

WYROK
z dnia 3 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolantka: Aldona Karpińska

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19.01.2023 r. przez Odwołującego - wykonawcę **K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "JUKON" K. J.** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie - Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Bydgoszczy**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) jako zwrot kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie - Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Bydgoszczy prowadził na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę wodnego kombajnu kosząco – zbierającego dla RZGW w Bydgoszczy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 174-490033.

W dniu 13 stycznia 2023 roku Zamawiający opublikował zawiadomienie o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

Na powyższą czynność wykonawca K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: K. J. „JUKON” (dalej: „Odwołujący”) wniósł w dniu 19 stycznia 2023 r. odwołanie w którym zarzucił naruszenie art. 255 pkt 6) Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający unieważnił postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ww. przepisu twierdząc, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania Zamawiający powołał się na cztery kwestie: (1) zawarcie we wzorze umowy postanowienia przewidującego odpowiedzialność Odwołującego za opóźnienie, (2) określenie we wzorze umowy terminu jej wykonania datą, zamiast w dniach/ miesiącach/ latach, (3) upływ terminu wykonania umowy, (4) brak zarezerwowania w budżecie Zamawiającego środków na realizację zamówienia. Do wszystkich wyżej wskazanych kwestii Odwołujący odnieść się w dalszej części niniejszego odwołania.

Odnosząc się do pierwszej z przyczyn unieważnienia postępowania, Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 433 pkt 1) Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Zawarcie w umowie nieważnego postanowienia nie skutkuje przy tym nieważnością całej umowy – na uwadze mieć należy, że o unieważnieniu umowy (jako całości) mowa jest jedynie w art. 457 Pzp, zaś art. 433 Pzp

zawiera jedynie katalog klauzul niedozwolonych, które powinny skutkować, zgodnie z zasadą utrzymania skuteczności czynności prawnej i pozostawienia jej w obrocie nawet wówczas, gdy wadliwością dotknięte są pewne jej elementy, nieważnością wyłącznie tych postanowień, które zawarte są w katalogu. Zwrócić uwagę przy tym należy na art. 58 § 3 Kodeksu cywilnego, który wprost wskazuje, że jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, a przepisy Pzp nie przewidują w tym zakresie odmiennych skutków. Potwierdza to także orzecznictwo Sądu Najwyższego – np. w wyroku z dnia 8 lutego 2019 r. w sprawie I CSK 801/17 wskazano, że: „Prawodawca wyraża (...) preferencję dla utrzymania bytu czynności prawnej, chociażby w ograniczonym zakresie. Konstrukcja ta co do zasady zakłada, że w ramach dokonanej jednolitej czynności prawnej można wyodrębnić postanowienia (części) ważne, mogące funkcjonować jako samodzielna czynność prawna i postanowienia dotknięte nieważnością.”, dodatkowo na możliwość zachowania przez umowę ważności także w przypadku dalej idącej ingerencji wskazuje wyrok z dnia 27 kwietnia 2021 r. w sprawie V CSKP 120/21, w którym stwierdzono, że: „Nie można wykluczyć, że nieważność sprzecznego z prawem postanowienia umowy (części czynności prawnej) będzie skutkowałą uznaniem za nieważne także innych, zgodnych z prawem jej części, jeżeli są one ściśle powiązane z nieważnym postanowieniem, przy czym uznanie takie nie będzie miało wpływu na możliwość utrzymania w mocy czynności prawnej jako całości. Jeżeli nieważność części czynności prawnej może skutkować uznaniem za nieważną całą czynności, to tym bardziej, na zasadzie rozumowania *a maiori ad minus*, dopuszczalna jest sytuacja, w której nieważność części czynności prawnej może pociągać za sobą nieważność niektórych innych jej części, pozostających w ścisłym związku z częścią uznaną bezpośrednio za nieważną, przy zachowaniu mocy wiążącej czynności prawnej jako całości.”. Mając przy tym na uwadze, że postanowienia dotyczące kar umownych nie mogą być uznane za *essentialia negotii* umowy, brak jest jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia nieważności umowy jako całości.

