

WYROK

z dnia 7 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2021r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2021 r. przez wykonawcę 4Prime Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża 4Prime Sp. z o.o. 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 4Prime Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy 4Prime Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 sierpnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 404090-2021-PL.

W dniu 10 listopada 2021 r. Odwołujący: 4Prime Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie powziął wiadomość o unieważnieniu przedmiotowego postępowania w części II.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 22 listopada 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżając czynność unieważnienia postępowania.

Jednocześnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP oraz 457 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 387§1 K.c. poprzez unieważnienie postępowania mimo braku przesłanek do takiej czynności Zamawiającego, w szczególności z uwagi na to, że:

a. wbrew stanowisku Zamawiającego, postępowanie nie było obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz

b. bezzasadnie przyjęto, iż ewentualnie zawarta umowa byłaby umową o świadczenie niemożliwe, co usprawiedliwiało unieważnienie postępowania.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów pomocy prawnej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że złożył ofertę w Części II postępowania i po kilku wezwaniach do uzupełnienia dokumentów, Zamawiający ostatecznie dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, tyle że zarazem unieważnił postępowanie.

Zauważył przy tym, że jednym z punktowanych kryteriów oceny ofert było wykonanie zamówienia do 10 listopada, co Odwołujący zadeklarował.

Wyraził przekonanie, że Zamawiający projektując postanowienia SWZ błędnie założył, że 10 listopada postępowanie będzie już zakończone, a umowa o udzielenie postępowania podpisana, a nawet wykonywana.

W związku z powyższym, skoro projekcie Zamawiającego odnośnie przebiegu postępowania okazały się zbyt optymistyczne, nie widząc najwyraźniej innego wyjścia, Zamawiający w tymże dniu 10 listopada 2021 roku unieważnił postępowanie (w tym samym piśmie dokonując jednak wyboru oferty Odwołującego).

Zarzucił, że decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania jest błędna. Przy czym Odwołujący nie zakwestionował dokonanego wyboru swojej oferty, uznając tę decyzję Zamawiającego za prawidłową (choć poprzedzoną niezasadnymi wezwaniemiami o uzupełnienie dokumentów niewymaganych w SWZ, co niepotrzebnie przedłużyło postępowanie).

Odwołujący nie podzielił argumentacji Zamawiającego uzasadniającej unieważnienie przetargu.

Według Odwołującego - zgodnie z ustawą PZP, nie każda wada postępowania

proceed do jego unieważnienia, a w analizowanej sprawie, mając na uwadze uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego, aby unieważnienie postępowania mogło zostać uznane za zasadne, musiałby wystąpić stan, w którym niemożliwe jest zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 255 pkt 6 PZP). W jakich sytuacjach umowa podlega unieważnieniu - ustawodawca definiuje z kolei w art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający błędnie rozumie treść art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP.

Wskazał, że Zamawiający rozumuje, że poniższy fragment przepisu:

Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, stanowi samoistną przesłankę unieważnienia postępowania.

Podniósł, że ze względów oczywistych nie jest tak, jako że wówczas stanowiłby on klauzulę obejmującą wszelkie naruszenia ustawy i ustawodawca byłby zwolniony z opisywania w artykule 457 PZP również innych przypadków naruszenia ustawy.

Argumentował, że skoro istniałaby norma ogólna, typu „catch all”, to bez sensu byłoby wskazywanie w innych punktach tego samego przepisu innych, szczególnych przypadków naruszenia ustawy.

Zarzucił, że Zamawiający nie odkodował zatem należycie znaczenia art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP. Przepis ten powinien być rozumiany w ten sposób, że fragment wskazany dla ułatwienia w nawiasie kwadratowym powinien być czytany łącznie z fragmentem podkreślonym:

Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów [bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert];

Dla porządku podniósł, iż nie istnieją również żadne inne przesłanki unieważnienia umowy wskazane w art. 457 PZP, co wynika z literalnej treści tego przepisu.

Zastrzegł przy tym, że Odwołujący nie prowadzi dalszego wyводу w tym zakresie, ponieważ Zamawiający wyraźnie wskazał, że powołuje się wyłącznie podstawę unieważnienia umowy zawartą w art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP.

