł ze środków własnych szpitala, co godzi w interes publiczny placówki służby zdrowia, bowiem narazi pacjentów na brak ciągłości leczenia. Zamawiający zaznaczył, że ma możliwość ponownie w roku 2018 r. ubiegać się o przyznanie dotacji przez organ założycielski, nie narażając jednocześnie zdrowia pacjentów. Niezależnie od powyższego Zamawiający podniósł, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwagi na upływ terminu realizacji umowy. Zdaniem Zamawiającego, zawarta umowa byłaby umową o świadczenie niemożliwe, co skutkowałoby jej nieważnością.

Odwołujący podniósł, iż zakończenie postępowania, którego rozstrzygnięcie nie jest możliwe w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty, podlega unieważnieniu na podstawie ustawowych przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 p.z.p., mających charakter numerus clausus (katalogu zamkniętego) i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp wynikają następujące przesłanki, które muszą być spełnione kumulatywnie, aby zaistniała ta podstawa unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia: po pierwsze - wystąpienie istotnej zmiany okoliczności, która, po drugie - spowodowała, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego, po trzecie - nie można było przewidzieć. Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. nieodzowne jest w pierwszej kolejności stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. musi mieć ponadto charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 12 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 99/16, KIO 110/16) oraz musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej. Nie może być zatem uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron. Przesłanki unieważnienia postępowania powinny zaistnieć kumulatywnie, a brak wystąpienia jednej z nich powoduje,

że unieważnienie postępowania jest niedopuszczalne. Zgodnie z powyższym, w odniesieniu do przedmiotowego postępowania, działanie Zamawiającego mogłoby być uzasadnione w sytuacji, gdyby rzeczywiście miał on pewność, że nie zrealizuje już w ogóle zamówienia i że przedmiotowe zamówienie nie będzie leżało w interesie publicznym. Tymczasem w treści uzasadnienia swojej decyzji Zamawiający nie wykazał, że nie przeprowadzi ponownie postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę mebli biurowych, medycznych, stanowisk roboczych oraz wyposażenia meblowego. Przeciwnie, Zamawiający wprost wskazuje, że „może ponownie w 2018 r. ubiegać się o przyznanie środków przez organ założycielski”, co w ocenie Odwołującego wskazuje, na zamiar Zamawiającego ponownego rozpisania przetargu na dostawę mebli do wybudowanego centralnego bloku operacyjnego. Trudno z resztą wyobrazić sobie sytuację, w której nowo wybudowany blok operacyjny pozostałby bez niezbędnego szpitalnego wyposażenia meblowego — braki wyposażenia meblowego uniemożliwiłyby prawidłowe funkcjonowanie bloku, a tym samym realizację przez Zamawiającego zadań związanych z ratowaniem zdrowia i życia ludzkiego. W ocenie Odwołującego, to właśnie unieważnienie postępowania nie leży w interesie publicznym, bowiem odsunie w czasie możliwość skorzystania przez pacjentów z nowoczesnego zaplecza medycznego — z uwagi na konieczność rozpisania nowego postępowania przetargowego, zabezpieczenia dodatkowych środków finansowych na przygotowanie i przeprowadzenie postępowania przetargowego — bez jakiegokolwiek pewności, że w jego następstwie Zamawiający zawrze umowę zapewniającą realizację celu w postaci oddania do dyspozycji pacjentów i personelu medycznego w pełni wyposażonego bloku operacyjnego. Skoro Zamawiający w celu oddania bloku operacyjnego do dyspozycji pacjentów będzie musiał blok wyposażać/umeblować, to oznacza równocześnie, że udzieli zamówienia w zakresie objętym przedmiotowym postępowaniem (w ramach nowego przetargu oraz, że przedmiotowe postępowanie pozostaje zgodne z interesem publicznym. W żadnym razie nie można zatem mówić, że zaistniała zmiana, na którą powołuje się Zamawiający, ma charakter trwały, nieodwracalny, a w konsekwencji istotny, zaś tylko tego typu zmiana uzasadnia unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Jak wskazał Odwołujący, w uzasadnieniu Zamawiający cytuje zapisy łączącej go z Dotującym umowy, które jednakże w żaden sposób nie potwierdzają, że Zamawiający, nie składając dotującemu wniosku do dnia 8 grudnia 2017 r. utracił możliwość częściowego sfinansowania zamówienia ze środków pochodzących z dotacji celowej. Z powołanych przez Zamawiającego postanowień umowy dotacyjnej wynika jedynie, że Zamawiający miał obowiązek złożyć wymagane przez Dotującego dokumenty w zakreślonym przez niego terminie, nie wynika jednakże jaki był skutek niezłożenia tych dokumentów w terminie. Nie jest wykluczone, że Dotujący i Zamawiający uprawnieni byli do zawarcia aneksu do umowy,

zmieniającego termin złożenia przez Zamawiającego wniosku wraz z dokumentami. Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający nie wykazał, aby w chwili unieważnienia postępowania zmiana okoliczności, w postaci utraty możliwości sfinansowania zamówienia z przyznanej na ten cel dotacji, na którą Zamawiający się powołuje wystąpiła albo, że nie posiada środków finansowych z innych źródeł na realizację zamówienia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób oczywiście błędny utożsamiał kwestię niedysponowania środkami finansowymi na realizację zamówienia — przy założeniu, że rzeczywiście ich przyznanie przez Dotującego jest niemożliwie z powodu naruszenia powołanych przez Zamawiającego postanowień umowy dotacyjnej i Zamawiający nie ma innego źródła finansowania - z brakiem interesu publicznego w jego udzieleniu i realizacji. Umknęło uwadze Zamawiającego, że co do zasady brak środków finansowych na realizację zamówienia stanowi odrębną podstawę unieważnienia postępowania i to wyłącznie w sytuacji, w której oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp), względnie w szczególnych sytuacjach, o których mowa w art. 93 ust. 1a i 1b Pzp. Natomiast wypełnienie przesłanki wynikającej z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp musi polegać na tym, że wykonanie zamówienia, czyli w tym przypadku realizacja dostaw objętych przedmiotowym postępowaniem, nie leży z jakichś powodów, w interesie publicznym. Nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Jak potwierdził Odwołujący, Zamawiający rzeczywiście na ten moment może nie być pewny, czy będzie miał możliwość sfinansowania zamówienia z dotacji z Ministerstwa Obrony Narodowej, co nie jest równoznaczne z udowodnieniem braku możliwości sfinansowania przedmiotowego zamówienia, zwłaszcza, że gdyby dostawy zakończyły się w przyszłym roku (2018r) Zamawiający będzie już dysponował nową pulą środków finansowych w ramach budżetu MON na rok 2018r.

Nadto Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający nie podnosił argumentu braku własnych środków na realizację przedmiotowego zamówienia, z czego należy wywodzić fakt, że na dzień 21.12.2017 dysponował kwotą co najmniej wystarczającą na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający bardzo ogólnikowo stwierdza, że wydatkowanie własnych środków finansowych, przeznaczonych w budżecie szpitala na prowadzenie bieżącej działalności, spowoduje zakłócenie płynności finansowej i w konsekwencji może stanowić zagrożenie życia i zdrowia hospitalizowanych pacjentów, nie dowodzi natomiast realności zaistnienia takiej sytuacji ani braku możliwości jej zapobieżenia. Zamawiający nie wykazuje

tym samym, że okoliczności uzasadniające zaistnienie braku interesu mają charakter trwały, czyli nie można ich przewyciężyć.

Odwołujący argumentował, iż nie może być uznany za usprawiedliwiony argument, iż „Wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu i jego przedłużenie sprawiło, iż niemożliwe stało się sfinansowanie zadania z przyznanej na ten cel dotacji”. Przygotowując postępowanie przetargowe Zamawiający powinien był uwzględnić również ewentualne składanie przez uczestników postępowania środków ochrony prawnej i z tego też względu sam fakt wniesienia odwołania nie może być uznany za okoliczność, której nie można było przewidzieć w chwili ogłaszania przetargu.

W zakresie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że przesłanka ta 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, która 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. Mając powyższe na względzie należy Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowej sprawie, Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania nie wykazał, że mogło mieć miejsce naruszenie przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania Zamawiający nie wskazał jakiegokolwiek wady w postępowaniu, która mogłaby mieć wpływ na jego wynik. Wada musi być bowiem dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę. Upływ terminu realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne o takim charakterze. Żaden z przepisów nie sprzeciwia się bowiem zawarciu i realizacji umowy w sytuacji, gdy termin wskazany w dokumentacji postępowania, jako data realizacji świadczenia już upłynął.

Odwołujący w zakresie powyższego stanowiska wskazał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dot. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż wnosi o oddalenie odwołania.

Ponadto Zamawiający argumentował, iż Zamawiający w czasie ogłaszania postępowania nie był w stanie przewidzieć zmiany okoliczności i nie mógł spodziewać się, że takie zdarzenia nastąpią i faktycznie uniemożliwią realizację zamówienia według dotychczasowych założeń. Zamawiający wszczął i prowadził niniejsze postępowanie z dołożeniem należytej staranności i oczywiście zależało mu na udzieleniu niniejszego zamówienia, tj. na zawarciu i zrealizowaniu umowy. Niestety, merytoryczne rozstrzygnięcie postępowania i zaciągnięcie zobowiązania finansowego poprzez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe na skutek utraty źródła finansowania dla niniejszego zamówienia w postaci dotacji celowej. Oczywiście, okoliczności takiej Zamawiający wcześniej nie przewidywał, gdyż jego celem było udzielenie zamówienia, tyle że w terminie umożliwiającym jego sfinansowanie z dotacji celowej.