Odwołujący zauważył także, że zakaz zamieszczania w umowie postanowień przewidujących odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie nie ma charakteru bezwzględnie, tj. możliwe jest zamieszczenie w umowie takich postanowień w przypadku, gdy jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. W warunkach przedmiotowego zamówienia – już z samego stanowiska Zamawiającego, odnoszącego się do braku zabezpieczenia środków na realizację zamówienia na rok 2023, wynika, że z perspektywy tegoż Zamawiającego, dochowanie terminu wykonania umowy – dostawy przedmiotu zamówienia – miało dla niego bardzo istotne znaczenie. Najwyraźniej do tego stopnia, że wiążące odpowiedzialności za niewykonanie dostawy z kwestią winy nie było wystarczające. Odpowiedzialność za skutki opóźnienia i tak nie ma przy tym charakteru bezwzględnej odpowiedzialności za wszelkie przekroczenia umownego terminu spełnienia

zobowiązania. Ustawodawca w przepisie art. 433 pkt 1) Pzp ostatecznie także dostrzegł, że w niektórych przypadkach zastosowanie w umowie takiej rozszerzonej odpowiedzialności może być dopuszczalne. Zamawiający pominął to w uzasadnieniu swojej decyzji o unieważnieniu postępowania (w żaden sposób nie rozważył tej kwestii), błędnie zakładając, że jest to bezwzględna przesłanka nieważności umowy (wzoru umowy). Mając powyższe na uwadze ocenić należy, że argumentacja Zamawiającego jest sprzeczna z intencją ustawodawcy przyświecającą zamieszczeniu w Pzp katalogu klauzul niedozwolonych. Wykorzystanie ich w sposób zaproponowany przez Zamawiającego, pomijając, że jest zupełnie oderwane od prawa jako systemu, zmierza do pokrzywdzenia, a nie do ochrony Odwołującego.

Odnosząc się do drugiej i trzeciej przyczyny unieważnienia postępowania, Odwołujący wskazał, że wykorzystanie art. 436 pkt 1) Pzp na niekorzyść Odwołującego, w sytuacji, gdy nie doszło do zakwestionowania brzmienia postanowienia dot. terminu wykonania umowy przez żadnego z wykonawców, jest niedopuszczane – tym bardziej, że ustawodawca nie powiązał naruszenia tej warunkowej zasady z nieważnością umowy. Nie ulega wątpliwości przy tym, że w przedmiotowej sprawie rzeczywiście doszło już do upływu terminu wskazanego w ogłoszeniu, ale w ocenie Odwołującego nie stanowi to przeszkody w zawarciu umowy. W ocenie Odwołującego, możliwe jest ustalenie w umowie nowej daty wykonania umowy – PZP zakazuje dokonywania istotnych zmian zawartej umowy, a więc takich zmian, które powodują, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy. W przedmiotowej sprawie zmiana nie polepsza sytuacji Odwołującego, w tym nie wprowadza warunków, które uzasadniają przypuszczenie, że ich zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia skutkowałoby szerszym kręgiem wykonawców lub przyjęciem ofert o odmiennej treści, lecz jest zmianą czysto formalną, wynikającą z niedającego się przewidzieć przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo, na uwadze mieć należy, że przepis art. 455 ust. 1 pkt 4) Pzp przewiduje możliwość zmiany umowy w przypadku wystąpienia okoliczności, których Zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć. Z całą pewnością okolicznością taką jest złożenie przez Odwołującego odwołania w związku z błędem w weryfikacji podpisu pod ofertą innego wykonawcy. Jednak według Odwołującego, nawet gdyby uznać, że nie zachodzą podstawy do zmiany postanowień umowy w zakresie daty wykonania zamówienia, na uwadze mieć należy, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega takim samym zasadom wykładni, jak każda inna umowa prawa cywilnego. Zgodnie z art. 65 § 1 i § 2 Kodeksu cywilnego, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, a w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Oznacza to, że w przypadku zawarcia umowy po upływie terminu na jej wykonanie możliwe jest dokonanie wykładni jej postanowień w kontekście uregulowanego w Pzp trybu postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności mając na względzie wynikający z art. 577 Pzp zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Odnosząc się do powołanej przez Zamawiającego okoliczności dotyczącej braku zarezerwowania w budżecie Zamawiającego środków na realizację zamówienia, Odwołujący wskazał, że przepisy ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne w art. 252 ust. 5 wprost przewidują możliwość wprowadzania zmian w rocznym planie finansowym Wód Polskich, więc argumentacja o braku zarezerwowania w budżecie Zamawiającego środków na realizację zamówienia nie powinna mieć wpływu na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy. Odwołujący powołał się na przepis art. 255 pkt 6) Pzp i wskazał, że przewiduje on, że unieważnienie postępowania następuje w przypadku, gdy postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie, gdy Zamawiający nieprawidłowo dokonał budżetowania swojej działalności. Odpowiedzialność Zamawiającego na gruncie dyscypliny finansów publicznych jest irrelevantna z punktu widzenia oceny prawidłowości działania Zamawiającego na gruncie Pzp. To na Zamawiającym ciąży obowiązek pogodzenia ze sobą obowiązków wynikających z przepisów o budżetowaniu z przepisami Pzp, zaś nieprawidłowości w budżecie Zamawiającego nie mogą skutkować naruszeniem interesu Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Uzasadniając powyższe stanowisko, wskazał, że zapisy we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ dotyczące odpowiedzialności Wykonawcy za opóźnienie co do zasady w Pzp są zakazane, przy czym użyte w art. 433 pkt 1 PZP wyrażenie „opóźnienie” oznacza niewykonanie zobowiązania w terminie i nie obejmuje kwalifikowanej formy opóźnienia – zwłoki. Na podstawie art. 476 k.c. dłużnik popada w zwłokę, gdy nie spełnia świadczenia w terminie w wyniku okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność. Ustawodawca dopuszcza jednak zamieszczenie w umowie postanowienia dotyczącego odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie – w przypadku, gdy jest ono uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Ciężar udowodnienia okoliczności wskazujących na to, iż zastosowanie klauzuli niedozwolonej jest uzasadnione, spoczywa na zamawiającym. Zamawiający nie jest w stanie w tym przypadku udowodnić, że zastosowanie tej klauzuli jest zasadne. Zastosowanie w umowie zapisów, które jak dowodzi Odwołujący staną się w tej części nieważne pozbawia Zamawiającego możliwości dochodzenia praw odnośnie spełnienia jego zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia

publicznego. Jest to ważne w związku z kolejną opisaną poniżej sytuacją, gdzie minął termin dostawy określony w SWZ i nie jest wiadome na jakiej zasadzie może być określony nowy termin, jeżeli poprzedni został opisany konkretną datą.

Odwołujący dowodzi, że określenie terminu wykonania umowy poprzez wskazanie daty, która już upłynęła, nie stanowi przeszkody w zawarciu ważnej, niepodlegającej unieważnieniu umowy oraz że w jego ocenie możliwe jest ustalenie w umowie nowej daty wykonania umowy. Zamawiający zazwyczaj dąży do tego, by jak najszybciej zrealizować umowę co może jednak skutkować wyższymi cenami w ofertach wykonawców. Jeżeli zamawiający wymaga wykonania zamówienia w terminie dużo krótszym niż praktykowany w danej branży, to zazwyczaj zwiększa to koszty wykonania zamówienia i ceny oferty. Najczęściej wiąże się to z koniecznością wydatkowania funduszy w danym okresie. Z perspektywy wykonawcy wskazany w dokumentach zamówienia termin wykonania prac wpływa na decyzję o ubieganiu się o dane zamówienie i o złożeniu oferty. Zastosowanie art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp, jak sugeruje Odwołujący, jest możliwe jeśli zmiana umowy spowodowana jest okolicznościami, których Zamawiający nie mógł przewidzieć działając z należytą starannością, co w tym przypadku faktycznie wystąpiło. Jednakże wziąć pod uwagę również dalszą treść powyższego artykułu tj. zmiana ta nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy. Zgodnie z art. 455 ust. 2 pkt 1 zmiana umowy wprowadzająca warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści zmienia charakter umowy, a więc jest istotna, co wymaga przeprowadzenia nowego postępowania. W opinii Zamawiającego zmiana taka nie może zostać wprowadzana automatycznie, ale wymaga przeprowadzenia negocjacji między stronami co z kolei z powodu braku określenia granic zmiany może rodzić zarzut zbyt dużej dowolności określenia nowego terminu.

