

WYROK
z dnia 31 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Getin Bank S.A., ul. Pszczyńska 10, 40-479 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Śląskie, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice** protestu z dnia 27 lutego 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

2. Kosztami postępowania obciąża Województwo Śląskie, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Getin Bank S.A., ul. Pszczyńska 10, 40-479 Katowice,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Województwo Śląskie,**

ul. Ligonia 46, 40–037 Katowice na rzecz **Getin Bank S.A., ul. Pszczyńska 10, 40–479 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Getin Bank S.A., ul. Pszczyńska 10, 40–479 Katowice.**

Uzasadnienie

STAN FAKTYCZNY SPRAWY

Zamawiający, Województwo Śląskie, z siedzibą na ul. Ugonia 46, 40-037 Katowice, prowadził w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonywanie obsługi bankowej województwa śląskiego.

W dniu 16 stycznia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty GETIN Bank SA, z siedzibą na ul. Pszczyńska 10, 40-479 Katowice.

Protest ING Bank Śląski S.A. na wybór najkorzystniejszej oferty został ostatecznie rozstrzygnięty (oddalony) z dniem 09.02.2009 r.

W dniu 17.02.2009 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, wskazując, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

PROTEST

W dniu 27.02.2009 r. GETIN Bank SA wniósł protest na ww. czynność zamawiającego i zarzucił naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 i ust. 3 pkt 2 ustawy.

W uzasadnieniu protestu podniesiono, iż po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu ING Bank Śląski S.A., zgodnie z postanowieniem części XX SIWZ, Zamawiający obowiązany był określić miejsce i termin zawarcia umowy i zawrzeć umowę (art. 94 ustawy), gdyż nic nie stało na przeszkodzie do jej zawarcia, a Protestujący cały czas był (i jest nadal) związany swą ofertą.

Tymczasem 17 lutego 2009 r. Zamawiający zawiadomił Protestującego, że postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, cytując jedynie brzmienie przepisu. Tymczasem, zgodnie z przepisem art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy, w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert, „O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, podając uzasadnienie faktyczne prawne”. Uzasadnienie faktyczne to wskazanie okoliczności (faktów, zdarzeń, stanu), które nakazują zamawiającemu zastosowanie określonej normy prawnej, a uzasadnienie prawne, to nie tylko wskazanie i zacytowanie przepisu, ale przede wszystkim wykazanie, iż zaistniałe okoliczności istotnie wypełniają hipotezę danej normy, w tym konkretnym przypadku wykazanie związku przyczynowo skutkowego pomiędzy wadliwością postępowania a nieważnością umowy.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 jest jednoznaczny: aby unieważnić postępowanie, musi być ono obarczone wadą, i to taką wadą, iż nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy.

Zamknięty katalog okoliczności, w których umowa jest nieważna, zawarty jest – z wyjątkiem przepisów odrębnych – w art. 146 ust. 1 ustawy. Aby zatem zastosować przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Zamawiający obowiązany był wskazać wadę postępowania, a następnie wskazać albo odrębny przepis, tj. przepis kodeksu cywilnego, mając na uwadze przepis art. 139 ust. 1 ustawy (Do umów w sprawach zamówień publicznych (...) stosuje się przepisy ustawy (...) Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej) albo jedną z przesłanek nieważności umowy określoną w art. 146 ust. 1 pkt 1-7, udowadniając nadto, iż owa wada istotnie uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, co oznacza tyle, że gdyby umowa została zawarta, to byłaby nieważna.

Zamawiający nie wskazał żadnej wady postępowania, nadto nie zadał sobie nawet trudu, by wskazać jakąkolwiek przesłankę nieważności umowy (co poniekąd jest zrozumiałe, skoro nie wskazał wady postępowania). Powtórzył jedynie za SIWZ co było przedmiotem zamówienia

("obsługa bankowa budżetu Województwa Śląskiego świadczona na terenie miasta Katowice przez okres od 31.01.2009 do 31.01.2013 zgodnie z SIWZ") stwierdzając, że zostało to potwierdzone w ofercie złożonej przez Protestującego, pisząc dalej "Biorąc pod uwagę aktualne brzmienie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zawierania umów, Zamawiający nie może już zawrzeć ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ w chwili jej zawarcia część postanowień jest niewykonalna". I to koniec "uzasadnienia" (szczęśliwie dla Zamawiającego nie użył on wyrazu "uzasadnienie", gdyż uzasadnienia w piśmie nie zawarł). Z zacytowanego wyżej fragmentu pisma Zamawiającego wynika jedynie, że brzmienie "aktualnych" przepisów (czyżby Zamawiający dopuszczał myśl by stosować nieaktualne przepisy?) ustawy nie pozwala Zamawiającemu "już" zawrzeć ważnej umowy, ponieważ część jej postanowień, w chwili zawarcia umowy, jest niewykonalna. Zamawiający nawet nie próbuje wskazać, które (choćby potencjalnie) postanowienia, jak należy rozumieć zawartej umowy, miałyby być niewykonalne.

A zatem, jak wykazano wyżej, Zamawiający ani nie wskazał wady postępowania, ani jakiegokolwiek przesłanki nieważności umowy. Tym samym, skoro postępowanie nie jest obarczone wadą, przywołany przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 nie znajduje zastosowania, a więc postępowanie nie mogło być unieważnione z powołaniem się na ten przepis. Unieważniając postępowanie Zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 7, a nie podając uzasadnienia także przepis art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy.

W tym stanie rzeczy Protestujący wnosi o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i wyznaczenie Protestującemu – ponieważ wybór oferty Protestującego pozostaje w mocy – miejsca i terminu zawarcia umowy.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 03.03.2009 r. zamawiający oddalił protest w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podniesiono, iż zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, przedmiotem postępowania jest obsługa bankowa budżetu Województwa Śląskiego świadczona na terenie miasta Katowice przez okres od 31 stycznia 2009 r. do 31 stycznia 2013 r., zatem zawarcie ważnej umowy na warunkach określonych w SIWZ po 31 stycznia 2009 r. nie było możliwe, albowiem część świadczeń była już niewykonalna.

Na czynność zamawiającego – unieważnienie postępowania – GETIN Bank S.A. wniósł protest, który zamawiający otrzymał 27 lutego 2009 r. Jako uzasadnienie protestu wskazano

naruszenie przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 i art. 93 ust.3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzut pierwszy, dotyczący braku przesłanki (wady) uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego należy uznać za oczywiście bezzasadny. Słusznie Protestujący zauważa, że katalog okoliczności, w których umowa jest nieważna, z zastrzeżeniem przepisów odrębnych, normuje art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, trafnie również wskazując na blankietowe odesłanie do Kodeksu cywilnego. Wobec faktu, iż zawarcie umowy w sprawie obsługi bankowej budżetu Województwa Śląskiego stało się możliwe dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, a zapisy SIWZ oraz zawarte w nich istotne postanowienia dotyczące umowy wskazywały na okres świadczenia usługi od 31 stycznia 2009 r. do 31 stycznia 2009 r., sytuację tę należało ocenić w oparciu o normy ogólne, zawarte w Kodeksie Cywilnym. Świadczenie usługi "wstecz" wedle zasad wynikających z postępowania, którego rozstrzygnięcie nastąpiło w terminie późniejszym należy uznać za świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 Kodeksu Cywilnego. Nie budzi bowiem wątpliwości okoliczność, iż nie ma faktycznej możliwości wstecznego świadczenia usługi, a niemożność ta ma charakter obiektywny, pierwotny i nieprzemijający. Tym samym, umowa zawarta na takich zasadach byłaby – na podstawie art. 146 PZP w zw. z art. 387 KC – nieważna. To z kolei jednoznacznie wskazuje na prawidłowe zastosowanie przez zamawiającego normy zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co więcej, przywołana przez Protestującego "aktualność" stosowanych przepisów odnosiła się do zmian w brzmieniu art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, który w uprzedniej treści dopuszczał modyfikację postanowień umownych w stosunku do treści oferty, w przypadku, kiedy konieczność wprowadzenia takich zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te były korzystne dla zamawiającego. Aktualne brzmienie tego przepisu wyklucza taką możliwość, jeśli zamawiający nie umieścił stosownych zapisów w ogłoszeniu lub SIWZ – a z tą sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Konkludując, zamawiający nie mógł zmodyfikować jakichkolwiek postanowień umowy w stosunku do treści oferty, a zaistniała sprzeczność ma charakter nieusuwalny.

