

**WYROK**

**z dnia 30 stycznia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 stycznia 2018 r. przez **Paramedica Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Lotnicze Pogotowie Ratunkowe w Warszawie**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Lotniczemu Pogotowiu Ratunkowemu w Warszawie** – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. Kosztami postępowania obciąża **Lotnicze Pogotowie Ratunkowe 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 **Paramedica Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Lotniczego Pogotowia Ratunkowego w Warszawie** na rzecz **Paramedica Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zmianami), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Lotnicze Pogotowie Ratunkowe w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę defibrylatorów transportowych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 12 stycznia 2018 roku wykonawca Paramedica Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od:

1. czynności unieważnienia przez zamawiającego postępowania w Zadaniu nr 1 z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.;
2. zaniechania przez zamawiającego czynności wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p.:

1) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji unieważnienie postępowania na tejże podstawie pomimo tego, że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie czynności wyboru oferty odwołującego w postępowaniu, jako najkorzystniejszej pomimo tego, że brak jest podstawy do unieważnienia postępowania, oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, odwołujący nie podlega zaś wykluczeniu z postępowania, a jego oferta jest najkorzystniejsza w rankingu ofert.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości poprzez nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p.:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania przez zamawiającego;
- 2) wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że naruszenie przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy P.z.p. ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem, gdyby zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawy P.z.p., oferta odwołującego byłaby wybrana, jako oferta najkorzystniejsza. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów P.z.p.

Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem w Zadaniu nr 1 jest dostawa defibrylatorów transportowych (12 zestawów).

Przed upływem terminu składania ofert, następujący wykonawcy złożyli swoje oferty:

- 1) Schiller Poland Sp. z o.o. z ceną 835.380,00 zł
- 2) Odwołujący z ceną 1.275.069,60 zł

W dniu 29 listopada 2017 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż jako najkorzystniejszą ofertę w zadaniu nr 1 uznał ofertę złożoną przez Schiller. W wyniku odwołania wniesionego przez odwołującego i zapadłego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.12.2017 r. (sygn. akt KIO 2590/17) zamawiający został zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez Schiller Poland Sp. z o.o.

W dniu 05.01.2018 r. zamawiający unieważnił postępowanie z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. oraz wystąpienie rzekomej niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Zamawiający uzasadnił czynność unieważnienia postępowania w sposób następujący:

„Zamawiający działając zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy unieważnia postępowanie w zakresie zadania nr 1, ponieważ postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia i wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Niniejsze postępowanie jest finansowane z dotacji celowej udzielonej Zamawiającemu z obowiązkiem rozliczenia do końca 2017 roku. Informacja o nieprzekraczalnym terminie realizacji (do dnia 28 grudnia 2017 roku), który jest powiązany z ww. źródłem finansowania, była zawarta w Specyfikacji Istotnych Warunkach Zamówienia oraz istotnych postanowieniach

umowy. Wskutek procedury odwoławczej i terminu uzyskania postanowienia w tej sprawie Zamawiający nie mógłby zawrzeć umowy z wybranym Wykonawcą na warunkach zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Termin 28 grudnia 2017 roku był ostatecznym terminem realizacji zamówienia. Zamawiający nic przewidział żadnych zmian do umowy w tym zakresie, a jeżeli mimo to Zamawiający dokonałby zmiany warunków realizacji zamówienia to zgodnie z art. 144 ust. 2 taka zmiana podlegałaby unieważnieniu. Ponadto zgodnie z art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a) zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, jeżeli zmiana wprowadza warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści. Ustawa w art. 144 ust. 3 wprost nakazuje Zamawiającemu w takiej sytuacji przeprowadzić nowe postępowanie. Zamawiający umowę mógłby zawrzeć w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Tak więc brak możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w terminie określonym w SIWZ powoduje wadę postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego. Stwierdził, że w praktyce często zdarza się, że określa się termin wykonania zamówienia publicznego nie w drodze wskazania dni, tygodni czy miesięcy licząc od dnia podpisania umowy, ale poprzez wskazanie konkretnej daty dostawy - tutaj 28.12.2017 r. W konsekwencji termin ten niejednokrotnie upływa przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia. Ponieważ nie jest możliwy do przewidzenia precyzyjnego terminu zakończenia postępowania, chociażby ze względu na wnoszenie środków ochrony prawnej, wystąpienie takiej sytuacji jest dość prawdopodobne, jeżeli termin dostawy nie jest odległy od wszczęcia postępowania.

