

WYROK
z dnia 23 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Magdalena Cwyl

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2014 r. przez odwołującego **Kapsch Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola**

przy udziale wykonawcy **ELEKTRONIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa 26, 31-056 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez odwołującego **Kapsch Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

-
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Gmina Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola** na rzecz odwołującego **Kapsch Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Gmina Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zakup oraz dostawa wraz z instalacją sprzętu komputerowego, urządzeń i oprogramowania w budynku administracyjno-dydaktyczno-socjalnym Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego przy ul. Kwiatkowskiego w Stalowej Woli«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej **11.02.2014 r.** pod nrem **2014/S 029-046155**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający **28.05.2014 r.** zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp (postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy).

Wykonawca **Kapsch Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35 02-822 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, wniósł **06.06.2014 r.** do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 7 ust 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz zaniechanie udzielenia zamówienia który zgodnie z przepisów prawa oraz odwołującemu, postanowieniami warunków złożył postanowieniami specyfikacji istotnych

zamówienia

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

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 2) ponowne przeprowadzenie procedury wyboru oferty najkorzystniejszej.

3

Argumentacja odwołującego

Pismem z 28.05.2014 r. zamawiający poinformował odwołującego o czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp wskazując, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający podniósł, że w związku z tym, że termin realizacji zamówienia upłynął 15 maja 2014 r., a do dnia unieważnienia postępowania nie podpisano umowy (tj. do 28 maja 2014 r.) prowadzone postępowanie jest bezprzedmiotowe i nie ma możliwości zawarcia ważnej umowy i niepodlegającej unieważnieniu.

Twierdzenie zamawiającego o bezprzedmiotowości postępowania jest w ocenie odwołującego bezpodstawne. Przedmiot zamówienia jest współfinansowany ze środków UE i środki te nadal pozostają w posiadaniu zamawiającego. Wykonanie natomiast zamówienia nadal jest dla zamawiającego niezbędne, o czym świadczy informacja otrzymana od zamawiającego o zamiarze wszczęcia nowego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia, co objęty obecnym postępowaniem. Dlatego nie ma mowy o faktycznej bezprzedmiotowości udzielenia zamówienia.

Jak wynika natomiast z pisma o unieważnieniu postępowania zamawiający obawia się, że w przypadku udzielenia zamówienia po terminie wyznaczonym do realizacji zamówienia zostanie nałożona na niego korekta finansowa w zakresie dofinansowania. W ocenie odwołującego obawa ta jest niezasadna.

Udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego po terminie realizacji wskazanym w dokumentacji przetargowej nie stoi w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa, a tym samym nie powinno stanowić podstawy wymierzenia korekty finansowej.

Podstawowym aktem prawnym, regulującym zasady naliczania korekt finansowych w otrzymanym dofinansowaniu, jest **Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (dalej jako: „rozporządzenie 1083/2006”)**.

Rozporządzenie to w art. 98 ust. 2, regulującym obowiązki państw członkowskich w zakresie naliczania korekt finansowych, stanowi, że „Państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami

stwierdzonymi w operacjach lub programach operacyjnych. [...] Państwo członkowskie bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze". Z tego przepisu jednoznacznie wynika, że dokonanie korekty finansowej przez państwo członkowskie wymaga uprzedniego stwierdzenia nieprawidłowości.

4

Pojęcie nieprawidłowości zostało zaś zdefiniowane w art. 2 ust. 7 rozporządzenia 1083/2006, z którym zgodnie nieprawidłowością jest „jakiegokolwiek naruszenie przepisów prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze dofinansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego”. Tym samym, zgodnie z przytoczonymi regulacjami, warunkiem koniecznym, jaki powinien zostać spełniony, aby państwo członkowskie było uprawnione oraz zobowiązane do naliczenia korekty finansowej, jest stwierdzenie nieprawidłowości w rozumieniu przepisu art. 2 ust. 7 rozporządzenia 1083/2006. Wskazanie nieprawidłowości w działaniu beneficjenta oraz naliczenie korekty co do przyznanych środków wymaga natomiast stwierdzenia, że zostały spełnione kumulatywnie dwa następujące warunki:

- 1) naruszenie przez beneficjenta przepisów prawa wspólnotowego z zakresu udzielania zamówień publicznych, w tym również przepisów prawa krajowego, stanowiących implementację prawa wspólnotowego oraz
- 2) wystąpienie skutku w postaci szkody finansowej w budżecie ogólnym Unii Europejskiej wynikającej ze zbyt wysokiej ceny zakontraktowanego zamówienia.