Zarzut drugi, dotyczący braku uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności polegającej na unieważnieniu postępowania jest równie bezzasadny, w obliczu faktu, iż wystarczającym uzasadnieniem prawnym jest wskazanie konkretnej przesłanki unieważnienia wskazanej w art. 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a uzasadnienie faktyczne powinno wskazywać te okoliczności, które zamawiający ustalił, na których się oparł, i uwzględnił jako podstawę prawną swej decyzji. Oba te elementy zamawiający zawarł w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, przywołując przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo

zamówień publicznych oraz faktycznie uzasadniając jej zastosowanie niewykonalnością części postanowień umowy w zgodzie z zapisami SIWZ, dlatego też obowiązek wynikający z art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonany został w sposób prawidłowy.

ODWOŁANIE

W dniu 13.03.2009 r. protestujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia jego protestu powtarzając i podtrzymując zarzuty protestu, tj. zarzut, iż czynność unieważnienia postępowania została dokonana z naruszeniem przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 i ust. 3 pkt 2 ustawy.

Odwołujący podtrzymując wszystkie zarzuty zawarte w proteście w uzasadnieniu odwołania odniósł się do argumentów podanych w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu.

I. Odnosząc się w pierwszej kolejności do braku uzasadnienia unieważnienia postępowania należy zauważyć, że pismo z dnia 17 stycznia 2009 r. składa się z dwóch krótkich akapitów. W pierwszym Zamawiający informuje o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, zaledwie cytując tenże przepis, a w drugim wskazuje krótko określenie przedmiotu zamówienia zawarte w części III SIWZ ("obsługa bankowa budżetu Województwa Śląskiego świadczona na terenie miasta Katowice przez okres od 31.01.2009 do 31.01.2013") stwierdzając, iż zostało to potwierdzone w ofercie Odwołującego, oraz że "biorąc pod uwagę aktualne brzmienie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zawierania umów, Zamawiający nie może już zawrzeć ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ w chwili jej zawierania część postanowień jest niewykonalna". Odnosząc się do treści pisma oddalającego protest, należy zauważyć:

- 1) Zamawiający przyznaje słuszność pogładowi Odwołującego pisząc "Słusznie Protestujący zauważa, że katalog okoliczności, w których umowa jest nieważna, z zastrzeżeniem przepisów odrębnych, normuje art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, trafnie również wskazując na blankietowe odesłanie do Kodeksu cywilnego", by następnie przywołując okoliczność, iż „zawarcie umowy w sprawie obsługi bankowej budżetu Województwa Śląskiego stało się możliwe dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, a zapisy SIWZ oraz zawarte w nich istotne postanowienia dotyczące umowy wskazywały na okres świadczenia usługi od 31

stycznia 2009 r. do 31 stycznia 2009 r. [pomyłka Zamawiającego, powinno być „2013 r.”], skonstatować, że "sytuację tę należało ocenić w oparciu o normy ogólne, zawarte w Kodeksie Cywilnym".

- 2) Powołując się na przepis art. 387 k.c. Zamawiający twierdzi, że "Świadczenie usługi "wstecz" wedle zasad wynikających z postępowania, którego rozstrzygnięcie nastąpiło w terminie późniejszym należy uznać za świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 Kodeksu Cywilnego", bowiem „Nie budzi wątpliwości okoliczność, iż nie ma faktycznej możliwości wstecznego świadczenia usługi, a niemożność ta ma charakter obiektywny, pierwotny i nieprzemijający". I dalej "Tym samym, umowa zawarta na takich zasadach byłaby – na podstawie art. 146 PZP w zw. z art. 387 KC – nieważna". Dopiero zatem powyższy wywód Zamawiającego, jednak wbrew twierdzeniu Zamawiającego, iż "wystarczającym uzasadnieniem prawnym jest wskazanie konkretnej przesłanki unieważnienia wskazanej w art. 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych", można uznać za próbę uzasadnienia prawnego unieważnienia postępowania. Wywodu tego – czemu Zamawiający nie może zaprzeczyć – zabrakło w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania.
 - 3) Odnosząc się do zarzutu braku uzasadnienia faktycznego, Zamawiający słusznie zauważa, że "uzasadnienie faktyczne powinno wskazywać te okoliczności, które zamawiający ustalił, na których się oparł, i uwzględnił jako podstawę prawną swej decyzji", jednak – wbrew oczywistym faktom, tj. treści pisma zawiadamiającego o unieważnieniu postępowania – twierdzi, że "Oba te elementy zamawiający zawarł w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, przywołując przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz faktycznie uzasadniając jej zastosowanie niewykonalnością części postanowień umowy w zgodzie z zapisami SIWZ".
 - 4) Dokonując dopiero w rozstrzygnięciu protestu uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania – z którym to uzasadnieniem Odwołujący się nie zgadza, przedstawiając w części 2 niżej swą argumentację – Zamawiający de facto sam przyznał, niezależnie od opinii wyrażonej w rozstrzygnięciu protestu ("dlatego też obowiązek wynikający z art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonany został w sposób prawidłowy"), że w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania nie podał uzasadnienia faktycznego ani prawnego, a tym samym że naruszył przepis art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy.
2. Jak wynika z treści rozstrzygnięcia protestu – choć nie zostało to wskazane w sposób jednoznaczny i oczywisty – Zamawiający unieważnił postępowanie, gdyż jego zdaniem

upływ terminu rozpoczęcia wykonywania bankowej obsługi budżetu jest wadą postępowania. Nadto Zamawiający twierdzi, że po dniu 31 stycznia 2009 r. nie można zawrzeć ważnej umowy. Z tezami tymi zgodzić się nie można.

- 1) Wpierw jednak należy sprostować błędne informacje, które podaje Zamawiający, a które być może uznaje za istotne dla podjętej przez siebie decyzji.

W cytowanym już wyżej fragmencie pisma Zamawiający, odnosząc się do daty 31 stycznia 2009 r., pisze "Świadczenie usługi "wstecz" wedle zasad wynikających z postępowania, którego rozstrzygnięcie nastąpiło w terminie późniejszym należy uznać za świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 Kodeksu Cywilnego". Nie jest to prawda, bowiem rozstrzygnięcie postępowania to wybór najkorzystniejszej oferty, a to miało miejsce w dniu 16 stycznia 2009 r., a więc przed upływem dnia 31 stycznia 2009 r. Bez znaczenia jest tu wniesienie protestu w dniu 22 stycznia 2009 r. i jego ostateczne rozstrzygnięcie w dniu 9 lutego 2009 r., gdyż oddalenie protestu oznacza, że "wynik" postępowania ("rozstrzygnięcie" postępowania) nie uległ zmianie – wybór oferty Odwołującego dokonany przez Zamawiającego w dniu 16 stycznia 2009 r. (lub być może wcześniej, z dnia 16 stycznia pochodzi bowiem zawiadomienie o wyborze) był i jest cały czas aktualny.

W innym miejscu pisma z dnia 3 marca 2009 r. Zamawiający stwierdza "przywołana przez Protestującego "aktualność" stosowanych przepisów odnosiła się do zmian w brzmieniu art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, który w uprzedniej treści dopuszczał modyfikację postanowień umownych w stosunku do treści oferty, w przypadku, kiedy konieczność wprowadzenia takich zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te były korzystne dla zamawiającego". To nieporozumienie, bowiem to nie Odwołujący powołuje się na "aktualność" przepisów, lecz Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania.