Odwołujący wskazał, że zawarcie umowy z terminem wykonania, który już upłynął, byłoby zawarciem umowy o świadczenie niemożliwe, co skutkuje koniecznością uznania takiej umowy za nieważną. Zgodnie z art. 387 § 1 K.c., umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Zamawiający nie może zawrzeć umowy z terminem wykonania zamówienia wynikającym z s.i.w.z., który upłynął. Jednak dopuszczalne jest zawarcie umowy pomiędzy zamawiającym a odwołującym z innym terminem niż wskazany przez zamawiającego w s.i.w.z. Zamawiający i odwołujący mogliby bowiem od razu po wyborze oferty najkorzystniejszej, ale przed zawarciem umowy, wskazać w podpisywanej umowie inny termin wykonania zamówienia, a nie wprowadzać go poprzez aneks do umowy.

W ocenie odwołującego, obowiązujące przepisy ustawy P.z.p., w tym w szczególności art. 144 ust. 1 ustawy P.z.p., nie stoją na przeszkodzie, aby zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty, a jeszcze przed podpisaniem umowy sprawie zamówienia, zmienił

postanowienia przyszłej umowy w zakresie terminu dostawy, wskazując nowy termin, możliwy do zachowania przez odwołującego termin - np. 5 dni kalendarzowych.

Odwołujący powołał się na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w opinii prawnej zatytułowanej „Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zmianą stawki podatku od towarów i usług (VAT)”: „(...) art. 144 ust. 1 ustawy PZP może znaleźć zastosowanie do zmiany umowy zarówno w przypadku, gdy zdarzenie określone w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako przesłanka zmiany umowy, zaszło przed zawarciem umowy pierwotnej, jaki i po dacie jej zawarcia. Innymi słowy fakt, iż takie zdarzenie miało miejsce przed datą złożenia zgodnych oświadczeń woli o zawarciu umowy (datą zawarcia umowy) nie stanowi przeszkody do następczego dokonania zmiany takiej umowy zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy PZP, tj. zawarcia aneksu.

Odwołujący stwierdził, że jest dopuszczalne uwzględnienie w treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego zmian treści zobowiązania wynikających ze zdarzeń określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako przesłanki zmiany umowy, w sytuacji, gdy zdarzenia te nastąpiły przed datą zawarcia umowy. Normatywną podstawę prawną dla takiego stanowiska stanowi art. 144 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z regułą wnioskowania *argumentum a maiori ad minus*. Jeżeli bowiem w tych samych okolicznościach prawnie dopuszczalna jest zmiana zawartej już umowy, to tym bardziej dopuszczalna jest zmiana przyszłej umowy."

Odwołujący poparł swoje stanowisko orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, w tym: wyrokiem KIO z 21 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 1089/10, wyrokiem z 22 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 210/10, wyrokiem z 10 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 125/09, wyrokiem Sądu Okręgowego w Nowym Sączu w wyroku z 02 czerwca 2005 r. (sygn. akt III Ca 262/05) i in.

W ocenie odwołującego, w rozpoznawanej sprawie termin ten może być zmieniony w trybie nieistotnej zmiany umowy. Także bowiem w takim przypadku, zamawiający nie jest uprawniony do unieważnienia postępowania, gdyż nie będzie spełniona przesłanka uzasadniająca jego unieważnienie, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Za taką przesłankę nie można uznać upływu terminu wykonania zamówienia przed zawarciem umowy.

Odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 10 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 125/09), z 31 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 333/09) i inne.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 stycznia 2018 r. doręczona Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2018 r. zamawiający wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania, ewentualnie
- 2) oddalenie odwołania w całości.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania zamawiający podniósł, że odwołujący nie ma interesu prawnego do złożenia odwołania, ponieważ nie może uzyskać zamówienia w tym postępowaniu z uwagi na fakt, że zamawiający po dniu 31.12.2017 r. nie dysponuje już środkami finansowymi na ten cel. Zamawiający nie posiada obecnie środków finansowych i nie ma możliwości wszczęcia nowego postępowania.

Zamawiający stwierdził, że działając zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., unieważnił postępowanie w zakresie zadania nr 1, ponieważ postępowanie to obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia i wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada ta ma charakter obiektywny i nie zależy od zamawiającego i nie ma on możliwości usunięcia wady.

Zamawiający poinformował, że w dniu 27.10.2017 r. zawarł z Ministrem Zdrowia umowę nr 657/1 1 12, której przedmiotem było udzielenie przez Ministra dotacji celowej na zakupy inwestycyjne w kwocie do 6.056.569 zł. Zgodnie z 2 ust. 4 zamawiający został zobowiązany do wykorzystania dotacji w terminie do 31.12.2017 r., a niewykorzystaną do tego dnia dotację zobowiązany był zwrócić na konto bankowe Ministerstwa Zdrowia.

Przedmiotowe postępowanie miało zostać sfinansowane z ww. dotacji celowej. Informacja o nieprzekraczalnym terminie realizacji umowy (do dnia 28 grudnia 2017 roku), który był powiązany z ww. źródłem finansowania, była zawarta w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz istotnych postanowieniach umowy, stanowiących załącznik do SIWZ.

Zamawiający stwierdził, że wskutek późnego terminu otrzymania dotacji oraz procedury odwoławczej i terminu uzyskania orzeczenia KIO w tej sprawie, zamawiający nie mógł już zawrzeć umowy z wybranym wykonawcą na warunkach zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Termin 28 grudnia 2017 roku był ostatecznym terminem realizacji zamówienia. Zamawiający nie przewidział żadnych zmian do umowy w tym zakresie, a jeżeli mimo to zamawiający dokonałby zmiany warunków realizacji zamówienia to zgodnie z art. 144 ust. 2 taka zmiana podlegałaby unieważnieniu. Zgodnie bowiem z art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a, zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, jeżeli zmiana

wprowadza warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści. Ustawa w art. 144 ust. 3 wprost nakazuje zamawiającemu w takiej sytuacji przeprowadzić nowe postępowanie. Zamawiający umowę mógłby zawrzeć w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli dopiero w dniu 2 stycznia 2018 r. Tak więc brak możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w terminie określonym w SIWZ spowodował wadę postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający mógł dokonać przelewu płatności na rzecz odwołującego za dostarczony przedmiot zamówienia najpóźniej w dniu 29.12.2017 r. Twierdzenie odwołującego, jakoby zamawiający mógł w tym postępowaniu zmienić termin realizacji umowy, nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa, a taka zmiana mogłaby prowadzić do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., który stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Można bowiem zasadnie stwierdzić, że gdyby potencjalni wykonawcy wiedzieli, że termin wykonania umowy ulegnie wydłużeniu po wyborze najkorzystniejszej oferty to mogliby wziąć udział w postępowaniu. W ocenie zamawiającego, zmiana terminu wykonania umowy była w tym postępowaniu niedopuszczalna i niemożliwa, przede wszystkim z uwagi na konieczność wydatkowania środków z dotacji budżetowej w nieprzekraczalnym terminie do 31.12.2017 r. Przywołane przez Odwołującego orzecznictwo KIO albo dotyczy innego stanu faktycznego albo orzeczenia zostały wydane w innym stanie prawnym.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem w Zadaniu nr 1 jest dostawa defibrylatorów transportowych (12 zestawów).