Zamawiający podkreślił, że nie dokonał nieprawidłowo budżetowania jak to określa Odwołujący. Podstawą gospodarki finansowej Wód Polskich zgodnie z art. 252 ust. 2 ustawy Prawo wodne jest roczny plan finansowy sporządzany na podstawie przepisów ustawy o finansach publicznych. Środki na zakup majątkowy łodzi kosząco-zbierającej zabezpieczone zostały w planie na 2022 r. i w tym też roku na ten cel winien być poniesiony koszt. O tym fakcie Odwołujący został poinformowany 19.12.2022 r. w odpowiedzi na wniosek o udzielenie informacji w trybie dostępu do informacji publicznej znak: BD.ROA.0140.33.2022. Na 2023 r. RZGW w Bydgoszczy nie posiada w projekcie planu finansowego budżetu państwa, który zgodnie z notą budżetową był procedowany w czerwcu 2022 r. zaplanowanych środków za zakupy majątkowe. Zamawiający nadal będzie próbował pozyskać środki na realizację zamówienia, którego dotyczy postępowanie ponieważ zakup ten jest celowy i potrzebny do realizacji zadań wypełnianych przez Zamawiającego. Nie może się to jednak odbywać w sytuacji zawieszenia postępowania przy braku możliwości

podpisania umowy ze strony Zamawiającego z powodów wymienionych w uzasadnieniu unieważnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba ustaliła:

Zamawiający pismem z dnia 13 stycznia 2023r. poinformował, że *„unieważnia postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 PZP tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Zamawiający zawarł we wzorze umowy (załącznik nr 6 do SWZ) w § 8 pkt 1 kary umowne za „niedotrzymanie terminu realizacji Umowy, określonego § 3 ust. 1 w wysokości 2 % ceny łącznej brutto określonej w § 5 ust. 1 za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia”. Zgodnie z art. 433 pkt 1 PZP projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba, że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Zamawiający popełnił błąd wpisując niedozwoloną klauzulę do umowy, której na etapie oceny ofert nie może poprawić. Również termin realizacji, który został określony poprzez wskazanie daty 9.12.2022r., zamiast jak określa art. 436 pkt 1 PZP określić go w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, nie może zostać dotrzymany ponieważ już minął. Kolejną wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest brak środków na realizację zamówienia w budżecie Zamawiającego. Środki na realizację zamówienia Zamawiający posiadał w budżecie na rok 2022. W budżecie na rok 2023 Zamawiający nie posiada zarezerwowanych środków na realizację zamówienia. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, na którą nie zostały zabezpieczone środki w budżecie jednostki prowadziłoby do udzielenia zamówienia z naruszeniem zasad dyscypliny finansów publicznych, a w konsekwencji do odpowiedzialności faktycznej i prawnej z

zakresu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ta niemożliwa do usunięcia wada powoduje, że zawartą w takim stanie prawnym umowę należałoby unieważnić ponieważ nieposiadanie przez Zamawiającego środków na finansowanie zamówienia powoduje, że nie mógłby jej zgodnie z przepisami zawrzeć nie narażając się na odpowiedzialność prawną.”.

Izba zważyła:

Podkreślić należy, że na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezbędne jest zatem kumulatywne wystąpienie w prowadzonym postępowaniu przesłanek: (1) naruszenia przepisów ustawy, czyli wady, (2) której nie da się już usunąć, (3) a powoduje ona, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu. Ostatnia z wymienionych wyżej przesłanek została sprecyzowana w art. 457 ust. 1 Pzp - 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; (2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; (3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2; (4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową; 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5) udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Tym samym, co należy podkreślić, ponieważ art. 457 ust. 1 Pzp zawiera zamknięty katalog pięciu przesłanek, związanych z naruszeniem konkretnie wskazanych tam przepisów ustawy dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu – unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy udzielenie zamówienia prowadziło do zaistnienia jednego z tych pięciu przypadków, o których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy.