- 2) Zamawiający twierdzi w rozstrzygnięciu protestu, że należy zastosować przepis art. 387 k.c., a w związku z tym unieważnić postępowanie, jako obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, pisząc: „Nie budzi bowiem wątpliwości okoliczność, iż nie ma faktycznej możliwości wstecznego świadczenia usługi, a niemożność ta ma charakter obiektywny, pierwotny i nieprzemijający. Tym samym, umowa zawarta na takich zasadach byłaby – na podstawie art. 146 PZP w zw. z art. 387 KC – nieważna. To z kolei jednoznacznie wskazuje na prawidłowe zastosowanie przez zamawiającego normy zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych". Zamawiający nie wskazuje jednak żadnej wady postępowania, a

jedynie można domyślać się, że za taką wadę uważa upływ określonego w SIWZ terminu rozpoczęcia wykonywania bankowej obsługi budżetu Zamawiającego. Nie jest to jednak wada postępowania, co Odwołujący niżej wykazuje. Nadto Zamawiający nie wskazuje związku przyczynowo-skutkowego owej domniemanej "wady" i hipotezy normy prawnej art. 387 § 1 k.c. Oznacza to, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, że nie zachodzi przesłanka nieważności postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Co więcej, mając na uwadze że umowa nie zawierałaby postanowienia, iż bankowa obsługa budżetu Zamawiającego jest wykonywana od dnia 31 stycznia 2009 r., cały wywód Zamawiającego jest chybiony, a przepis art. 387 § 1 k.c. w ogóle nie znajduje zastosowania.

- 3) Jak Odwołujący zauważył wyżej (pkt 2), Zamawiający nie wskazał żadnej wady postępowania, a musiał taką wadę wskazać, by móc zastosować przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Przepis ten jest jednoznaczny: postępowanie musi być obciążone wadą, nadto tak istotną, że nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy. Innymi słowy, jeżeli postępowanie obciążone jest wadą, ale jest możliwe zawarcie ważnej umowy, to nie można postępowania unieważnić w oparciu o ten przepis (w przedmiotowym postępowaniu taka sytuacja nie zachodzi, gdyż nie ma wady postępowania). Co jednak istotniejsze, nie można unieważnić postępowania, jeżeli brak jest wady postępowania, a jedynie – z różnych przyczyn – nie można zawrzeć ważnej umowy (i ta sytuacja też nie ma miejsca, gdyż w przedmiotowym postępowaniu można zawrzeć ważną umowę, o czym niżej). Przepis ma bowiem nie dopuścić do sytuacji, w której zawarta byłaby nieważna umowa w wyniku wady postępowania, nie ma natomiast przeciwdziałać samemu tylko zawarciu nieważnej umowy. Wada musi wystąpić w postępowaniu i wpływać na nieważność potencjalnie zawartej umowy. Nie może to być zatem ani wada związana z samym zawarciem umowy, powodująca nieważność umowy, ani wada powodująca niemożliwość zawarcia ważnej umowy, która nie wystąpiła w postępowaniu. Należy wykazać, że niemożliwość zawarcia ważnej umowy jest nierozdzielnie związana związkiem przyczynowo – skutkowym z (jakąś) wadą postępowania, nie zaś tylko, że umowy ważnej zawrzeć nie można. Sam brak możliwości zawarcia ważnej umowy nie jest wadą postępowania. Nie można więc rozumować następująco, wbrew przepisowi art. 93 ust. 1 pkt 7 (a takie rozumowanie przedstawił Zamawiający): skoro nie można zawrzeć ważnej umowy, to postępowanie obciążone jest wadą, a zatem podlega unieważnieniu. Przepis nie brzmi bowiem (tu Odwołujący nie posługuje się językiem ustawy) "Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy", lecz "Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli jest ono obciążone wadą, która powoduje, że nie

jest możliwe zawarcie ważnej umowy" (gdyby ustawodawca, dla unieważnienia postępowania, chciał poprzestać jedynie na niemożliwości zawarcia ważnej umowy, to przepis sformułowałby inaczej). Aby unieważnić postępowanie, najpierw trzeba wskazać wadę postępowania, a następnie wykazać, że wada ta skutkuje niemożliwością zawarcia ważnej umowy. Jaka natomiast musi to być wada, to już inna sprawa, ale wadę taką (tj. skutkującą niemożliwością zawarcia ważnej umowy) trzeba wskazać. Tymczasem Zamawiający nie wskazał wady postępowania, co już przesądza o braku podstawy do unieważnienia postępowania z powołaniem się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 7.

- 4) W tym miejscu konieczna wydaje się być uwaga dotycząca kierunku orzekania przez Zespoły Arbitrów w sytuacji, gdy upłynął termin rozpoczęcia wykonywania świadczenia, a umowa nie została zawarta. Jest to istotne tym bardziej, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie odbiega istotnie od orzecznictwa Zespołów Arbitrów, nadto orzecznictwo Izby jest jednolite.

Nie ulega wątpliwości, że orzeczenia Zespołów Arbitrów – które, jak się wydaje, brał także pod uwagę Zamawiający – choć nie były jednolite, to w istotnej części wskazywały na konieczność unieważnienia postępowania, gdy upłynął termin rozpoczęcia realizacji zamówienia.

Jedno z typowych, by nie powiedzieć "klasycznych", uzasadnień unieważnienia postępowania zawarte jest w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 11 kwietnia 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO-638/05), w którym czytamy: "Zespół Arbitrów stwierdził wystąpienie przesłanki unieważnienia postępowania określonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przede wszystkim stwierdzono, iż w pkt VII SIWZ ustalono termin wykonania zamówienia na okres od 16.03.2005r. do 14.11.2005r. w zakresie letniego utrzymania dróg i ulic w (...). Wykonawcy biorąc pod uwagę wskazania Zamawiającego określili te same terminy wykonania zamówienia w złożonych ofertach. Wobec stwierdzenia, iż termin wykonania zamówienia stanowi treść oferty, a także wobec wyrażonego w art. 92 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazu tożsamości zapisu treści oferty i treści SIWZ, oraz jednoczesnego zakazu dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), w umowie należałoby wskazać ten sam termin wykonania zamówienia, który został opisany w SIWZ i powtórzony w ofercie uznanej za najkorzystniejszą. To zaś biorąc pod uwagę datę rozpoznania niniejszego odwołania i termin ewentualnego podpisania umowy w niniejszym postępowaniu oznaczałoby zawarcie umowy oświadczenie niemożliwe, co z kolei skutkuje jej

nieważnością w oparciu o art. 387 Kc. Stąd należy uznać, iż niniejsze postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy".

Odmienne stanowisko – co prawda w stosunku do dostaw – zajął Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO-171/06) unieważniając czynność zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania z uwagi na upływ terminu rozpoczęcia dostaw. Zespół Arbitrów uznał, że możliwe jest zawarcie umowy po upływie terminu określonego przez zamawiającego: "Zamawiający jako podstawę unieważnienia postępowania podał art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Wada postępowania, która ma być podstawą jego unieważnienia musi mieć charakter nieusuwalny i powodujący równocześnie, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek istnienia wady bezwzględnie nieważna. Przyczyny nieważności umowy są wymienione w art. 146 ust. 1 pkt 1 do 6 ustawy – Prawo zamówień publicznych. (...) Zdaniem Zespołu Arbitrów w niniejszej sprawie nie zachodzi żadna z przyczyn nieważności umowy określona w wyżej wymienionych przepisach i zawarcie umowy później niż w dniu 01.01.2006 r. nie ma żadnego wpływu na jej ważność. (...) Tak więc zdaniem Zespołu Arbitrów nie ma żadnych przeszkód, by po dniu 01.01.2006 r. zawrzeć umowę dotyczącą okresu opisanego w SIWZ. Po prostu dostawy w okresie, który będzie poprzedzał zawarcie umowy nie będą wykonane".

Podobnie, unieważniając czynność unieważnienia postępowania, tym razem w przypadku robót budowlanych, Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 24 sierpnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO-2336/06) wyraził pogląd: "Zdaniem Zespołu Arbitrów w prowadzonym postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, które miałyby wpływ na wynik postępowania. Nie można uznać za taką wadę okoliczności, iż rozpoczęcie realizacji przedmiotu zamówienia nastąpi w terminie późniejszym niż wymagał Zamawiający w SIWZ i podanym w ofercie Odwołującego. (...) Przywołany przez Zamawiającego art. 140 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych i art. 387 Kc nie mogą mieć w tej sprawie zastosowania, gdyż zakres świadczenia wykonawcy nawet jeżeli rozpoczęcie jego realizacji nastąpi z opóźnieniem będzie tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Inaczej rzecz się ma w przypadku usług o charakterze ciągłym czy dostaw (...)".

W cytowanym wyżej orzeczeniu Zespół Arbitrów uznał, że w przypadku usług o charakterze ciągłym rzecz ma się odmiennie. Poglądu takiego nie podzielił Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 8 lutego 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO-308/06). Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, który unieważnił postępowanie, gdyż "w SIWZ

przewidziano, że umowa będzie realizowana od dnia 1.01.2006r., a wobec przedłużania się postępowania odwoławczego przy zakazie zmian w złożonych ofertach nie jest dziś możliwe zawarcie umowy z tą datą. Taka umowa byłaby bowiem umową o świadczenie niemożliwe", Zespół Arbitrów "nie podzielił również stanowiska Zamawiającego podniesionego na rozprawie o niemożności zawarcia ważnej umowy z powodu upływu terminu rozpoczęcia jej realizacji. Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie jest bowiem świadczenie usług o charakterze ciągłym, okres świadczenia wynosi 3 lata, tj. do końca 2008r. W świetle art. 387 kc umową o świadczenie niemożliwe byłaby taka umowa, która nie mogłaby fizycznie zostać zrealizowana. Natomiast przedmiot niniejszej umowy, w świetle tych zapisów, może być realizowany, a co najwyżej ograniczony zostanie czasokres jego realizacji. Nie stanowi to natomiast przesłanki nieważności umowy określonej w art. 146 ustawy Prawo zamówień publicznych, tym bardziej, że skrócenie terminu realizacji umowy byłoby tylko nieznaczne w stosunku do 3 letniego okresu jej realizacji. Nadto nie sprzeciwiają się temu zapisy istotnych warunków umowy stanowiące załącznik do SIWZ, zgodnie z którym wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie za pracę faktycznie wykonaną".

- 5) Wskazując uprzednio na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej należy mieć na uwadze szereg wyroków, w których Izba wskazała, iż upływ terminu rozpoczęcia realizacji umowy (a nawet upływ terminu realizacji zamówienia) nie jest wadą postępowania, co potwierdza tezę postawioną w pkt 2 wyżej.

W wyroku z dnia 3 marca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 134/08) Izba stwierdziła, iż "nie znajduje przesłanek do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 387 § 1 kodeksu cywilnego. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć zastosowanie jedynie w przypadku, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy zatem zauważyć, iż pomiędzy wadliwością postępowania a nieważnością umowy musi istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę. W ocenie Izby upływ terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne o takim charakterze. Wskazać należy, że art. 387 § 1 kodeksu cywilnego mówi o niemożliwości pierwotnej świadczenia w odróżnieniu od art. 493 i 495 kodeksu cywilnego dotyczących niemożliwości następczej. W zaistniałym stanie

faktycznym nie mamy do czynienia z niemożliwością o charakterze pierwotnym, bowiem nie pojawiła się ona na etapie wszczęcia postępowania".

Analogicznie wypowiedziała się Izba we wcześniejszym wyroku z dnia 4 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 25/08), wskazując nadto, że nie jest wadą postępowania upływ terminu realizacji zamówienia określony w ofercie: "przesłanki unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, określone w art. 93 ustawy pzp należy interpretować ściśle. (...) Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp należy interpretować w związku z art. 146 ust. 1, który określa wady postępowania powodujące nieważność umowy. W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej upływ terminu realizacji zamówienia, określony w ofercie Wykonawcy nie jest wadą samego postępowania o zamówienie publiczne".

Z kolei w wyroku z dnia 7 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 996/08 i KIO/UZP 1049/08) Izba stwierdziła, że "brak możliwości zawarcia umowy w terminie zakreślonym przez Zamawiającego nie stanowi wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Zamawiający w istocie nie wskazał jaka to wada postępowania powoduje nieważność umowy. Zamawiający wskazuje jedynie, że nie jest możliwe zawarcie umowy w terminie przez niego zakreślonym. W niniejszym postępowaniu sposób określenia terminu nie stanowi wady, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający negatywny wpływ na umowę. Nie można pominąć również faktu, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp koreluje przede wszystkim z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, który określa przesłanki nieważności umowy. Na tych przesłankach Zamawiający się jednak nie oparł i stosując przepis art. 139 ustawy Pzp, oparł się na regulacjach zawartych w k.c., wskazując na przepis art. 387 § 1 k.c., który stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że gdyby doszło do zawarcia umowy z terminem wykonania takim, jaki określony został w SIWZ i w ofercie, to istotnie umowa byłaby, w świetle powołanego przepisu, nieważna" .

W innym wyroku, z dnia 13 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 72/08) Izba przywołała interesujący pogląd wyrażony w postanowieniu Sądu Okręgowego w Poznaniu: "Zgodnie z powołaną podstawą prawną z art. 93 ust 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ocena, czy występująca wada skutkuje niemożnością zawarcia ważnej umowy, oceniane być musi w kontekście

ewentualnego zawarcia umowy dotkniętej bezwzględną nieważnością. Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Poznaniu, który w postanowieniu z dnia 4.11.2005r. (sygn. II Ca 941/05), wskazał, iż wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że powoduje jej bezwzględną nieważność. Wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty".

Powołując się na ww. postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu Izba, w wyroku z dnia 10 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 125/09) uznała, że nie tylko upływ terminu rozpoczęcia realizacji świadczenia, ale wprost upływ terminu realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania. Izba dokonała też swoistego podsumowania swego dorobku i doktryny w tym zakresie: "Czynność unieważnienia postępowania jest decyzją, powodującą daleko idące skutki w sytuacji tak Zamawiających, jak również Wykonawców uczestniczących w postępowaniu, dlatego przesłanki tej decyzji stanowią numerus clausus i powinny być interpretowane ściśle. Przesłanki unieważnienia postępowania winny być badane w konkretnym postępowaniu. Przywołana przez Zamawiającego podstawa unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, zgodnie z ugruntowanym już orzecznictwem i stanowiskiem doktryny, wymaga wykazania, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów ustawy pzp, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania i wada tego postępowania skutkuje niemożnością zawarcia ważnej umowy. Przesłankę tą należy zatem rozpatrywać łącznie ze wskazanymi w treści art. 146 ust. 1 ustawy pzp przesłankami nieważności umowy. Wada postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp powinna wystąpić w danym, konkretnym postępowaniu i winna prowadzić do wystąpienia skutku w postaci niemożności zawarcia ważnej umowy. Wadą, która uniemożliwia zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej (podobnie postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4.11.2005, Sygn. akt. II Ca 941/05). Jakikolwiek inne błędy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie miały wpływu na wynik tego postępowania i nie skutkują niemożnością zawarcia ważnej umowy z wykonawcą, nie mogą prowadzić do unieważnienia postępowania". I dalej: "Odnosząc się do przesłanki unieważnienia postępowania w zadaniach 1-5 zamówienia, powołanej w piśmie z dnia 5 stycznia 2009 roku, Izba zważyła, że upływ terminu realizacji zamówienia wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 15 grudnia 2008 roku nie

stanowi obiektywnej wady samego postępowania, skutkującej brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy".

- 6) Tezę postawioną wyżej potwierdza też wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 16 października 2007 r. (sygn. akt. X Ga 158/0/lza). Sąd, w kontekście wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy, zajął zdecydowane stanowisko: "Wadą taką na pewno nie jest to, że umowa nie została zawarta na okres przewidziany w siwz, tj. od 01.01.2007 r. do 31.12.2007 r., gdyż nic nie stoi na przeszkodzie, aby tę umowę zawrzeć na okres krótszy, ale do dnia 31.12.2007 r., zwłaszcza, iż sam Zamawiający w sposób domniemany to zaakceptował kontynuując tok niniejszego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego" [za: Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych, Zeszyt Nr 2, UZP, Warszawa 2008, str. 760]
- 7) Warto w tym miejscu przytoczyć pogląd zaprezentowany w wydawnictwie UZP (A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, Analiza wyroków Sądów Okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów, UZP, Warszawa 2006, str. 127), w którym autorzy odnoszą się krytycznie do "licznej grupy orzeczeń, w których arbitrzy wskazywali na konieczność unieważnienia postępowania z powodu upływu terminu realizacji zamówienia przewidzianego w specyfikacji i ofercie". W kontekście tych krytycznych uwag przytaczają znaczący wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 6 czerwca 2005 r. (sygn. akt III Ca 262/05). Wyrok ten, choć dotyczy zagadnienia nieważności postępowania, koncentruje się raczej na sposobach zawarcia ważnej umowy w sytuacji, gdy upłynął już termin określony w SIWZ i w ofercie wykonawcy. Przytoczony niżej fragment uzasadnienia wyroku jest jednocześnie przejściem do zagadnienia związanego z możliwością zawarcia ważnej umowy w przedmiotowym postępowaniu (Odwołujący użył tu skrótu myślowego, gdyż umowa nie jest zawierana w postępowaniu, ale w wyniku wyboru w postępowaniu wykonawcy, a dokładniej najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę zawarcie umowy nie jest czynnością w postępowaniu). Sąd Okręgowy w Nowym Sączu zauważył: "Zgodzić się należy z zamawiającym jedynie w jednym względzie. Mianowicie uznać należy, że gdyby doszło do zawarcia umowy z terminem wykonania zamówienia takim, jaki określony został w SIWZ i w ofercie, to istotnie umowa byłaby, w świetle art. 387 § 1 k. c., nieważna, jako umowa o świadczenie niemożliwe. Istotą sporu jest jednak to, czy istnieją przeszkody do zawarcia umowy z określeniem nowego terminu wykonania zamówienia. 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. W ocenie Sądu Okręgowego trafnie wskazał Zespół Arbitrów, że podstawę zmiany terminu wykonania zamówienia może stanowić art. 144 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Uznać należy, że nie ma przeszkód do tego, aby przepis ten zastosować odpowiednio po wyborze oferty a jeszcze przed podpisaniem umowy. Jeżeli bowiem można, w sytuacjach szczególnych, o których mowa w ww. przepisie, zmienić postanowienia umowy już zawartej, to wydaje się, że tym bardziej można zmienić prawa i obowiązki strony przysłej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w okresie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy. Oczywiście będzie to dopuszczalne tylko wtedy, gdy konieczność wprowadzenia zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w czasie finalizowania prac nad projektem umowy albo zmiany są korzystne dla zamawiającego".

- 8) Przechodząc z kolei do wykazania, że Zamawiający nie ma racji twierdząc, iż po dniu 31 stycznia 2009 r. nie można zawrzeć ważnej umowy, koniecznych jest kilka uwag dotyczących jednostek samorządu terytorialnego (j.s.t.), w tym samorządu województwa w szczególności, a także wskazanie istoty usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Na mocy art. 1 ustawy z dnia 24 lipca 1998 r. o wprowadzeniu zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa (Dz. U. Nr 96, poz. 603 z późn. zm.) "Z dniem 1 stycznia 1999 r. wprowadza się zasadniczy trójstopniowy podział terytorialny państwa" (ust. 1) oraz „Jednostkami zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa są: gminy, powiaty, i województwa" (ust. 2). Jednym z utworzonych z dniem 1 stycznia 1999 r. województw, na mocy art. 2 ust. 1 pkt 12 ww. ustawy było województwo śląskie. Jednostki zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa (gminy, powiaty i województwa) to inaczej jednostki samorządu terytorialnego (np. art. 2 ust. 3 ww. ustawy, czy też art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1590 z późn. zm.) zgodnie z którym "Ustrój województwa jako jednostki samorządu terytorialnego określa (...)"). Tak więc Zamawiający jest jednostką samorządu terytorialnego, a do takich jednostek (pomijając w tym miejscu gminy) miał zastosowanie przepis art. 134 ust. 1 uchylonej już ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2003 r. Nr 15, poz. 148 z późn. zm.), zgodnie z

którym "Bankową obsługę budżetu jednostki samorządu terytorialnego wykonuje bank wybrany przez organ stanowiący danej jednostki w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych". Oznaczało to, że pierwszy bank do wykonywania obsługi bankowej budżetu województwa, województwo musiało wybrać zgodnie z obowiązującą wówczas ustawą z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, której art. 73 stanowił (stan na dzień 1 stycznia 1999 r.), że "Umowy w sprawach zamówień publicznych nie mogą być zawierane na czas nieoznaczony. Zawarcie umowy na czas dłuższy niż 3 lata wymaga wcześniejszej zgody Prezesa Urzędu". Zmieniły się przepisy o finansach publicznych i przepisy w sprawie bankowej obsługi budżetu j.s.t. Obowiązujący dziś przepis, to przepis art. 195 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.), zgodnie z którym "Bankową obsługę budżetu jednostki samorządu terytorialnego wykonuje bank wybrany na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych". Zaś przepis ustawy – Prawo zamówień publicznych stanowi, że "Umowę zawiera się na czas oznaczony" (art. 142 ust. 1), "Zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata (...)" (art. 142 ust. 2), „Jeżeli wartość zamówienia, o którym mowa w ust. 2, jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający, w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania, zawiadamia Prezesa Urzędu o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, podając uzasadnienie faktyczne i prawne" (art. 142 ust. 3), przy czym "Przepisu ust. 3 nie stosuje się w przypadku umów rachunku bankowego, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat" (art. 142 ust. 4 pkt 2).

Co wynika z powyższych przepisów? Tyle, że Zamawiający, jako jednostka samorządu terytorialnego powstała w dniu 1 stycznia 1999 r., do wykonywania bankowej obsługi budżetu miała (co np. nie dotyczyło gmin) i nadal ma obowiązek dokonywać wyboru banku z zastosowaniem przepisów o zamówieniach publicznych, a ponadto – i to jest najistotniejsze – że każdorazowy wybór banku mógł być dokonany wyłącznie na czas określony, gdyż żaden przepis ustawy o zamówieniach publicznych ani ustawy – Prawo zamówień publicznych ani ustawy o finansach publicznych nie przewidywał dla bankowej obsługi budżetu j.s.t. zawierania umów na czas nieoznaczony.

- 9) Należy z kolei zauważyć, że przedmiotem bankowej obsługi budżetu j.s.t. jest świadczenie ciągłe, co w szczególności oznacza, że usługa ta musi być wykonywana na rzecz Zamawiającego w sposób nieprzerwany – nie może być żadnej przerwy w świadczeniu bankowej obsługi budżetu j.s.t. Z drugiej strony (art. 195 ust. 1 ustawy o

finansach publicznych), bankowa obsługa budżetu j.s.t. nie może być w tym samym czasie wykonywana przez więcej niż jeden bank. Oznacza to, że z dniem, w którym wygasa poprzednia umowa z bankiem na obsługę budżetu (a dokładniej wygasa świadczenie usługi na podstawie poprzedniej umowy, co w praktyce oznacza ten sam dzień), musi być nie tylko zawarta nowa umowa z wybranym bankiem, ale bank ten musi rozpocząć świadczenie usługi natychmiast, bez jakiegokolwiek przerwy, po wygaśnięciu poprzedniej umowy.

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę na następujące fakty. Poprzednia umowa bankowej obsługi budżetu Zamawiającego wygasała w dniu 31 stycznia 2009 r. Nie jest istotne na jaki okres Zamawiający zamierzał, zanim jeszcze wszczął postępowanie, zawrzeć nową umowę – na 3, 4 czy 5 lat. Istotne jest coś innego: Zamawiający obowiązany był jednoznacznie określić dzień, w którym wybrany bank powinien rozpocząć świadczenie bankowej obsługi budżetu Zamawiającego. Nie mógł to być dzień wcześniejszy niż 31 stycznia 2009 r., gdyż wówczas w pewnym okresie (być może nawet krótkim) Zamawiający dopuszczałby świadczenie bankowej obsługi budżetu przez dwa banki, co jest niemożliwe. Nie mógł to być także dzień późniejszy niż 31 stycznia 2009 r. (pomijając, że dniem tym była akurat sobota), gdyż wystąpiłaby przerwa w wykonywaniu bankowej obsługi budżetu Zamawiającego, a ponadto Zamawiający naraziłby się na uzasadniony zarzut dzielenia zamówienia na części, gdyż na pewien okres, dla zapewnienia ciągłości obsługi, musiałby udzielić jakiemuś bankowi zamówienia z wolnej ręki. Czy natomiast przewidując, że może nastąpić opóźnienie w rozpoczęciu świadczenia usługi przez bank (np. wskutek wniesienia protestów i odwołań) w stosunku do dnia 31 stycznia 2009 r., Zamawiający mógł inaczej określić okres wykonywania bankowej obsługi, np. przyjmując, że bankowa obsługa budżetu będzie świadczona przez ustalony okres (w miesiącach) od zawarcia umowy (od udzielenia zamówienia)? Mógł (wielu zamawiających tak podaje termin wykonania zamówienia), jednak należy zwrócić uwagę, że zawarcie umowy na wykonywanie bankowej obsługi budżetu j.s.t. musi nastąpić przed dniem rozpoczęcia świadczenia, co związane jest z koniecznością przygotowania się banku do wykonywania w szczególności obsługi rachunków Zamawiającego oraz instalacji u Zamawiającego systemu informatycznego banku do wykonywania tej obsługi (z przeszkoleniem pracowników włącznie), a zatem zawarcie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji "x miesięcy od udzielenia zamówienia" byłoby tyleż mylące, co niezgodne z prawdą. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, seria S. Sformalizowany formularz ogłoszenia (druk FS-2) w sekcji II pkt II.2 nie daje żadnej możliwości