Zgodnie z postanowieniami umowy Nr 87/ONadz./3300008778/297/DWSZdr./2017IB z dnia 31 maja 2017 r. o udzielenie dotacji celowej na dofinansowanie zakupu wyposażenia kwaterunkowego wraz z rozładunkiem, wniesieniem, montażem, zainstalowaniem, uruchomieniem do CBO z zapleczem, oddziałami szpitalnymi i lądowiskiem dla śmigłowców, zawartej z Ministrem Obrony Narodowej, Zamawiający miał obowiązek w terminie do dnia 4 grudnia 2017 r. (z możliwością przedłużenia do dnia 8 grudnia 2017 r.) dostarczyć Dotującemu - Ministrowi Obrony Narodowej wniosek dokumentujący realizację i rozliczenie przedmiotowego zamówienia, potwierdzony protokołem odbioru i montażu dostaw wykonanych przez Wykonawcę. Zgodnie z § 6 ust. 2 umowy o udzielenia dotacji, wniosek ten był warunkiem *sine qua non* przekazania środków finansowych Zamawiającemu. Ostateczny termin jego dostarczenia upływał w dniu 4 grudnia 2017 r. (§ 6 ust. 7 umowy o udzielenie dotacji), a w szczególnie uzasadnionych przypadkach na wniosek Inwestora za zgodą Dotującego termin ten mógł zostać przedłużony nie później jednak niż do dnia 8 grudnia 2017 r. (§ 6 ust. 8 umowy o udzielenie dotacji). W przypadku niedotrzymania w/w terminu Dotujący zastrzegł sobie prawo niedokonania wypłaty wnioskowanej dotacji celowej (§ 6 ust. 8 umowy o udzielenie dotacji).

W tym miejscu Zamawiający podkreśla, iż to dotacja celowa miała być źródłem finansowania niniejszego zamówienia. Stąd też Zamawiający określił w SIWZ precyzyjnie termin realizacji umowy, zaznaczając, iż jego wydłużenie jest niemożliwe z uwagi na wiążącą umowę z MON - Dotującym, która ma determinujący wpływ na realizację umowy i jej terminy.

Zamawiający podkreślił, że Szpital nie posiada środków finansowych na zakup wysokocennego sprzętu medycznego oraz realizację inwestycji budowlanych (budowa wraz z wyposażeniem). Dofinansowanie do tych inwestycji jest w gestii Ministra Obrony Narodowej jako organu założycielskiego, co potwierdza art. 114 ustawy z 15 kwietnia 2011

roku o działalności leczniczej (Dz. U. z 2016 r., poz. 1638). Przepis ten określa zasady przekazywania środków publicznych i wskazuje, jaka może być ich maksymalna wysokość w danym roku budżetowym. Jednocześnie przepis ten określa, jaką wysokość środków finansowych Szpital musi wydatkować ze środków własnych. Od kilku lat wskaźnik ten wynosi około 4% planowanej wartości kosztorysowej zadania. Tym samym brak podstaw do finansowania inwestycji z własnych środków w wyższej wartości.

Jak wskazał Zamawiający, umowy o udzielenie dotacji celowej Szpital podpisuje zazwyczaj w okresie marzec-maj danego roku i jest to decyzją organu założycielskiego. Powyższe uzależnione jest od tzw. Decyzji Budżetowej MON. Zamawiający otrzymuje informację o wysokości przyznanych na dany rok środków finansowych - Wyciąg z Planu Inwestycji budowlanych. Co do zasady, żeby móc sfinansować zakupy inwestycyjne z dotacji MON, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podpisanie umowy i dostawa z instalacją muszą odbyć się w danym roku budżetowym. Tak też było w tym przypadku, co potwierdza to § 5 w/w umowy o udzielenie dotacji celowej.

Zamawiający wskazał, iż źródłem finansowania inwestycji budowlanych i zakupu wysokospecjalistycznego sprzętu może być wyłącznie dotacja celowa. Środki otrzymane z Narodowego Funduszu Zdrowia, które zresztą nie pokrywają faktycznych kosztów realizacji procedur medycznych, przeznaczone są na realizację i zabezpieczenie bieżących, podstawowych potrzeb pacjentów, w tym głównie zakupu leków, żywności, wynagrodzenia dla kadry medycznej i niemedycznej Szpitala. Pula tych środków nie wystarcza na sfinansowanie zakupu sprzętu wysokospecjalistycznego i realizacji inwestycji budowlanych. Dlatego Szpital, jeśli nie ma przyznanych środków z dotacji, to nie kupuje wysokospecjalistycznego sprzętu, ani nie realizację inwestycji budowlanych. Środki z NFZ stanowią 96% przychodów Szpitala ze sprzedaży usług zdrowotnych a więc Szpital nie posiada innych znaczących źródeł przychodów, z których mógłby sfinansować zakupy inwestycyjne. Ponadto, z uwagi na fakt, że NFZ nie zapłacił Szpitalowi za wszystkie wykonane świadczenia medyczne, w Szpitalu narosły zobowiązania wymagalne. Na dzień 30 listopada 2017 r. Szpital nie otrzymał z NFZ zapłaty za wykonane usługi w wysokości 3,9 mln zł., z czego na podstawie doświadczenia lat poprzednich jest w stanie odzyskać kwotę 1,7 mln. zł. Jednocześnie w tym czasie w księgach rachunkowych Szpitala było 1,5 mln zł. zobowiązań wymagalnych (po terminie płatności). Zamawiający nie dysponuje zatem innymi źródłami umożliwiającymi mu sfinansowanie tego zadania. Zamawiający, aby zrealizować zamówienie w warunkach utraty dotacji celowej, musiałby bowiem zabezpieczyć kwotę w wysokości ok. 1 400 000,00 zł ze środków własnych Szpitala. Przeznaczenie jednak takiej kwoty wydatków na realizację zadania w postaci wyposażenia kwaterunkowego naraziłoby pacjentów Szpitala na brak ciągłości leczenia, co ewidentnie godzi w interes publiczny

placówki ochrony zdrowia. Z pewnością uzasadnione jest oddanie do użytkowania nowego budynku Szpitala z przeznaczeniem na centralny blok operacyjny z zapleczem, oddziałami szpitalnymi łądowniskiem dla śmigłowców. Realizacja tej inwestycji nie może jednak zakłócić bieżącego funkcjonowania Szpitala i realizacji jego zadań. Nie może zatem odbyć się kosztem lokalnej społeczności chorych, oczekujących na hospitalizację. Wydatkowanie przez Szpital w najbliższych dwóch miesiącach środków w wysokości 1.4 mln zł z własnych funduszy naraziłoby Szpital na nie wypłacenie w terminie wynagrodzeń dla 700 osób, niezrealizowanie zobowiązań wobec ZUS i Urzędu Skarbowego, nie wspominając już o kontrahentach, którzy przy braku płatności wstrzymują Szpitalowi bieżące dostawy materiałów medycznych, w tym leków. Ponadto, działanie takie byłoby naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, gdyż zgodnie z ustawą z 27 sierpnia 2009 roku o finansowych publicznych jednostka sektora finansów publicznych ma obowiązek w pierwszej kolejności zabezpieczyć w planie finansowym środki na w/w zobowiązania - por. art. 46 ustawy o finansach publicznych. Zgodnie natomiast z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest natomiast zarówno wydatkowanie dotacji niezgodnie z przeznaczeniem określonym przez udzielającego dotację, nierozliczenie w terminie otrzymanej dotacji, niedokonanie w terminie zwrotu dotacji w należnej wysokości, jak również zaciągnięcie zobowiązania ponad kwoty przewidziane planem finansowym danej jednostki (por. art. 9 - 11 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Dz. U. z 2017 r., poz. 1311 z późn. zm.).

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż Wykonawcy w niniejszym postępowaniu mieli wiedzę, iż udzielenie niniejszego zamówienia może nastąpić tylko do dnia 4 grudnia 2017 r., gdyż po tym terminie traci ono dla Zamawiającego uzasadnienie, co wynikało zarówno z postanowień projektu runowy w zakresie terminu realizacji, jak i z SIWZ. Zmiana okoliczności ma przy tym charakter zewnętrzny wobec Zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego Zamawiającego. Upływ terminów wynikających z umowy o udzielenie dotacji celowej spowodował bowiem utratę środków przeznaczonych na sfinansowanie niniejszego zamówienia. Jednocześnie na okoliczność tę Zamawiający nie ma żadnego wpływu. Brak jest bowiem możliwości aneksowania umowy dotacyjnej w zakresie wydłużenia terminu złożenia dokumentacji finansowej celem otrzymania środków.

W zakresie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, iż W pełnej korelacji z w/w umową o udzielenie dotacji celowej pozostały także postanowienia wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ. Mianowicie, w § 2 ust. 1 wzoru umowy został określony termin jej realizacji maksymalnie do dnia 4 grudnia 2017 r., Tym samym w chwili

obecnej nie jest możliwe zawarcie umowy, w której wykonawca zobowiązał się do wykonania zamówienia w terminie, który w momencie jej zawarcia już upłynął. Jednocześnie nie ma podstaw prawnych zmiany tego terminu na tym etapie postępowania. Zawarta umowa byłaby zatem umową o świadczenie niemożliwe, co skutkowałoby jej nieważnością na podstawie art. 387 § 1 k.c., który stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. „Zawarcie umowy o świadczenie niemożliwe ze wstecznym terminem realizacji zamówienia, jest niedopuszczalne w świetle przepisów k.c. i prowadzi do konieczności unieważnienia postępowania” (uchwała KIO z 19 sierpnia 2009 r., KIO/KD 22/09). W istniejącym stanie faktycznym mamy zatem do czynienia z obiektywną niemożliwością świadczenia, która winna skutkować unieważnieniem postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 387 § 1 k.c. (wyrok KIO z 16 lipca 2009 r., KIO/UZP 839/09). Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, nie ma prawnej możliwości zmiany tego terminu, nawet przy „odpowiednim” zastosowaniu przypadków zmiany umowy przewidzianych we wzorze umowy. Ponadto, termin realizacji byłby zmianą istotną w rozumieniu art. 144 ustawy Pzp, gdyż bez wątpliwości mógłby mieć wpływ na krąg wykonawców, którzy wzięliby udział w postępowaniu. Był to bowiem termin raczej krótki, wymagający dużego zaangażowania potencjału wykonawców, obwarowany *nota bene* dość wysokimi karami umownymi za zwłokę oraz za odstąpienie w sytuacji zwłoki.

Izba postanowiła dopuścić dowód w postaci dokumentacji postępowania, a także złożonej przez Strony umowy o dotację celową z MON (wraz z aneksami złożonymi przez Odwołującego), a także pismo Zamawiającego z dnia 20 września 2017 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek. W przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż Zamawiający dokonałby wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oferty, która pozostała w postępowaniu.

W zakresie zarzutów odwołania:

- zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć,

oraz;

- zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz zaniechanie udzielenia zamówienia;

Izba nie uwzględniła powyższych zarzutów. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowania w sytuacji, gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Izba uznała, iż w przedmiotowym stanie faktycznym wystąpiła istotna zmiana okoliczności, która sprawia, iż prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

Szanując uprawnienia wykonawców w procedurach zamówieniowych, w tym przede wszystkim prawo wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnych w celu ochrony swych interesów, należy wskazać, iż prawa i interesy wykonawcy podlegają ochronie o tyle o ile nie godzą znacząco w interes publiczny. Korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, które zostały im przyznane w postępowaniach powyżej tzw. progów unijnych w wyniku implementacji tzw. dyrektyw odwoławczych, znacząco przyczynia się do rzetelnego prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiających. Wykonawcy mają prawo żądać przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w tym zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie ma prawa udzielić zamówienia żadnemu wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż środki ochrony prawnej służą przede wszystkim ochronie interesów ekonomicznych wykonawców. Ustawodawstwo unijne jak i krajowe chroni te interesy, uznając je za filar rozwoju uczciwej konkurencji w gospodarce wolnorynkowej, jednak nie jest to ochrona bezgraniczna. Procedura udzielania zamówień publicznych służyć ma przede wszystkim realizacji interesów publicznych oraz zaspokajaniu potrzeb publicznych. W przypadku przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, należy zbadać czy udzielenie danego zamówienia w dalszym ciągu leży w interesie publicznym. Przy czym nie chodzi tu o udzielenie zamówienia danemu wykonawcy,

ale generalnie o udzielenie tego zamówienia jakiemukolwiek wykonawcy. Oczywiście unieważnienie postępowania najbardziej szkodzi interesom ekonomicznym wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza w postępowaniu. Izba, ze względów opisanych powyżej, powinna w pełni chronić uzasadnione ekonomiczne interesy wykonawców zgodnie z przepisami ustawy Pzp, jednak nie może zapominać także o interesie publicznym, którego realizacja jest głównym zadaniem ustawy Prawo zamówień publicznych. W sytuacji konfliktu pomiędzy interesem wykonawcy a interesem publicznym, koniecznym jest rozważenie czy interes publiczny dozna na tyle znaczącego uszczerbku, aby uznać jego prymat nad interesem wykonawcy. Zastosowanie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, nie może podlegać automatycznej weryfikacji, ale każdorazowo wymaga wnikliwej analizy i wyważenia interesów wykonawców i interesu publicznego. Nieuzasadnione korzystanie z ww. przesłanki przez zamawiających, powinno być korygowane przez Izbę w ramach środków ochrony prawnej.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w dniu 31 maja 2017 r. zawarł z Ministerstwem Obrony Narodowej umowę o dotację celową. Zgodnie z postanowieniami tej umowy, Zamawiający, aby uzyskać dany zakres dotacji, musiał udzielić zamówienia do 8 grudnia 2017 r. Niezależnie od sporu Stron czy kolejne aneksy włączyły ponownie w zakres powyższej umowy przedmiotowe zamówienie, Izba stwierdziła, iż z upływem grudnia 2017 r. nie jest możliwe uzyskanie przez Zamawiającego finansowania na przedmiotowe zamówienie z umowy z dnia 31 maja 2017 r. Wniosek taki płynie choćby z treści § 6 ust. 7 i 8 wskazanej umowy, zgodnie z którą:

„7. Ostateczny termin dostarczenia Dotującemu Wniosku, o którym mowa w ust. 2 [wniosku o środki finansowe] upływa z dniem 4 grudnia 2017 r.

8. W szczególnie uzasadnionych przypadkach na wniosek Inwestora za zgodą Dotującego termin, o którym mowa w ust. 7 może być przedłużony nie później jednak niż do dnia 8 grudnia 2017 r.”

Ponadto zgodnie z treścią § 5 ust. 1 i 2 umowy z dnia 31 maja 2017 r.:

„1. Termin wykorzystania dotacji przez Inwestora poprzez zapłatę Wykonawcy zamówienia publicznego za zrealizowane Zadanie upływa z dniem 31 grudnia 2017 r.

2. Strony umowy ustalają termin zwrotu przez Inwestora niewykorzystanej części dotacji na rachunek bankowy Płatnika nr (...) do dnia 15 Stycznia 2018 r.”

A zatem, wraz z upływem grudnia 2017 r. pozyskanie dotacji na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia z umowy na dotacje celowa z dnia 31 grudnia 2017 r. stało się niemożliwe. Ponadto, Izba stwierdziła iż, nie możliwe było uzyskanie takiego finansowania w

dniu unieważnienia przez Zamawiającego postępowania w zakresie Zadania 2, czyli w dniu 22 grudnia 2017 r.

Izba, nie podzieliła poglądu Zamawiającego, iż przedmiotowe zamówienie, co do zasady może być finansowe tylko i wyłącznie z dotacji celowej. Ustawa o działalności leczniczej zawiera katalog źródeł finansowania podmiotów świadczących taką działalność, jednak jak słusznie podkreślił Odwołujący zawiera tylko maksymalny poziom finansowania z dotacji a nie jej minimalną wartość. Odwołujący słusznie podkreślał, iż istnieje prawna możliwość sfinansowania tego zamówienia ze środków własnych Zamawiającego.

Pytanie, na które Izba powinna odpowiedzieć brzmi czy w przedmiotowej sprawie (przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności) Odwołujący może żądać, a Izba poprzez unieważnienie czynności unieważnienia pośrednio nakazać, sfinansowanie tego zamówienia ze środków własnych Zamawiającego. Przy czym należy podkreślić, iż wyrok Izby nie może prowadzić do absurdów, polegających na tym, iż Izba wprawdzie nakaże *de facto* dalsze prowadzenie postępowania, ale bez uwzględniania okoliczności faktycznych dotyczących danego zamówienia, w tym przede wszystkim potrzeb realizacji interesu publicznego, czy też godzących w interes publiczny. Na rynku zamówień publicznych, zdarzają się przypadki tzw. zamówień zawieszonych, czyli formalnoprawnie nie zakończonych, ale też bez możliwości zawarcia umowy. Brak możliwości zawarcia umowy wynika z braku środków lub ze zmiany potrzeb, które leżały u podstaw wszczęcia danego postępowania. Oczywistym jest, iż przepisy prawa nie mogą zezwalać zamawiającym na samowolne i dowolne unieważnienia postępowań w sytuacji, gdy z różnych względów dane postępowanie *nie leży* w interesie zamawiającego. Ale gdy, ten interes zamawiającego jest tożsamy z interesem publicznym, a udzielenie zamówienia godziłoby w ten interes publiczny, należy dane postępowanie unieważnić, temu zadaniu właśnie służy przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba w składzie rozpoznającym przedmiotową sprawę, stwierdza ponadto, iż unieważnienie postępowania, w wyniku, którego zostałoby udzielenie zamówienie wbrew interesowi publicznemu, powinno nastąpić niezależnie od proceduralnych błędów zamawiającego popełnionych etapach wcześniejszych. Przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, nie wspomina o niezawinionych przez zamawiającego okolicznościach, a jedynie o okolicznościach, których nie można było przewidzieć. Przy czym należy powtórzyć, iż interesów zamawiających nie można automatycznie utożsamiać z interesem publicznym. Ochronie interesów wykonawców w sytuacji unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, co do zasady służy art. 93 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem: *w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po*

stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty, a nie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Wykonawca który wykaże, przesłanki z art. 93 ust. 4 ustawy Pzp, może uzyskać odpowiednie odszkodowanie w celu zaspokojenia swych interesów ekonomicznych.