Izba analizując informację o unieważnieniu przedmiotowego postępowania z dnia 13 stycznia 2023r. stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że wskazane przez niego przyczyny unieważnienia postępowania zawierają się w katalogu opisanym w art. 457 ust. 1 Pzp, co umożliwiłoby Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, aby wprowadzenie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie zostało ustalone niezgodnie z art. 433 pkt 1 Pzp. Wskazać należy, że co do zasady w Pzp zakazuje się uwzględniania postanowień umownych przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie. Ustawodawca dopuszcza jednak zamieszczenie w umowie postanowienia dotyczącego odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie – w przypadku, gdy jest ono uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Wskazać należy, że w wyroku KIO 597/20 z dnia 7 sierpnia 2020 r., Izba wskazała, że: *„postanowienia umowy, które zawierają odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, nie będą automatycznie sprzeczne z prawem. Norma ta pozwala zamawiającemu na zastrzeżenie tego charakteru odpowiedzialności kontraktowej, o ile zostanie to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia – na takie, niepodważone przez odwołującego, okoliczności wskazywał zamawiający w swoim stanowisku procesowym wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie”*. W niniejszej sprawie Zamawiający unieważniając postępowanie, nie wykazał, że ustalenie odpowiedzialności za opóźnienie nie było uzasadnione okolicznościami zamówienia, tym bardziej, że jak wskazał Odwołujący, konieczne było zrealizowanie zamówienia do dnia 9 grudnia 2022r., co w ocenie Izby mogło potwierdzać, zamierzone działanie Zamawiającego w tym zakresie.

Izba stwierdziła ponadto, że upływ terminu realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne, która winna skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. 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 z art. 457 nie wynika, aby była to wada która prowadzić by musiała do unieważnienia postępowania. Wskazać należy, że 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).

Izba stwierdziła także, że opisanie dnia realizacji zamówienia poprzez wskazanie konkretnego dnia tj. 9 grudnia 2022r. nie stanowił podstawy do unieważnienia postępowania. Podkreślić jeszcze raz należy, że aby unieważnić postępowanie należy wykazać, że w postępowaniu zaistniała przyczyna wymieniona w art. 457 ust. 1 Pzp. Przepis ten natomiast, nie przewiduje, aby opisanie terminu realizacji zamówienia w sposób wynikający w dokumentacji przedmiotowego postępowania skutkowało koniecznością unieważnienia

postępowania. Ponadto jak wskazano wyżej, przepisy Pzp nie zakazują zmiany terminu wykonania umowy, a więc tym samym zmiany terminu w sposób zgodny z art. 436 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do ostatniej z powołanych przez Zamawiającego okoliczności, przemawiającej jego zdaniem za koniecznością unieważnienia postępowania tj. braku zabezpieczenia środków w budżecie stwierdzić należy po pierwsze, że powyższa przesłanka nie mieści się w katalogu przyczyn zawartych w art. 457 ust. 1 Pzp stanowiących podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie 255 pkt 6 Pzp.

Po drugie podkreślić należy, że z uwagi na fakt, iż unieważnienie postępowania jest decyzją Zamawiającego, to na nim spoczywa obowiązek udowodnienia zaistnienia przesłanki, na którą się powołuje. Zamawiający natomiast w żaden sposób nie wykazał, ani nawet nie próbował wykazać, że brak zabezpieczenia środków w budżecie stanowi podstawę do unieważnienia postępowania na wskazanej w decyzji podstawie. Okoliczność natomiast, że *„zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, na którą nie zostały zabezpieczone środki w budżecie jednostki prowadziłoby do udzielenia zamówienia z naruszeniem zasad dyscypliny finansów publicznych, a w konsekwencji do odpowiedzialności faktycznej i prawnej z zakresu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych”* nie umożliwia Zamawiającemu unieważnienia postępowania. Izba wskazuje, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp następuje w przypadku, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie, gdy Zamawiający nieprawidłowo dokonał budżetowania swojej działalności. Ponadto zgodzić należało się z Odwołującym, że odpowiedzialność Zamawiającego na gruncie dyscypliny finansów publicznych jest irrelevantna z punktu widzenia oceny prawidłowości działania Zamawiającego na gruncie Pzp.

Uwzględniając powyższe okoliczności, Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art. 255 pkt 6 Pzp. Zamawiający nie wykazał bowiem, że w postępowaniu wystąpiły wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku z czym w sposób nieuprawniony dokonał unieważnienia postępowania na wskazanej wyżej podstawie.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....