wskazania rzeczywistego okresu wykonywania świadczenia, jak tylko przez wskazanie terminu rozpoczęcia i zakończenia. Podanie okresu (w dniach lub miesiącach) jest podaniem okresu od "od udzielenia zamówienia", czyli zawarcia umowy, a nie okresu świadczenia usługi. Zapis dokładnie taki sam jak w ogłoszeniu musiał być zawarty w SIWZ, gdyż nie może być różnicy w określeniu terminu wykonania zamówienia w ogłoszeniu i SIWZ. Zamawiający, chcąc być precyzyjnym, wskazał – i słusznie – konkretne daty.

- 10) Skoro Zamawiający zdecydował się na wskazanie konkretnych dat, to nie miał innej możliwości niż określenie dnia 31 stycznia 2009 r. jako dnia rozpoczęcia wykonywania bankowej obsługi budżetu. Należy zadać zatem pytanie: czy Zamawiający miał świadomość, że termin ten może zostać przesunięty? Oczywiście, że tak. W ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja IV, pkt IV.3.7) oraz w SIWZ (część XIV) Zamawiający przyjął, że termin związania ofertą wynosi 60 dni. Skoro pierwotny termin składania ofert został wyznaczony na dzień 9 grudnia 2008 r., to Zamawiający ustalając 60-cio dniowy termin związania ofertą zakładał, że zawarcie umowy może nastąpić nawet w dniu 7 lutego 2009 r., a więc po upływie terminu wskazanego w ogłoszeniu. Co więcej, dwukrotnie przedłużając termin składania ofert, Zamawiający ustalił ostatecznie termin ten na dzień 29 grudnia 2009 r., a zatem dopuścił zawarcie umowy nawet w dniu 27 lutego 2009 r. Oznacza to, że wskazanie daty rozpoczęcia wykonywania usługi na dzień 31 stycznia 2009 r. wynikało wyłącznie z faktu, że w dniu tym wygasła poprzednia umowa, a nie że jest to termin bezwzględnie wymagany, nie podlegający zmianie, lecz raczej termin orientacyjny, co najwyżej pożądany (by posłużyć się nomenklaturą "starej" ustawy o zamówieniach publicznych).
- 11) Zamawiający był konsekwentny, co Zamawiającemu należy wyłącznie poczytać na plus. Skoro w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał dzień 31 stycznia 2009 r. jako dzień początkowy wykonywania świadczenia, to ten sam dzień wskazał w części III SIWZ określając przedmiot zamówienia, w części IX SIWZ określając termin wykonania zamówienia, oraz w części XXIII pkt I SIWZ określając istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy i w formularzu ofertowym, w pkt 7. Czy wynika z tego, że dzień 31 stycznia 2009 r. został wskazany przez Zamawiającego jako jeden jedyny dzień, w którym musiało się rozpocząć wykonywanie świadczenia? Nie. Należy bowiem zauważyć, że przypisywanie przez Zamawiającego Odwołującemu, iż składając ofertę zaoferował wykonywanie zamówienia począwszy tylko i wyłącznie od dnia 31 stycznia 2009 r. pozostaje w sprzeczności z zasadą wyrażoną w art. 65 § 1 k.c., zgodnie z którą

oświadczenie woli (a jest nim oferta – art. 66 § 1 k.c.) "należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje". Nie ulega więc żadnej wątpliwości, że zgodnie z przyjętymi przez banki zwyczajami, składając oferty w postępowaniach na obsługę bankową budżetu j.s.t. nie kierują się wskazanym przez zamawiającego dniem rozpoczęcia wykonywania świadczenia, mając pełną świadomość, że umowa może być zawarta po upływie tego dnia w związku z różnymi okolicznościami, które mogą zajść w toku postępowania. Co więcej. Do ustalenia charakteru zobowiązania banku zawartego w ofercie, w sytuacji gdy termin wykonania (rozpoczęcia świadczenia) nie jest kryterium oceny ofert, a został ustalony przez zamawiającego w istotnych dla stron postanowieniach, które zostaną wprowadzone do umowy, należy posiłkowo mieć na uwadze także przepis art. 65 § 2 k.c., zgodnie z którym "W umowach należy raczej badać jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu". Należy więc zapytać: czy zgodnym zamiarem Zamawiającego określającego istotne postanowienia umowy i Odwołującego, jak i każdego innego banku składającego ofertę, było zawarcie umowy w takim terminie, by świadczenie usługi rozpoczęło się dokładnie w dniu 31 stycznia 2009 r., czy raczej – mając na uwadze charakter usługi – zawarcie umowy w takim terminie, by nie było przerwy w wykonywaniu bankowej obsługi budżetu Zamawiającego, a kończyła się ona w dniu 31 stycznia 2013 r.? Zdecydowanie należy opowiedzieć się za drugim rozumieniem zamiaru stron.

- 12) Za wadę postępowania – choć Zamawiający nawet o tym nie wspomina – nie można uznać prowadzenia postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, gdyż takiego naruszenia w postępowaniu nie było. W postępowaniu na bankową obsługę budżetu j.s.t. wykonawcami mogą być tylko banki. Banki – jako profesjonaliści – z jednej strony doskonale zdają sobie sprawę z tego, że bankowa obsługa budżetu j.s.t. musi być prowadzona, przez ten lub inny bank, w sposób nieprzerwany, a z drugiej, że z różnych powodów data rozpoczęcia wykonywania tej usługi może być różna od daty wskazanej pierwotnie przez Zamawiającego. W żaden sposób okoliczności te nie wpływają na treść ofert banków je składających, tj. na oferowane wysokości opłat i prowizji z tytułu poszczególnych czynności bankowych, ani na oferowaną wysokość oprocentowania depozytów, lokat, czy kredytu w rachunku bieżącym. W żaden sposób nie wpływają one także na decyzję banku o ewentualnym złożeniu lub niezłożeniu oferty w postępowaniu. A zatem przesunięcie terminu rozpoczęcia wykonywania usługi nie jest okolicznością, która uniemożliwiłaby jakiemuś bankowi wzięcie udziału w postępowaniu, jak mogłoby to mieć miejsce przy zmianie w toku

postępowania np. warunków udziału w postępowaniu lub zmianie opisu przedmiotu zamówienia. A zatem upływ terminu rozpoczęcia wykonywania usługi także nie może być traktowany jako wada postępowania (polegająca na prowadzeniu postępowania bez zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji).