Należy zatem ocenić, czy udzielenie zamówienia po terminie wskazanym na realizację zamówienia może stanowić naruszenie przez zamawiającego przepisów prawa. Zgodnie z dominującym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dopuszczalna jest zmiana terminu realizacji zamówienia określonego w dokumentacji postępowania w przypadku, gdzie czas trwania umowy nie wpływa na wysokość świadczenia wykonawcy, terminu umowy, terminu wykonania umowy wskazanego w specyfikacji czy też w załączonym do niej wzorze umowy. „Wobec braku odmiennych uregulowań w tym przedmiocie w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz [...] wobec tożsamości świadczenia określonego w umowie ze świadczeniem zawartym w ofercie wykonawcy, brak jest podstaw, w ocenie Izby, do postawienia zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 140 ust. 1 Pzp. [...] W ocenie Izby, zamawiający wyznaczając odmienny termin realizacji zamówienia niż literalnie określony w specyfikacji, przy jednoczesnym określeniu terminu adekwatnego do okresu realizacji zamówienia oraz faktycznie przewidzianego w momencie wszczęcia postępowania, identycznego dla wszystkich wykonawców, nie dopuścił się naruszenia art. 140 ust. 1 Pzp, nie złamał też zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu (z uzasadnienia uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z 19 sierpnia 2009 r. **KIO/KD 22/09**) „Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, że w badanym postępowaniu termin wykonania zamówienia nie miał znaczenia istotnego w rozumieniu art. 144 ust. 1 Pzp.

Niezbicie świadczy o tym wszczęcie przez zamawiającego kolejnego postępowania bezpośrednio po dokonanych unieważnieniu, brak związku terminu wykonania zamówienia z

5

wysokością wynagrodzenia wykonawcy oraz nieujęcie terminu wykonania zamówienia w kryteriach oceny ofert. Zatem zmiana umowy w tym zakresie nie podlega zakazowi zawartemu w art. 144 ust. 1 Pzp. Tym bardziej zatem byłoby dopuszczalna zmiana wzoru umowy po wyborze najkorzystniejszej oferty, tak aby zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierała realny termin jej wykonania (arg. *a maiori ad minus*). 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 Okręgowych (Uchwała z 30 października 2012 r.; KIO/KD 86/12).

Analizując wymogi stawiane w przedmiotowych uchwałach dla powstania możliwości zmiany terminu wykonania umowy należy zauważyć, że w postępowaniu nie ma związku pomiędzy wysokością wynagrodzenia a terminem wykonania zamówienia oraz termin wykonania dostawy sprzętu nie został uwzględniony jako kryterium do oceny oferty. Termin

realizacji dostawy, montażu (instalacja) serwerów, zestawów komputerowych, notebooków i drukarek, tablic multimedialnych, projektorów oraz oprogramowania, w nowo budowanym obiekcie Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego przy ul. Kwiatkowskiego w Stalowej Woli nie stanowi również w postępowaniu elementu determinującego sposób spełnienia świadczenia, nie był wyjątkowo krótki, czy też długi przez co mógłby stanowić o istocie sposobu spełnienia świadczenia.

KIO wyrokiem z dnia 23 marca 2010 r.; sygn. akt KIO/UZP 206/10 orzekła, że upływ terminu wykonania zamówienia nie stanowi wady postępowania i nie jest podstawą do unieważnienia postępowania. W uzasadnieniu wyroku można wyczytać, że żaden z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie sprzeciwia się zawarciu i realizacji umowy w sytuacji, gdy termin wskazany w dokumentacji postępowania jako data realizacji świadczenia już upłynął.