Dalej wywodził, że umowa jest unieważnialna wyłącznie w ściśle określonych okolicznościach wylczonych jako katalog zamknięty w ustawie PZP. Trudności Zamawiającego wynikające z wadliwego zorganizowania postępowania lub ze zbyt optymistycznych projekcji co do sprawności jego przeprowadzenia nie powodują „niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Oświadczył, że z okolicznością, że do zawarcia umowy dojdzie już po nominalnym terminie realizacji zamówienia, Zamawiający będzie musiał sobie po prostu poradzić na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego o zobowiązaniach.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie ma również racji twierdząc, że zawarcie

22 listopada 2021 roku umowy, w której termin świadczenia przypada na 10 listopada 2021 roku, będzie skutkować umową o świadczenie niemożliwe, bowiem świadczenie co najwyżej nie zostanie spełnione w terminie, z przyczyn za które odpowiada Zamawiający, ale nie jest świadczeniem niemożliwym. „Świadczeniem” jest dostawa urządzeń, a nie termin w jakim świadczenie ma być spełnione.

W analizowanej sprawie mamy do czynienia (jeśli w ogóle) to z pierwszym przypadkiem, który w żaden sposób nie skutkuje ani koniecznością zastosowania art. 387§1 K.c., ani tym bardziej nieważnością umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Podniósł również, że okoliczności związane z finansowaniem przedsięwzięcia, powoływane przez Zamawiającego, są natomiast irrelevantne zarówno dla unieważnienia postępowania, jak i dla ewentualnych dalszych losów umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Przyznał, że nawet gdyby w/w okoliczności miały znaczenie, to Zamawiający zapewnił, że „Przedmiot zamówienia uzyskał dofinansowanie z Urzędu Marszałkowskiego”, nie czyniąc w tym przedmiocie żadnych zastrzeżeń ani nie informując wykonawców o żadnych ryzykach związanych z ewentualnym cofnięciem dofinansowania.

Według Odwołującego - umowa nie tylko nie będzie nieważna z powodu ewentualnej utraty dofinansowania, ale nawet nie będzie można z tego powodu od niej odstąpić.

Skoro zatem okoliczność zagrożenia utratą finansowania przedsięwzięcia nie jest przyczyną nawet odstąpienia od umowy o udzielenie zamówienia publicznego, to tym bardziej nie jest okolicznością skutkującą jej nieważnością.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie może również unieważniać postępowania gdy doprowadził do sytuacji, która może grozić mu (cyt.) „naruszeniem art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, z którego wynika, że wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
 - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
 - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych

celów;

- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;

- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.”

Brak jest w przepisach takiej przesłanki unieważnienia postępowania i trudno nawet sobie wyobrazić co bytoby, gdyby zamawiający publiczni mogli dointerpretowywać samodzielnie przesłanki unieważnienia postępowania w taki sposób, jak czyni to Zamawiający.

Wskazał, że skoro Zamawiający w tej samej dacie i w tym samym piśmie dokonał wyboru oferty Odwołującego i unieważnił postępowanie, to oznacza że w tej samej chwili widział podstawy zarówno do kontynuowania postępowania (poprzez wybór) jak i do unieważnienia postępowania. Przesłanki do unieważnienia postępowania nie powinny „występować i nie występować” w tym samym momencie. Wybór oferty Odwołującego nie był przesłanką jednoczesnego unieważnienia postępowania.

W dniu 26 listopada 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ComCERT S.A. i Asseco Poland S.A. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść ogłoszenia i Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty Odwołującego, odwołania, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i unieważnienia przetargu w części 2 z dnia 10 listopada 2021 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 1 grudnia 2021 r., a także na podstawie złożonych przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Jednocześnie Izba postanowiła uznać za bezskuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ComCERT S.A. i Asseco Poland S.A. z tego powodu, że pełnomocnictwo z dnia 20 września 2021 r. zawierało klauzulę jego ważności jedynie do momentu rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy odwołanie zostało wniesione już po tej dacie.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP oraz 457 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 387§1 K.c.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczną podstawę prawną do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 10 listopada 2021 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego przetargu, działając zgodnie z art. 254 pkt 2 w związku z art. 255 pkt 6 i art. 259 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.).

Zamawiający swoją czynność motywował tym, że unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie, Zamawiający w piśmie tym podał, że na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Izba stwierdziła również, że w swoim uzasadnieniu Zamawiający podkreślił, że ze złożonej oferty wynika, że Wykonawca zrealizuje zamówienie w punktowym terminie nie później niż do 10.11.2021 r., a zatem biorąc pod uwagę fakt, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, nie jest możliwe zrealizowanie umowy w terminie wskazanym przez Wykonawcę.

Zamawiający również argumentował, że stosownie do art. 264 ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób.

2. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminu, o którym mowa w ust. 1, jeżeli:

1) w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie:

a) przetargu nieograniczonego złożono tylko jedną ofertę,

b) przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz partnerstwa innowacyjnego złożono tylko jeden wniosek albo złożono tylko jedną ofertę i upłynął termin do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia wniosku albo w następstwie wniesienia odwołania Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze;

2) umowa w sprawie zamówienia publicznego dotyczy zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w ramach dynamicznego systemu zakupów albo na podstawie umowy ramowej.

Dalej, Zamawiający wywodził, że wyjątki wskazane w ust. 2 tego przepisu nie znajdują zastosowania w niniejszym postępowaniu. Umowa w sprawie zamówienia publicznego mogłaby zostać zawarta najwcześniej w dniu 22.11.2021 r., a więc 12 dni po terminie realizacji wskazanym przez Wykonawcę w złożonej ofercie. W tym przypadku nie jest możliwy wybór oferty Konsorcjum firm: ComCERT S.A. Assecco Poland S.A.

Zamawiający wnioskował również, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, a art. 70¹ § 4 kodeksu cywilnego stanowi, iż organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Organizator Przetargu, tj. Zamawiający oraz Oferent - Wykonawca od chwili udostępnienia warunków są więc związani specyficznym stosunkiem zobowiązaniowym i tymi warunkami. W opiniowanej sprawie są to postanowienia SWZ.

Poza tym Zamawiający zauważył, że na podstawie art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Niemożliwość świadczenia jest obiektywnym i trwałym stanem, w którym dłużnik nie może spełnić świadczenia. Obiektywny charakter tego stanu zachodzi wówczas, gdy dłużnik nie może spełnić określonego świadczenia. Trwałość tego stanu polega zaś na tym, że nie jest on przejściowy. W tym przypadku występuje niemożliwość pierwotna, która już istnieje w chwili nawiązania stosunku obligacyjnego, a przyczyna ma zarówno naturę faktyczną (wskazany przez Wykonawcę termin realizacji zamówienia), jak i prawną (przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym „okres zawieszenia standstill”). Umowa o świadczenie niemożliwe dotknięta jest sankcją nieważności bezwzględnej.

Zwrócił przy tym uwagę, że występująca wada na obecnym etapie ma charakter nieusuwalny. Na tym etapie nie istnieje możliwość jej sanowania przez Zamawiającego. Naruszenie może skutkować unieważnieniem umowy z uwagi na okoliczności wskazane w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie do art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie,

jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Według Zamawiającego - wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest naruszenie przepisów, które w przypadku zawarcia umowy wywołuje skutek prawny w postaci jej nieważności. Wada ta jest nieusuwalna i wywiera wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, który powoduje jej bezwzględną nieważność.

W tej sytuacji - w ocenie Zamawiającego - wystąpiła wada powodująca niemożliwość zrealizowania przedmiotu umowy w terminie do dnia 10.11.2021 r. przez Wykonawcę 4Prime sp. z o.o., w ramach dotacyjnej Nr W/UMWM-UU/UM/NW/813/2021 z dnia 23.04.2021 r. zawartej Województwem Mazowieckim, a Mazowieckim Szpitalem Bródnowskim w Warszawie Sp. z o.o.

Zdaniem Zamawiającego - powyższe okoliczności mogą być również uznane za naruszające art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych wynika, że wydatki publiczne powinny być dokonywane:

1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,

b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych

celów;

2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;

3) wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

W ocenie Zamawiającego - powyższa nieprawidłowość powoduje wystąpienie wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy.

Dalej, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 7.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ postanowił, że wymagany termin wykonania zamówienia został - nie później do dnia 30 listopada 2021 r.

Ponadto, Izba stwierdziła, że w pkt 19 SWZ Zamawiający wprowadził Kryterium nr 2 - termin dostawy z wagą kryterium - 40%, gdzie stosownie do pkt.19.3 SWZ Zamawiający postanowił, że cena terminu dostawy będzie dokonywana poprzez porównanie danych zawartych w wypełnionym przez Wykonawcę załączniku nr 5A do SWZ. Punkty za kryterium będą przyznane wg zasad określonych w załączniku nr 5A do SWZ.

W załączniku nr 5A do SWZ Zamawiający wprowadził wymagany przez Zamawiającego termin dostawy do 30 listopada punktowany termin dostawy do 10 listopada - 40 pkt.

Przechodząc do omówienia zgłoszonych przez Odwołującego zarzutów odwołania Izba w całej rozciągłości podzieliła zaprezentowane przez Zamawiającego powyższe

stanowisko uzasadniające prawne zastosowanie przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby - Odwołujący w swoich wywodach przedstawionych w odwołaniu stwierdzając, że „...Zamawiający projektując postanowienia SWZ błędnie założył, że 10 listopada postępowanie będzie już zakończone.” w istocie przyznał, że termin wykonania przedmiotu zamówienia nie jest realny, a zatem jest on dotknięty niemożliwą do usunięcia wadą.