- 13) Jaki wpływ, a nadto czy istotny, może mieć na sytuację finansową Odwołującego późniejsze rozpoczęcie świadczenia usługi? Otóż żaden. Późniejsze rozpoczęcie wykonywania świadczenia teoretycznie oznacza, że z tytułu wykonywania poszczególnych czynności bankowych Odwołujący nie uzyska wynagrodzenia za okres, w którym usługa nie była wykonywana. To prawda, ale prawdą jest również i to, że Odwołujący nie ponosi w tym okresie kosztów. Jednak tylko "teoretycznie", gdyż w sytuacji, gdy Odwołujący – podobnie jak większość banków, które złożyły oferty w postępowaniu – zaoferował Zamawiającemu wykonywanie wszystkich czynności nieodpłatnie, poprzestając na przychodzie z tytułu możliwości dysponowania środkami finansowymi Zamawiającego (tj. różnicy pomiędzy przychodem z zainwestowanych środków Zamawiającego, a odsetkami wypłacanymi Zamawiającemu), pokrywającym wszystkie koszty i dającym godziwy zysk, powyższe rozważanie jest bezprzedmiotowe. Z tego samego powodu jest ono także bezprzedmiotowe z punktu widzenia Zamawiającego, gdyż nie ma wpływu na ponoszone przez niego wydatki, bowiem Zamawiający w ogóle ich nie ponosi.
- 14) Jak wskazywano w orzecznictwie części Zespołów Arbitrów, Sądów Okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, jeżeli upłynął termin rozpoczęcia świadczenia, to umowę można było zawrzeć np. w oparciu o przepis art. 144 ust. 1 (przed nowelizacją ustawy z dnia 4 września 2008 r.) rozumując analogicznie, jak rozumował Sąd Okręgowy w Nowym Sączu (przytoczony wyżej fragment postanowienia Sądu). Inna możliwość wynikała (także przed nowelizacją ustawy z dnia 4 września 2008 r.) z przepisu art. 140 ust. 2, który dopuszczał zmianę sposobu świadczenia przed zawarciem umowy w okolicznościach określonych tym przepisem. Z dniem 24 października uchylony został przepis art. 140 ust. 2, a przepis art. 144 ust. 1 uzyskał istotnie odmienną treść. Należy však zwrócić uwagę, że nowe brzmienie art. 144 ust. 1 wynika z zastrzeżeń Komisji Europejskiej dotyczących zmiany umowy w sytuacji, gdy jest to korzystne dla zamawiającego, a także w sytuacji, gdyby doszło do zwiększenia wielkości lub zakresu zamówienia (art. 1 pkt 40 projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, oraz uzasadnienie projektu, druk sejmowy Nr 471). Ostatecznie uchwalony tekst art. 144 ust. 1 nowelizacji ustawy różni się od przedłożenia rządowego i choć wydaje być się bardziej "przyjazny" dla zamawiających, to jednak nie może mieć zastosowania do zmiany postanowień

zawartej umowy w zakresie zmiany terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia, w przypadku późniejszego zawarcia umowy. Przepis dopuszcza zmianę postanowień zawartej umowy w sytuacji, gdy „zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz gdy określił warunki takiej zmiany”. Pomijając interpretację przepisu art. 144 ust. 1 i ewentualne zastosowanie do niego interpretacji takiej, jaką zastosował SO w Nowym Sączu, warunki zmiany, o których mowa w przepisie, muszą dotyczyć zmiany postanowień zawartej umowy. Możliwe jest określenie warunku, pod którym nastąpiłaby zmiana umownego terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia, ale warunkiem takiej zmiany – w sytuacji, gdy odnosi się on do już zawartej umowy – nie może być opóźnienie zawarcia umowy, skoro umowa już została zawarta. Innymi słowy, zamawiający nie może w SIWZ napisać: „dopuszcza się zmianę określonego w zawartej umowie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia w przypadku, gdy umowa zostanie zawarta w terminie późniejszym niż określony w SIWZ”. Lub jeszcze inaczej: zmiana już określonego w umowie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia nie może zależeć od tego, kiedy umowa została zawarta. Sam termin rozpoczęcia realizacji zamówienia może zależeć od terminu zawarcia umowy, ale jego zmiana już nie. A ponieważ przepis art. 144 ust. 1 mówi o zmianie postanowień zawartej umowy, nie zaś o zmianie postanowień umowy (jak to miało miejsce w stosunku do sposobu spełnienia świadczenia w uchylonym art. 140 ust. 2), zatem niemożność określenia warunku, pod którym mogłaby nastąpić zmiana terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia oznacza, że nie można w tej sytuacji zastosować interpretacji, jaką zastosował SO w Nowym Sączu. Tymczasem odnosząc się do art. 144 Zamawiający pisze „Aktualne brzmienie tego przepisu wyklucza taką możliwość, jeśli zamawiający nie umieścił stosownych zapisów w ogłoszeniu lub SIWZ – a z tą sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu”. Należy zatem zauważyć, że istotnie Zamawiający nie zawarł ani w ogłoszeniu ani w SIWZ „stosownych zapisów”, co jednak, jak zostało wyżej wykazane, nie ma żadnego znaczenia, gdyż i tak nie mógł ich zawrzeć w ogłoszeniu lub w SIWZ. Nie ten przepis bowiem i nie te postanowienia dają możliwość zawarcia ważnej umowy, ale przesłanki wskazane wyżej.

- 15) Odwołujący oferował rozpoczęcie wykonywania świadczenia od dnia 31 stycznia 2009 r., z czego jednak nie wynika, że nie był (i nie jest dalej) gotowy wykonywać bankowej obsługi budżetu Zamawiającego od dnia późniejszego. Nie powtarzając argumentów podniesionych wyżej, świadczących o woli Odwołującego zawarcia umowy i świadczenia usługi, należy jedynie dodać, że Odwołujący złożył ofertę z terminem

związania do dnia 27 lutego 2009 r., że przystąpił w dniu 26 stycznia 2009 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez ING Bank Śląski S.A. mając świadomość, że ostateczne rozstrzygnięcie protestu nastąpi po dniu 31 stycznia 2009 r., oraz że w dniu 17 lutego 2009 r. przedłużył termin związania swą ofertą oraz przedłużył ważność wadium. Z kolei o woli zawarcia przez Zamawiającego umowy w terminie późniejszym, z datą rozpoczęcia świadczenia usługi późniejszą niż 31 stycznia 2009 r., oprócz argumentów wskazanych wyżej, świadczy choćby to, że dwukrotnie, po raz pierwszy na okres jednego miesiąca, udzielił Odwołującemu zamówienia z wolnej ręki zakładając, że po upływie tego okresu zawrze umowę z terminem świadczenia usługi do dnia 31 stycznia 2013 r. Z drugiej strony zawierając umowę "na styk" (także kolejną) udowodnił, że bankowa obsługa budżetu musi być świadczona nieprzerwanie. Należy także zauważyć, że termin wykonania zamówienia nie stanowił kryterium oceny ofert, więc nie mógł mieć wpływu na wynik postępowania.

Mając na uwadze wskazane wyżej przez Odwołującego argumenty przeciwko unieważnieniu postępowania na mocy przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, poparte przywołanym orzecznictwem, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Istotą postępowania o udzielenie zamówienia jest, jak nawet sama nazwa to wskazuje, dążenie do udzielenia zamówienia, a nie unieważnienie postępowania. Skoro nie ma przeszkód do zawarcia ważnej umowy, a zdaniem Odwołującego zostało to wyżej wykazane, to niezrozumiałe jest dlaczego Zamawiający unieważniając postępowanie de facto uchyla się od zawarcia umowy. Działanie to jest tym bardziej niezrozumiałe, że Odwołujący wyraża gotowość zawarcia umowy, a zaoferowane warunki wykonywania bankowej obsługi budżetu Zamawiającego są dla Zamawiającego nie tylko korzystne (najkorzystniejsze ze wszystkich zaoferowanych w postępowaniu), ale nad wyraz korzystne, gdyż Odwołujący tak skalkulował parametry swej oferty, by sam uzyskując godziwy zysk, dać Zamawiającemu najwyższe możliwe oprocentowanie rachunków i lokat, jakiego żaden inny bank praktycznie zaoferować nie jest w stanie. Z kolei wszystkie dotychczasowe działania Zamawiającego (z wyjątkiem unieważnienia postępowania) wskazują, że termin 31 stycznia 2009 r. można zmienić tak, aby zawrzeć ważną umowę, a postępowanie nie jest obarczone żadną wadą, tym bardziej wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

W tej sytuacji wniosek o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania jest zasadny. Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a unieważniając postępowanie Zamawiający pozbawia Odwołującego uzyskania zamówienia.

Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia i ofertę odwołującego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania odwoławczego okoliczności faktyczne sprawy nie są sporne – strony przyznają, iż według ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiot zamówienia, tj. usługa obsługi bankowej budżetu województwa miała być wykonywana w terminach od 31.01.2009 r. do 31.12.2013. Bezsporne jest również, iż zamawiający ostatecznie rozstrzygnął protest dotyczący czynności wyboru najkorzystniejszej oferty już po upływie dnia wskazanego jako początek wykonywania umowy.