Zdaniem KIO brak było podstaw do unieważnienia postępowania ze względu na upływ terminu wykonania zamówienia. Termin początkowy wykonania zamówienia określony przez zamawiającego na 29 grudnia 2009 r. z przyczyn związanych z trwającą procedurą odwoławczą nie mógł zostać dotrzymany. Nie oznaczało to jednak, że nie mogła zostać zawarta i wykonana umowa. KIO wskazało wyłącznie, że jedyną formą umożliwienia udzielenia zamówienia była konieczność ustalenia terminu wykonania zamówienia, równie krótkiego, jak poprzedni. Mając powyższe na uwadze, uznać należy, że upływ terminu realizacji zamówienia nie stanowi nieusuwalnej wady postępowania. Również w wyroku KIO z 7 lutego 2013 r., w sprawie o sygnaturze **KIO 154/13** wskazano, że „Sam upływ terminu realizacji zamówienia nie stanowi wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy, a tym samym nie może stanowić przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp”. Ponadto KIO wyraźnie wskazała w nim, że „wada zaistniała w postępowaniu

6

musi być na tyle istotna, że 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”. Stanowiska powyższe znajdują również potwierdzenie w wyrokach sądów powszechnych i tak np. Sąd Okręgowy w Gliwicach w swoim wyroku stwierdza, że „Istotnie, żaden przepis ustawy nie przewiduje wyraźnie 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.; sygn. akt.: X Ga 158/0/lza).

Ponadto, co zostało podkreślone również w cytowanych uchwałach nie można w takim wypadku mówić o naruszeniu art. 7 Pzp przy dokonaniu zmiany umowy. Oferta odwołującego jest jedyną ofertą nieodrzuconą, a ponadto zmiana terminu wynikałaby z przyczyn obiektywnych i odnosiłaby się do każdego z wykonawców. Zarazem żaden z wykonawców nie podejmował w postępowaniu próby dokonania wydłużenia terminu czy to w formie zapytania do zamawiającego, czy też odwołania. Nie ma więc podstaw do podnoszenia, że mogłaby taka zmiana wpłynąć na równość uczestników postępowania. Niezależnie od tego z przedmiotowych orzeczeń wynika, że zmiana taka nie mogłaby naruszyć zasady uczciwej konkurencji jak i równego traktowania wykonawców.

W kontekście wyżej wymienionych przepisów należy zauważyć, że w postępowaniu nie zachodzi podstawa dla uznania, że ewentualnie zawarta umowa po terminie realizacji przedmiotu zamówienia określonego pierwotnie w specyfikacji będzie podlegała unieważnieniu.

prawne dla o zamówienia Podstawy unieważnienia postępowania udzielenie publicznego określa **art. 93 ust 1 Pzp**. Zgodnie z powołanym przez zamawiającego przepisem **art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp** zamawiający może unieważnić postępowanie jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy spełnione są łącznie następujące przesłanki: 1) wada postępowania musi być do tego stopnia istotna, że nie da się jej usunąć, nie da się konwalidować postępowania, musi być nieusuwalna, oraz 2) wada powoduje, że nawet gdyby umowa została zawarta pomimo niej, to i tak byłaby względnie nieważna (podlegałaby unieważnieniu). Kontekst nieusuwalnej wady, której zaistnienie pociągałoby za sobą skutek nieważności postępowania zawiera **art. 146 ust 1**

Pzp, który określa przypadki, w których umowa podlega unieważnieniu. Ponadto nie mogą w sprawie zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy z innych przyczyn niż dotyczące naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych (art. 58 Kc).

7

Nieważność bezwzględna umowy zachodzić będzie w przypadkach naruszeń prawa odnoszących się do elementów konstrukcyjnych umowy, tj. strony podmiotowej umowy, treści umowy lub formy umowy.

Ocena czy zachodzi przypadek nieważności umowy dokonywana w świetle postanowień **art. 58 Kc** w z **art. 139 ust. 1 Pzp**, daje odpowiedź, że nie istnieje zagrożenie ważności umowy.

Mając na uwadze powyższe odwołujący podnosi, że wobec dopuszczalności przepisami prawa zmiany umowy oraz wyrażanej przez odwołującego chęci do realizacji przedmiotu zamówienia – zamawiający unieważniając obecnie prowadzone postępowanie, po to tylko, aby zaraz wszcząć nowe postępowanie na to samo narusza przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz prowadzi nieuczciwą praktykę.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **06.06.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **06.06.2014 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

10.06.2014 r. wykonawca ELEKTRONIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa 26, 31-056 Kraków złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp). Pismo zostało złożone po upływie terminu 3 dni od powiadomienia o wniesieniu odwołania, czyli wykonawca nie mógł stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

8

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp** – przez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zarzut naruszenia **art. 7 ust 1 i 3 Pzp** – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz zaniechanie udzielenia zamówienia odwołującemu, który zgodnie z postanowieniami przepisów prawa i postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożył najkorzystniejszą ofertą – zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp**, który brzmi: »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] postępowanie obarczone jest niemożliwą

do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego» zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wymaga stwierdzenia zaistnienia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przepis **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp** jest związany z przepisem **art. 146 ust. 1 Pzp**. Przepis art. 146 ust. 1 Pzp brzmi:

»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 [Pzp], jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 4) uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom

9

dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu;

- 5) udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1 [Pzp], jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2 [Pzp];
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę».

Przepis ten wyczerpująco i szczegółowo wylicza przesłanki nieważności umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W rozpoznawanej sprawie przepis **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp** wskazuje, że ustawodawca przewidział rygor nieważności umowy tylko do przypadków naruszenia przepisów ustawy, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniały przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę.

Należy zgodzić się z zamawiającym, że upływ terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne o takim charakterze. Żaden z przepisów nie sprzeciwia się zawarciu i realizacji umowy w sytuacji, gdy termin wskazany w dokumentacji postępowania jako data realizacji świadczenia już upłynął.

Ponadto zamawiający nie wykazał zwłaszcza w specyfikacji, że po upływie terminu wskazanemu w **rozdz. V ust. 2 specyfikacji** (15.05.2014 r.) dla zamawiającego nie będzie miało znaczenie wykonanie zamówienia. Taka sytuacja mogła mieć miejsce np. w przypadku budowy scenografii na szczególne wydarzenie, jaką były np. obchody 600-lecia bitwy pod Grunwaldem zawody Euro 2012. Budowa scenografii po upływie terminu tych uroczystości byłaby dla zamawiającego przejawem niegospodarności, ale wtedy zamawiający zapewne powołałby się na przesłankę znajdującą się w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp i wykazał zaistnienie tej przesłanki. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp brzmi: »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć«.

Ponadto zamawiający nie wykazał wystąpienia jakiegokolwiek wady w postępowaniu, która mogłaby mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Skład orzekający Izby musi podkreślić, że celem każdego prawidłowo przeprowadzanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą spełniającym warunki udziału w postępowaniu, który złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę i która została wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Wykonawca taki został w postępowaniu wyłoniony i oferta taka została w postępowaniu wyłoniona. Zmiana terminu realizacji wykonania zamówienia nie będzie stanowić o nieważności umowy.

10

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. (sygn. akt 154/13), wyrok z 17 lipca 2009 r. (sygn. KIO/UZP 852/09), wyrok z 31 marca 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 333/09), wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 16 października 2007 r. (sygn. akt.: X Ga 158/0/Iza). Podobnie uchwały KIO: KIO/KD 86/12, KIO/KD 22/09.

Skład orzekający Izby stwierdza, że sam upływ terminu realizacji zamówienia nie stanowi wady uniemożliwiającej zawarcie umowy, a tym samym nie mógł stanowić przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp**. Dlatego Izba uznała, że zamawiający unieważniając postępowanie w oparciu o unormowanie **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp** nie wykazał zaistnienia okoliczności skutkujących koniecznością unieważnienia postępowania. W związku z tym dla Izby potwierdził się zarzut naruszenia **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp**. Także potwierdziło się naruszenie **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp**, gdyż zamawiający przeprowadzając postępowanie zgodnie z zasadami i przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych dokonałby wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarłby z wybranym wykonawcą umowę w sprawie wykonania zamówienia publicznego.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....