Pomimo, tej wiedzy Odwołujący nie podjął się na etapie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia skorygowania tej wady, chociażby poprzez możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Z powyższych powodów argumentacja Odwołującego wykazująca, że w chwili obecnej takiej wady nie ma jest nielogiczna i nie jest spójna.

W przekonaniu Izby - takiej wady nie można usunąć w trakcie obecnie toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z tego względu, że termin wykonania przedmiotu zamówienia stanowi essentialia negotii, które decyduje o uznaniu oferty za ważną to znaczy odpowiadającą warunkom zamówienia.

Nie podlega kwestii, że brak w ofercie wykonawcy zadeklarowania terminu wykonania zamówienia skutkowałby odrzuceniem jego oferty na zasadzie art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp zgodnie, z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wymaga również wskazania, że raz zadeklarowany w ofercie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego termin wykonania zamówienia nie podlega jakimkolwiek zmianom, w przeciwieństwie do obrotu powszechnego opartego o zasadę swobody umów, gdzie taka modyfikacja terminu umownego za zgodą stron umowy może być według ich uznania dokonana.

Pierwszorzędne znaczenie dla rozstrzygnięcia tego zagadnienia ma przepis art.223 ust.1 zd.2 ustawy Pzp jako lex specialis, w myśl którego niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Skoro zatem nie ma prawnej możliwości ustalenia nowego terminu wykonania umowy na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to również wadliwy opis terminu wykonania przedmiotu zamówienia nie jest możliwy do poprawienia, a zatem wada ta nie jest możliwa do usunięcia.

Nadto, Odwołujący w swoich rozważaniach zupełnie pominął okoliczność możliwości uzyskania przez wykonawców dodatkowej punktacji na podstawie powołanego wyżej drugiego kryterium oceny ofert, którym był termin dostawy i tym samym zwiększenia własnych szans na uzyskanie zamówienia publicznego dla tych wykonawców, którzy w istocie zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie niemożliwym do dotrzymania.

Taka sytuacja byłaby równoznaczna z naruszeniem przepisu art. 239 ust.1 ustawy Pzp, stosownie do którego Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W związku z tym - w ocenie Izby - zawarcie takiej umowy ze zmienionym terminem wykonania przedmiotu zamówienia stanowiłoby rażące naruszenie cytowanych wyżej przepisów prawa.

Idąc dalej, w przekonaniu Izby - umowa dotknięta tak poważnymi wadami podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 457 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, który przewiduje, że umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy

udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez poprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Co do zakresu zastosowania powyższego przepisu prawa Izba nie podzieliła karkołomnej wykładni Odwołującego wykazującej, że samo naruszenie przepisów prawa nie jest wystarczające do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wymaga zauważenia, że art.8 ust.1 ustawy Pzp odsyła na grunt prawa cywilnego normując, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r.i, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Natomiast przepis art.58 § 1 kodeksu cywilnego przewiduje, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

Nie podlega kwestii, że zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisu art.223 ust.1 zd.2, art.226 ust.1 pkt 5, art. 239 ust.1 ustawy Pzp jest czynnością sprzeczną z prawem, a próba wprowadzenia nowego terminu wykonania umowy byłaby oczywistym obejściem powołanych wyżej przepisów prawa.

Dodatkowym aspektem tej sprawy jest również okoliczność niemożności wykonania przedmiotu umowy w zadeklarowanym terminie. Stosownie do art. 387 § 1 kodeksu cywilnego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Należy wskazać, że przedmiotowe zamówienie publiczne miało być realizowane w oparciu o zewnętrzne finansowanie podmiotu trzeciego i sytuacja ta ma istotny wpływ na ocenę możliwości realizacji świadczenia pieniężnego stanowiącego ekwiwalent realizowanej dostawy.

Ostatecznie, zasługuje na uwagę fakt, że inni potencjalni uczestnicy obrotu zamówień publicznych w omawianej sytuacji dopuszczającej zmianę terminu wykonania zamówienia mogli zostać pozbawieni prawa do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie właśnie wskutek określenia zbyt krótkiego terminu wykonania zamówienia, który okazał się być terminem nierealnym.

Mając na uwadze wszystkie powyższe argumenty prawne Izba uznała, że Zamawiający miał wystarczającą podstawę prawną do skorzystania z dyspozycji przepisu art.255 pkt 6 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Przewodniczący:.....