Natomiast strony odmiennie oceniają konsekwencje prawne zaistniałych okoliczności oraz wywodzą z powyższego różne skutki prawne. W ocenie zamawiającego konieczne jest w takiej sytuacji unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jako prowadzącego do zawarcia umowy nieważnej na podstawie art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego. Wykonawca zaś dowodzi braku w ustawie podstaw prawnych dla unieważnienia postępowania w oparciu o tego typu uzasadnienie faktyczne oraz podnosi możliwość zawarcia umowy z inaczej określonymi terminami realizacji.

Skład orzekającego Izby, rozpatrując argumenty stron, podzielił stanowisko odwołującego, poparte szeregiem wymienionych w opisie stanu faktycznego wyroków KIO i sądów okręgowych, co do interpretacji dyspozycji art. 93 ust. 2 pkt 7 Pzp, który posłużył jako podstawa unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W odniesieniu do powyższego stwierdzić należy, iż według powołanego przepisu unieważnia się postępowanie, gdy obarczone jest (to postępowanie) wadą skutkującą niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak słusznie wskazuje odwołujący w ślad za powoływanym orzecznictwem, przesłanka unieważnienia postępowania pomieszczona w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp składa się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada

postępowania) – w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. I po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Naruszenia przepisów dotyczących postępowania, które skutkują nieważnością umowy zostały enumeratywnie wymienione w punktach od 1 do 7 ust. 1 art. 146 ustawy. Innych wad postępowania skutkujących niemożliwością zawarcia ważnej umowy ustawa nie przewiduje. Wyrażone w ust. 1 art. 146 ustawy zastrzeżenie zastosowania odrębnych przepisów oznacza, że w innych regulacjach mogły zostać przewidziane odmienne przesłanki nieważności umowy – nie wymienione w ustawie oraz nie związane z naruszeniem przepisów ustawy stosowanych w trakcie postępowania. Tego typu przesłanką jest np. nieważność umowy na podstawie art. 387 § 1 Kc, która z pewnością nie może zostać zakwalifikowana jako wada postępowania.

W związku z powyższym stwierdzić należy, iż wystąpienie wady samej umowy powodujące jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów, a nie w związku z wystąpieniem wady postępowania skutkującej nieważnością umowy (art. 146 ust. 1 pkt 1-7 ustawy), nie wypełnia dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp i nie uprawnia do jego zastosowania. Natomiast twierdzenie, iż wada umowy wynikająca z odrębnych przepisów oznacza jednocześnie wadę postępowania, jest w świetle powyższych rozważań błędne i co najwyżej, może być traktowane jako nie do końca trafny skrót myślowy.

Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia stanowi zobowiązanie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia, z którego zwolnić może jedynie zajście wskazanych w ustawie lub odrębnych przepisach okoliczności. Z powyższym związana jest ścisła interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania wyliczonych enumeratywnie w art. 93 ust. 1 pkt 1-7 ustawy. W przypadku niemożliwości ich zastosowania i jednoczesnym wystąpieniu sytuacji, w której zamawiający uchyła się od zawarcia umowy z powodu wystąpienia z jego nawet nieumyślnej winy, takiej sytuacji, w której zawarcie ważnej umowy stało się niemożliwe, zamawiający powinien liczyć się ze wszelkimi konsekwencjami nie wywiązania się z zobowiązania (do zawarcia umowy) lub doprowadzenia do sytuacji, w której wywiązanie się z zobowiązania stało się niemożliwe. Na przykład o ile można spodziewać się, że próba sądowego przymuszenia do zawarcia umowy nieważnej z mocy prawa, nieskuteczna, to istnieje wysokie prawdopodobieństwo poniesienia przez zamawiającego odpowiedzialności odszkodowawczej na rzecz wykonawcy, który mógł liczyć na zawarcie umowy, do którego z winy zamawiającego nie doszło.

Przed wszystkim, w ocenie składu orzekającego Izby, w przedmiotowym przypadku nie doszło do powstania sytuacji, w której niemożliwe jest zawarcie ważnej umowy w sprawie

zamówienia. Zamawiający wcale nie stoi przed alternatywą zawarcia nieważnej umowy „z datą wsteczną” albo złamania przepisów ustawy, które w jego opinii mają mu odmienne działanie uniemożliwiać (art. 87 ust. 1 i art. 140 ust. 1). W świetle obowiązujących przepisów, zawarcie umowy w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania pomimo faktu, iż termin oznaczony jako dzień rozpoczęcia wykonywania usługi obsługi bankowej budżetu województwa już upłynął, jest możliwe i dopuszczalne.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż art. 140 ust. 3 przewiduje sankcję nieważności umowy w stosunku do jej części wykraczającej poza zakres przedmiotu zamówienia określony w siwz, natomiast brak takiej sankcji w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia. Sytuację taką należy rozpatrywać w świetle ewentualnego naruszenia normy art. 140 ust. 1 ustawy, który stanowi, iż zakres świadczenia wynikający z umowy jest tożsamy z zakresem zobowiązania wykonawcy zawartym w ofercie. Następnie zaś odnieść i zbadać wagę i stopień naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ustawy, tj. zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, do których naruszenie art. 140 ust. 1 może prowadzić.

Wagę naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ich wpływu na wynik postępowania należy rozpatrywać indywidualnie, w kontekście specyficznych okoliczności każdej sprawy. W przedmiotowej sprawie, w przypadku zawarcia umowy na świadczenie usług ciągłych w okresie krótszym niż był przewidywany nie dochodzi do ograniczenia zakresu świadczeń ani tym samym, do naruszenia zasad konkurencji.

Zakres świadczeń ze strony wykonawcy w ich aspekcie rzeczowym nie zostaje ograniczony – bank zobowiązany jest do wykonywania wszystkich usług wymaganych w siwz, do których zobowiązał się w ofercie. Nie zostaje zmieniony również zakres świadczeń finansowych zamawiającego wynikających z realizacji i rozliczenia umowy. Cena podana w ofercie i wyliczona na podstawie wymagań siwz, nie jest ceną którą zamawiający będzie musiał zapłacić czy w rzeczywistości zapłaci w wyniku wykonania i rozliczenia umowy, ale jest to cena służąca do porównania ofert, której elementy składowe następnie posłużą do wyliczenia zapłaty za rzeczywiście wykonywane usługi. W omawianym przypadku nie mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym z całym okres wykonywania usług, co mogłoby powodować, iż ze względu na ściśle związanie zapłaty z czasem obowiązywania umowy, każda zmiana okresu świadczenia niejako automatycznie powinna zostać uznana za zmianę jego zakresu. Przeciwnie, w związku ze sposobem określenia świadczeń pieniężnych zamawiającego za poszczególne elementy usług bankowych, możliwe jest wyliczenie i zapłacenie wynagrodzenia umownego z tytułu wykonywanych świadczeń banku bez

konieczności dokonywania wyjaśnień czy prowadzenia negocjacji w sprawie oferty nawet w przypadku późniejszego rozpoczęcia świadczeń niż był przewidywany w siwz.

Reasumując, w opinii Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu możliwe jest zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia, z oznaczeniem terminu wykonywania świadczeń - tak jak postuluje odwołujący - od dnia jej zawarcia.

Izba pozostawiła poza zakresem rozpoznania zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy. Ewentualne naruszenie tego przepisu przez zamawiającego nie ma wpływu na wynik postępowania – o legalności czynności unieważnienia postępowania decyduje rzeczywiste wystąpienie przesłanek dokonania czynności, a nie jakość i zakres jej uzasadnienia.

W związku z powyższym zarzuty w tym zakresie podlega oddaleniu na podstawie art. 191 ust. 1 a ustawy, według którego Izba uznaje odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy mające wpływ na wynik postępowania – ustawodawca nie przewidział możliwości zaskarżania naruszeń przepisów innych niż wyżej wymienione.

Na marginesie rozważań wskazać należy, iż zgodnie z art. 191 ust. 5 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza nie może nakazać zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Ryzykiem i sprawą zamawiającego jest podjęcie decyzji, co do uchylenia się od zawarcia umowy pomimo braku formalnego unieważnienia postępowania, przy świadomości konsekwencji prawnych związanych z tego typu zaniechaniem.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Uwzględniono koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....