Przed upływem terminu składania ofert, następujący wykonawcy złożyli swoje oferty:

- 3) Schiller Poland Sp. z o.o. z ceną 835.380,00 zł
- 4) Odwołujący z ceną 1.275.069,60 zł

W dniu 29 listopada 2017 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż jako najkorzystniejszą ofertę w zadaniu nr 1 uznał ofertę złożoną przez Schiller. W wyniku odwołania wniesionego przez odwołującego i zapadłego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.12.2017 r. (sygn. akt KIO 2590/17), zamawiający został zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez Schiller Poland Sp. z o.o.



W dniu 5 stycznia 2018 r. zamawiający unieważnił postępowanie z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. oraz wystąpienie rzekomej niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Zamawiający uzasadnił czynność unieważnienia postępowania w sposób następujący:

„Zamawiający działając zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy unieważnia postępowanie w zakresie zadania nr 1, ponieważ postępowanie obciążone jest wadą niemożliwą do usunięcia i wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Niniejsze postępowanie jest finansowane z dotacji celowej udzielonej Zamawiającemu z obowiązkiem rozliczenia do końca 2017 roku. Informacja o nieprzekraczalnym terminie realizacji (do dnia 28 grudnia 2017 roku), który jest powiązany z ww. źródłem finansowania, była zawarta w Specyfikacji Istotnych Warunkach Zamówienia oraz istotnych postanowieniach umowy. Wskutek procedury odwoławczej i terminu uzyskania postanowienia w tej sprawie Zamawiający nie mógłby zawrzeć umowy z wybranym Wykonawcą na warunkach zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Termin 28 grudnia 2017 roku był ostatecznym terminem realizacji zamówienia. Zamawiający nic przewidział żadnych zmian do umowy w tym zakresie, a jeżeli mimo to Zamawiający dokonałby zmiany warunków realizacji zamówienia to zgodnie z art. 144 ust. 2 taka zmiana podlegałaby unieważnieniu. Ponadto zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. a) zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, jeżeli zmiana wprowadza warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści. Ustawa w art. 144 ust. 3 wprost nakazuje Zamawiającemu w takiej sytuacji przeprowadzić nowe postępowanie. Zamawiający umowę mógłby zawrzeć w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Tak więc brak możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w terminie określonym w SIWZ powoduje wadę postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba nie zgadza się z zamawiającym, iż odwołujący nie ma interesu prawnego w złożeniu odwołania, ponieważ nie może uzyskać zamówienia z uwagi na fakt, iż zamawiający po dniu 31.12.2017 r. nie dysponuje już środkami finansowymi na ten cel.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Z powyższego wynika, iż wykonawca ma interes w złożeniu odwołania wówczas, gdy zachodzą kumulatywnie dwie przesłanki:

- ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia,
- poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p.

Odwołujący musi zatem dowieść, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Ponadto norma prawna wskazuje na interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zatem interes ten dotyczyć musi tego konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest stosowany. Wnoszący środek ochrony prawnej jest zobligowany wykazać, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu ma potrzebę uzyskania danego zamówienia, będącego przedmiotem określonego postępowania

Oprócz interesu w uzyskaniu danego zamówienia, wykonawca, którzy korzysta ze środka ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązany jest wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p., czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Szkodą są zarówno straty poniesione przez poszkodowanego (*damnum emergens*), oznaczające każde pogorszenie się jego sytuacji majątkowej, jak i korzyści utracone przez niego (*lucrum cessans*), stanowiące stratę tego, co poszkodowany by uzyskał, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

A zatem wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p., albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda wykonawcy najczęściej polegać będzie na utracie korzyści wynikających z realizacji tego zamówienia.

W ocenie Izby, odwołujący spełnia wskazane wyżej przesłanki. Z całą pewnością ma on interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jego oferta spełnia warunki postawione w s.i.w.z. i jako jedyna z ofert złożonych w postępowaniu, nie podlega odrzuceniu. Może on również ponieść szkodę w wyniku unieważnienia postępowania, polegającą na utracie korzyści, jakie by mu przysługiwały z tytułu udzielenia zamówienia. Wskazany przepis nie przewiduje sytuacji, w których – w ocenie zamawiającego – nie ma możliwości udzielenia zamówienia z powodu braku środków finansowych.

Izba podkreśla, że w rozpoznawanym przypadku przyczyną unieważnienia postępowania był brak możliwości udzielenia zamówienia w terminie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie zamawiającego, jest to okoliczność powodująca, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.).

Katalog przesłanek z art. 93 ustawy – Prawo zamówień publicznych jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania (wyrok SO w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r. sygn. IV Ca 831/10). Nie ulega wątpliwości, iż do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek (wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2016 r. sygn. KIO 812/16).

Izba wskazuje, że zamawiający nie wykazał, że niemożność wykonania zamówienia w terminie określonym w s.i.w.z. i w projekcie umowy jest wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

W ocenie Izby, zamawiający bezzasadnie powołał się na art. 144 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym postanowienie umowne zmienione z naruszeniem ust. 1–1b, 1d i 1e podlega unieważnieniu, a na miejsce unieważnionych postanowień umowy lub umowy ramowej wchodzi postanowienia umowne w pierwotnym brzmieniu.

W szczególności podkreślenia wymaga, iż przepis ten nie dotyczy projektów umów, ale umów już zawartych, co wynika z zawartego w ust. 1 tegoż artykułu sformułowania: „zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej”. Na marginesie zaś jedynie Izba wskazuje, że w przypadku zmiany umowy z naruszeniem ust. 1 – 1b sankcją nieważności objęta byłaby jedynie dokonana zmiana, a nie cała zawarta umowa.

Co do innych przesłanek unieważnienia umowy, Izba wskazuje, co następuje:

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. skorelowany jest z art. 146 ust. 1, określającym przesłanki unieważnienia umowy w sytuacji, gdy zamawiający dopuści się konkretnych uchybień w procedurze udzielania zamówień. I tak, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
- 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 4) uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem;
- 5) uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej;
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę;
- 7) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12.

W rozpoznawanej sprawie żadna ze wskazanych wyżej okoliczności nie miała miejsca.

W myśl art. 146 ust. 5, przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70<sup>5</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Zgodnie z § 1 wskazanego przepisu, organizator oraz uczestnik aukcji

albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie.

Powyższy przepis również nie znajdzie zastosowania w niniejszej sprawie. Zamawiający, unieważniając postępowanie nie przywołał wskazanego przepisu, jak również nie wykazał, że wystąpiły zawarte w nim przesłanki.

Zamawiający nie wykazał również i nie powoływał się na okoliczność przewidzianą w art. 146 ust. 6 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania

Podkreślić należy, iż poza przypadkami nieważności względnej umowy (unieważnialności) z przyczyn dotyczących naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie P.z.p. (art. 146 ust. 1 i 6 ustawy P.z.p.), mogą zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy z innych przyczyn, niż dotyczące naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych (art. 58 k.c.). Ocena, czy zachodzi przypadek nieważności umowy dokonywana będzie w świetle postanowień art. 58 K.c. (arg. z art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p.).

W ocenie Izby nie znajdzie tu zastosowania art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) Kodeks cywilny (K.c.), zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy sygn. akt XXIII GA 185/12, który wyraził pogląd, iż nie stanowi o nieważności umowy w świetle art.387 K.c. okoliczność, iż jedynie termin dostawy nie może być dotrzymany i realizacja umowy nastąpi z opóźnieniem. Sąd Najwyższy natomiast w wyroku z dnia 29.11.2013r. I CSK 124/13 przesądził, iż art. 387 K.c. reguluje skutki prawne niemożności spełnienia świadczenia określonego przez strony, a nie skutki niemożności dochowania przez strony zastrzeżonego w umowie terminu spełnienia świadczenia. Przedstawiony stan faktyczny zdaniem Sądu Najwyższego nie stanowi obiektywnej niemożności świadczenia tj. że świadczenie jest rzeczywiście obiektywnie niewykonalne (por. wyrok SN z 22.04.2010r. VCSK 379/09nie publ. Z 20.03.2009r. II CSK IICSK 611/08, nie publik. : z dnia 8..02.2002r. IICKN 1015/99 nie publik.).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....