Znaczące jest, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiającym jest szpital, czyli jednostka powołana do wykonywania działalności leczniczej. Bez wątplenia ochrona zdrowia jest przejawem realizacji interesu publicznego w najwyższej postaci i powinna mieć prymat nad innymi przejawami interesu publicznego czy też nad uzasadnionymi interesami ekonomicznymi wykonawców. Ponadto, szpital jako jednostka zobowiązana do przestrzegania ustawy o finansach publicznych, powinna wydatkować środki zgodnie z ich planowanym przeznaczeniem, zgodnie z celem na który zostały przekazane i zaplanowane. Naruszenia przepisów ustawy o finansach publicznych, wiążą się z negatywnymi konsekwencjami prawnymi dla osób, które dopuszczają się takich naruszeń.

Izba stwierdziła, iż niezależnie od kłopotów finansowych Zamawiającego (w tym ew. długów szpitala) opisanych powyżej, godzącym w interes publiczny byłoby nakazanie Zamawiającemu sfinansowanie tego zamówienia ze środków własnych przeznaczonych na działalność leczniczą. Zakup wyposażenia kwaterunkowego nie może podważać, czy też nawet tylko zakłócać, skuteczności prowadzenia działalności leczniczej, której w przedmiotowej sprawie należy przyznać prymat zgodnie z interesem publicznym. Środki własne szpitala służą zakupowi leków, przeprowadzaniu zabiegów czy też pokrywane są z nich wynagrodzenia pracowników. Ewentualne nadwyżki środków własnych wypracowane przez szpital, powinny służyć poprawianiu skuteczności prowadzenia działalności leczniczej, a tylko w przypadku takiego uznania przez władze szpitala zgodnie z interesem publicznym i danymi możliwościami, powinny być przeznaczone na działalność inwestycyjną. Na marginesie należy wskazać, iż uprawnienia wykonawców w postępowaniu odwoławczym przyznane przez ustawę Prawo zamówień publicznych nie mogą ingerować w budżet zamawiających, poza weryfikacją sytuacji opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 i art. 86 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, iż na dzień wyrokowania, w sytuacji braku możliwości sfinansowania przedmiotowego zamówienia z dotacji celowej, prowadzenie postępowania oraz wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Udzielenie przedmiotowego zamówienia, godziłby w prowadzenie działalności leczniczej przez szpital, a działalności ta stanowi najwyższą formę realizacji interesu publicznego.

Przy czym, jak wskazał Odwołujący i Zamawiający ukończenie danej inwestycji w dalszym ciągu pozostaje w interesie publicznym, to jednak jest uzależnione od uzyskania odpowiednich środków z MON. Na dzień dzisiejszy nie jest wiadome czy takie środki w zakresie przedmiotowego zamówienia, czyli Zadania 2 – dostawy sprzętu kwaterunkowego, zostaną przyznane (ewentualnie, kiedy zostaną przyznane) oraz w jakiej wysokości. Izba uznała, iż w sytuacji, kiedy Zamawiający uzyska dotacje celową na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, jego udzielenie będzie zgodne z interesem publicznym. Natomiast do momentu istnienia braku takich środków, jego udzielenie nie leży w interesie publicznym, gdyż prowadziłoby do podważenia skuteczności prowadzenia działalności leczniczej. Izba wydając wyrok zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. A zatem, nie może brać pod uwagę przyszłych i co należy podkreślić niepewnych okoliczności. Co oznacza, iż oparte tylko na własnym przekonaniu twierdzenia Odwołującego, iż Zamawiający na pewno uzyska taką dotację, nie mogły być wzięte pod uwagę. Przede wszystkim nie została zawarta umowa o dotacje celową i nie jest znana jej ew. treść, a umowa ta określa zakres i wysokość dotacji. W dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania istniała możliwość jego sfinansowania ze środków z dotacji celowej, natomiast w dniu jego unieważnienia taka możliwość nie istniała, co zostało wykazane powyżej. A zatem Izba uznała, iż nastąpiła istotna zmiana okoliczności w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie umowa o dotacje celową została zawarta dopiero w dniu 31 maja 2017 r. Na podstawie tej umowy, Zamawiający chcąc uzyskać finansowanie musiał udzielić zamówienia i je zrealizować właściwie do 8 grudnia 2017 r. A zatem, na przygotowanie postępowania, jego przeprowadzenie oraz realizację zamówienia miał ok. 6 miesięcy. Należy podkreślić, iż okres ten był dość krótki uwzględniając, iż Zadanie 2 stanowiło jedynie część znacznie większej inwestycji. Okoliczność ta była niezależna od Zamawiającego, gdyż została uregulowana w umowie z MON, a należy przypuszczać, iż dążył on do jak najszybszego zawarcia umowy o dotacje i wyznaczenie jak najdłuższych terminów na składanie wniosków o dofinansowanie. Nawet gdyby Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie w dniu 1 czerwca 2017 r., nie miałby pewności, iż przy uwzględnieniu procedur odwoławczych zdołałby zrealizować zamówienie do dnia 8 grudnia 2017 r. Z całą pewnością wszczynając przedmiotowe zamówienie, Zamawiający liczył, iż uda mu się dochować terminów z umowy o dotacje celową z dnia 31 maja 2017 r. Przyjmując stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający mógł przewidzieć, iż w przedmiotowym postępowaniu będą składane odwołania, to jednak przewidując pełny *wachlarz* odwołań, Zamawiający w ogóle nie powinien wszczynać przedmiotowego postępowania. Izba uznała, iż wprawdzie, Zamawiający mógł przewidzieć, że będą prawdopodobnie składane odwołania,

to jednak nie mógł przewidzieć, czego będą dotyczyły, w jakim zakresie będą składane oraz z jakim skutkiem. Z całą pewnością Zamawiający nie angażowałby środków na przygotowanie i prowadzenie postępowania, kiedy w momencie jego wszczęcia przewidywałby, iż wystąpią okoliczności sprawiające, że nie uzyska finansowania na przedmiotowe zamówienie. Oczywiście takie zagrożenie istniało, to jednak takie zagrożenie zawsze istnieje, kiedy jest z góry wyznaczony termin na realizację zamówienia.

W ocenie Izby, sformułowanie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, iż wystąpiła *istotna zmiana okoliczności (...)* czego nie można było wcześniej przewidzieć należy w rozumieć, w ten sposób, iż przyszłe wystąpienie zmiany okoliczności, nie może być pewne lub wielce prawdopodobne w momencie wszczęcia postępowania. A zatem dane zagrożenie może być przewidywane, jednak nie jest wiadome czy wystąpi. Przyjęcie odmiennego poglądu, doprowadziłoby do braku możliwości zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż niemalże każde zmiany okoliczności mogą być przy użyciu wyobraźni przewidywane, co jednak nie oznacza, iż rzeczywiście wystąpią. Wykazanie, że zamawiający mógł przewidywać, iż dane zmiany okoliczności wystąpią a inne, że nie wystąpią, byłoby niemożliwe i oparte jedynie na spekulacjach a nie na faktach. Potwierdza to także treść przepisu, gdyż Ustawodawca posłużył się sformułowaniem *czego nie można było wcześniej przewidzieć*, a nie sformułowaniem *czego nie można było wcześniej przewidywać*.

Mając na uwadze powyższe, Izbie nie uwzględniła wyżej wskazanych zarzutów, a w konsekwencji nie uwzględniła odwołania.

- zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu, ze względu na brak wpływu jego uwzględnienia na wynik postępowania.

Odwołujący słusznie podkreślał, iż wskazanie w projekcie umowy daty wykonania zamówienia, która już ubiegła, samo w sobie nie stanowi wady postępowania niemożliwej do usunięcia i uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Jak się wydaje, w ostatnich latach powyższe stanowisko potwierdza dominująca linia orzecnicza Izby. W sytuacji gdy termin wykonania zamówienia nie był jednym z kryteriów oceny oferty, brak przeszkód aby Zamawiający ustalił odpowiedni inny termin na wykonanie

zamówienia. Oczywiście istotnym jest, aby ustalenie nowego terminu nie stawiało w sytuacji uprzywilejowanej wyłonionego wykonawcy.

Izba podziela pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Gliwicach, iż "(...) *istotnie, żaden przepis ustawy nie przewiduje wyrażnie możliwości zmiany terminu wykonania zamówienia na etapie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy. Zdaniem Sądu Okręgowego nie oznacza to jednak zakazu wprowadzenia takiej zmiany (...)*" (Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 16 października 2007 r. o sygn. akt: X Ga 158/0/Iza). Przy uwzględnianiu, iż wprowadzenie takiej zmiany nastąpi przy poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niemniej jednak, ze względu na brak uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, co w konsekwencji prowadzi do utrzymania przez Izbę w mocy czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp pozostałoby bez wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W przedmiotowej sprawie postępowanie, pomimo uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w dalszym ciągu pozostanie unieważnione.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów 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 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: