

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2024 r. przez wykonawcę: **Mayeryn Sp. z o.o., Aleja Grunwaldzka 309, 80-309 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto i Gmina Twardogóra, ul. Ratuszowa 14, 56-416 Twardogóra,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Miasto i Gmina Twardogóra - unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp;**
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: **Miasto i Gmina Twardogóra, ul. Ratuszowa 14, 56-416 Twardogóra, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Mayeryn Sp. z o.o., Aleja Grunwaldzka 309, 80-309 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza kwotę: **10 452 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta pięćdziesiąt dwa złote zero groszy) od zamawiającego: **Miasto i Gmina Twardogóra, ul. Ratuszowa 14, 56-416 Twardogóra** na rzecz wykonawcy: **Mayeryn Sp. z o.o., Aleja Grunwaldzka 309, 80-309 Gdańsk**, w tym kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) poniesioną z tytułu wpisu od odwołania oraz kwotę **2 952 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dwa złote zero groszy) poniesioną z tytułu pomocy prawnej.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1559/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Miasto i Gmina Twardogóra, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 a 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, w trybie podstawowym w przedmiocie: „Zaprojektowanie i wdrożenie systemów VR, mappingu, iluminacji i nagłośnienia oraz aplikacji audioguide dla zwiedzających pałac Goszcz. Zadanie realizowane w ramach projektu „Restauracja i rewitalizacja zabytkowego pałacu w Goszczu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 lutego 2024 r. pod nr 2024/BZP 00092046.

W dniu 26 kwietnia 2024 r. Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W tym samym dniu powiadomił wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego o unieważnieniu postępowania.

Wykonawca, Mayeryn Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia prowadzonego postępowania z dnia 26 kwietnia 2024. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 25 kwietnia 2024 r. w całości uznał zarzuty odwołania wniesionego przez Odwołującego. Skutkiem powyższego powinien być wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej z uwagi na treść SWZ (co w przedmiotowym postępowaniu miało już miejsce). Unieważnienie postępowania skutkuje wobec Odwołującego utratą możliwości wygranej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 255 pkt 6 Pzp, poprzez przyjęcie, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą polegającą tym, że doszło do przekroczenia terminu określonego na 26 kwietnia 2024 r., która skutkowałaby zawarciem umowy podlegającej unieważnieniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- dokonanie ponownej oceny i badania ofert,
- dokonania wyboru oferty Mayeryn sp. z o.o.

Odwołujący przyznał, że w punkcie 5 SWZ pojawia się termin 26 kwietnia 2024 r. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przesunięcie wykonania umowy poza ten termin nie daje jednak podstaw do przyjęcia, że zawarta w takiej sytuacji umowa podlegałaby unieważnieniu. W przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą przesłanki dające podstawę do unieważnienia umowy, o której mowa w art. 457 Pzp. Przepisy enumeratywnie określają przypadki, w których w związku z przekroczeniem innych terminów niż termin wskazany do realizacji zadania.

Zamawiający powołuje się na niestanowiącą części warunków postępowania umowę o dofinansowanie, rzeczowe i finansowe, gdzie zakończenie projektu wskazano na 26 kwietnia 2024 r. Jednocześnie Zamawiający tautologicznie wskazuje na niemożliwość wykonania zadania przed tym terminem, co ma przesądzać o niemożliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Zdaniem Odwołującego, brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, aby tego rodzaju niemożliwość miała miejsce.

Zagadnienie niemożliwości świadczenia było przedmiotem analizy sądowej i piśmienniczej w kontekście art. 387 kc. Za: Balwicka-Szczyrba Małgorzata (red.), Sylwestrzak Anna (red.), Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany. Rozróżnia się niemożliwość faktyczną (np. wydanie rzeczy oznaczonej co do tożsamości, która została całkowicie zniszczona), w tym fizyczny (np. zobowiązanie do zaprojektowania, skonstruowania i dostarczenia perpetuum mobile) lub techniczny (np. zobowiązanie do przewozu towarów na trasie z Tokio do Warszawy w ciągu 30 minut, co obecnie nie jest możliwe i jest mało prawdopodobne w dającej się przewidzieć przyszłości, aczkolwiek być może kiedyś stanie się wykonalne), a także prawny (np. zobowiązanie do ustanowienia hipoteki na rzeczy ruchomej oznaczonej co do gatunku). W przypadku prawnej niemożliwości świadczenia należy odróżnić przypadki dokonywania czynności prawnych możliwych konwencjonalnie do wykonania, ale niedozwolonych przez prawo (np. zbycie rzeczy lub prawa wyłączzonego z obrotu), od czynności prawnych, których dokonanie jest w istocie niewykonalne z uwagi na brak możliwości urzeczywistnienia oczekiwanego stanu rzeczy w ramach danego systemu prawnego (np. zobowiązanie do dożywotniego zwolnienia z ciężarów podatkowych). W tej pierwszej sytuacji będziemy mieli do czynienia z nieważnością czynności prawnej, która wynikać będzie z naruszenia norm bezwzględnie obowiązujących (art. 58§ 1, art. 353¹), zaś w tym drugim przypadku nieważność czynności prawnej będzie wynikała z niemożliwości świadczenia (art. 387 §1).

Obiektywny brak możliwości spełnienia dotyczy w zasadzie wyłącznie świadczeń niepieniężnych. Świadczenie Odwołującego w ramach umowy zawartej na skutek wygranej Odwołującego wciąż jest możliwe do wykonania, podobnie jak spełnienie świadczenia pieniężnego przez Zamawiającego.

Pogląd o możliwości zmiany terminu wykonania umowy oraz braku podstaw do unieważnienia postępowania z powodu upływu tego terminu kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i znajduje potwierdzenie w wyrokach sądów, na co wskazują m.in.: wyrok z 7 lutego 2013 r., KIO 154/13, wyrok z 17 lipca 2009 r., KIO/UZP 852/09, wyrok z 31 marca 2009 r., KIO/UZP 333/09, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 16 października 2007 r., X Ga 158/0/I.. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła także, że opisanie dnia realizacji zamówienia poprzez wskazanie konkretnego dnia nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania. Odwołujący podkreślił, że aby unieważnić postępowanie należy wykazać, że w postępowaniu zaistniała przyczyna wymieniona w art. 457 ust. 1 Pzp. Przepis art. 457 ust. 1 Pzp nie przewiduje, aby opisanie terminu realizacji zamówienia w sposób wynikający z dokumentacji postępowania skutkowało koniecznością unieważnienia postępowania. Ponadto, przepisy Pzp nie zakazują zmiany terminu wykonania umowy, a tym samym zmiany terminu w sposób zgodny z art. 436 ust. 1 Pzp.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający przedstawił swoje stanowisko na rozprawie, wniósł o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego. Zamawiający wyjaśnił, że sfinansowanie zamówienia przewidziane było ze środków Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego (MF EOG) 2014-2021 uzyskanych przez Zamawiającego w ramach Projektu *Restauracja i rewitalizacja zabytkowego pałacu w Goszczu* na mocy Umowy Finansowej Nr 76/2021/DZIAŁANIE 1/MFEO zawartej w dniu 28 stycznia 2021 r. z Ministerstwem Kultury i Dziedzictwa Narodowego. Zamawiający zawarł stosowną umowę przewidującą dofinansowanie zamówienia. W ramach zawartej Umowy, zmienionej Aneks nr 1, ostateczny termin kwalifikowalności wydatków Zamawiającego został określony na datę 30 kwietnia 2024 r.

Zamawiający określił termin realizacji przedmiotowego zamówienia na 26 kwietnia 2024 r. W związku z tym, że ze względu na przedłużającą się procedurę dopiero w dniu 26 kwietnia 2024 r. możliwy był wybór oferty najkorzystniejszej, Zamawiający uznał, że nie ma już możliwości zawarcia umowy z wykonawcą i zrealizowania zamówienia w ww. terminie, a w konsekwencji nie mógłby już rozliczyć kosztów, poniesionych na realizację zamówienia. Zamawiający wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt 6.7.) zawarł informację o możliwości unieważnienia postępowania w przypadku braku przyznania środków publicznych w części lub całości na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający w dniu 26 kwietnia 2024 r. unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, tj. że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający

wskazał, że „Zamawiający realizuje projekt pn.: „Restauracja i rewitalizacja zabytkowego pałacu w Goszczu”. Zgodnie z umową o dofinansowanie, rzeczowe i finansowe zakończenie projektu zostało wyznaczone na dzień 26 kwietnia 2024r. Zamawiający wszczynając postępowanie na przedmiotowe zadanie wyznaczył termin realizacji zadania na ostatni dzień realizacji projektu tj. na 26.04.2024r. W wyniku przedłużającej się procedury o udzielenie zamówienia, realizacja zamówienia w terminie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu stała się niemożliwa do zrealizowania. Biorąc powyższe pod uwagę zasadnym jest unieważnić przedmiotowe postępowanie.”

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:
Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wdrożenie systemów VR, mappingu, iluminacji i nagłośnienia oraz aplikacji audioguide dla zwiedzających pałac Goszcz. Zadanie realizowane w ramach projektu „Restauracja i rewitalizacja zabytkowego pałacu w Goszczu”. Zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej w ramach Mechanizmu Finansowego EOG na lata 2014-2021, zgodnie z Umową Finansową Nr 76/2021/DZIAŁANIE1/MFEOG zawartą z Ministerstwem Kultury i Dziedzictwa Narodowego w dniu 28 stycznia 2021 r. która została zmieniona mocą Aneksu Nr 1 z dnia 22 grudnia 2023 r.

Wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 473 426,00 zł. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 27 lutego 2024 r. Zamawiający określił termin 26 kwietnia 2024 r. jako termin realizacji zamówienia.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty, w tym oferta Odwołującego - z ceną 487 000,00 zł, która uzyskała najwyższą ocenę w ramach kryteriów oceny ofert.

W danym stanie faktycznym Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 255 pkt 6 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania, jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą powodującą brak możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu, polegającą w szczególności na tym, że doszło do przekroczenia terminu wykonania umowy określonego na dzień 26 kwietnia 2024 r.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi zakończyć się albo udzieleniem zamówienia w wyniku zawarcia umowy z wykonawcą, na realizację zamówienia, albo unieważnieniem postępowania. Regułą jest udzielenie zamówienia, natomiast unieważnienie postępowania ma charakter wyjątku - może nastąpić tylko w przypadkach ściśle określonych w przepisach ustawy Pzp, co wynika z art. 254 Pzp. Należy zauważyć, że wyjątkowy charakter czynności unieważnienia postępowania jest konsekwencją ochrony zasady pewności obrotu. Potencjalni wykonawcy, biorący udział w postępowaniu i ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, nie powinni bowiem ponosić negatywnych skutków unieważnienia przez zamawiającego postępowania w sposób arbitralny. Katalog przesłanek pozwalających unieważnić postępowanie ma charakter zamknięty. Przesłanki te nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp, zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Przesłanka powyższa dotyczy uchybień proceduralnych, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania, poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Uchybienia proceduralne muszą być na tyle istotne, że nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy niepodlegającej unieważnieniu. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, nieusuwalny oraz musi być efektem naruszenia przepisów ustawy Pzp regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania).

Reasumując powyższe, Izba wskazuje, że zamawiający ma obowiązek unieważnić prowadzone postępowanie, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki:

- postępowanie jest obciążone wadą, czyli zamawiający naruszył w nim przepisy, które regulują jego prowadzenie,
- wada ta jest niemożliwa do usunięcia (jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie - w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania),
- stwierdzona wada postępowania musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepis art. 255 pkt 6 Pzp pozostaje w związku z art. 457 ust. 1 Pzp, w zakresie, w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach. Do spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 Pzp musi wystąpić związek przyczynowy między zaistniałą wadą

a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Dlatego, aby unieważnić postępowanie, zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp, zamawiający musi przeanalizować okoliczności, które skutkują unieważnieniem umowy na podstawie art. 457 ust. 1 oraz art. 459 ust. 1 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wskazał, na czym polega wada postępowania w rozumieniu art. 255 pkt 6 Pzp.

W postępowaniach, w których zamawiający określił termin realizacji zamówienia datą kalendarzową, nie zaś liczbą dni, tygodni, miesięcy lub lat, co reguluje art. 433 pkt 1 Pzp, wydłużająca się procedura przetargowa między innymi z powodu wniesienia środków ochrony prawnej może doprowadzić do sytuacji, w której przed zakończeniem postępowania upłynie uprzednio wskazany w SWZ termin realizacji zamówienia. Jednak upływ terminu pierwotnie przewidzianego dla realizacji zamówienia nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania. Nie jest to także wada postępowania, która prowadziłaby do nieważności przyszłej umowy. Jak słusznie zauważył Odwołujący, powołując się na orzecznictwo Izby, upływ terminu określonego datą dzienną przewidzianego dla realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi wady postępowania w rozumieniu art. 255 pkt 6 Pzp.

Zamawiający nie wykazał również żadnych okoliczności faktycznych ani prawnych, które skutkowałyby unieważnieniem umowy na podstawie art. 457 ust. 1 oraz art. 459 ust. 1 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą zatem przesłanki dające podstawę do unieważnienia umowy. Wykonanie umowy jest co do zasady możliwe po upływie terminu realizacji zamówienia określonego przez Zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nie zakazują zmiany terminu wykonania umowy, a tym samym zmiany terminu w sposób zgodny z art. 436 ust. 1 Pzp.

Na marginesie tylko Izba wskazuje, że Zamawiający, powołując się na rozprawie na brak możliwości otrzymania środków na dofinansowanie realizowanego Projektu, nie ujął tej okoliczności w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania oraz nie powołał jako podstawy unieważnienia postępowania art. 257 Pzp, zgodnie z którym, zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego m.in. w przypadku niepozyskania środków niezbędnych do sfinansowania zamówienia publicznego.

Należy też na marginesie zauważyć, że w celu skorzystania z przepisu art. 257 Pzp, jako podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konieczne jest podjęcie przez zamawiającego działań zmierzających do pozyskania dofinansowania. W niniejszej sprawie Zamawiający takie działania podjął przed wszczęciem postępowania, i w świetle zawartej Umowy Finansowej środki zostały mu przyznane, co potwierdza treść Art. 5 ust. 1 ww. Umowy. Zgodnie z treścią art. 257 Pzp, unieważnienie postępowania może mieć miejsce tylko wówczas, gdy środki „nie zostały przyznane”, co nie może być interpretowane jako brak tych środków z dowolnych przyczyn, lecz wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający podejmował starania o wsparcie i nie otrzymał go. Podobnie też, utrata finansowania na skutek działań zamawiającego (w tym przedłużającej się procedury), nie może być poczytywana za nieprzyznanie środków, w rozumieniu do ww. przesłanki unieważnienia postępowania.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: