

Sygn. akt: KIO/UZP 25/08

**WYROK**  
**z dnia 04 lutego 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Dagmara Gałczewska-Romek

**Członkowie:** Barbara Bettman  
Magdalena Grabarczyk

**Protokolant:** Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie\* w dniu ~~1 w dniach~~\* 04.02.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: IBCOL Polska Sp. z o.o., SCHIEBEL Elektronische Geraete GmbH; Warszawa, ul. Rumiana 86** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, Warszawa, ul. Nowowiejska 26A** protestu / protestów\* z dnia 27.12.2007r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i unieważnia czynność unieważnienia postępowania.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, Warszawa, ul. Nowowiejska 26A**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: IBCOL Polska Sp. z o.o., SCHIEBEL Elektronische Geraete GmbH; Warszawa, ul. Rumiana 86**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 0 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, Warszawa, ul. Nowowiejska 26A** na rzecz **Konsorcjum: IBCOL Polska Sp. z o.o., SCHIEBEL Elektronische Geraete GmbH; Warszawa, ul. Rumiana 86**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego
- 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 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: IBCOL Polska Sp. z o.o., SCHIEBEL Elektronische Geraete GmbH; Warszawa, ul. Rumiana 86**

### **U z a s a d n i e**

Zamawiający - Agencja Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26A w Warszawie, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę lekkich przenośnych wykrywaczy min. Pismem z dnia 20 grudnia 2007 roku (nr 10474) Zamawiający poinformował Wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, powołując się na przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. 2007, Nr 223, poz. 1655). W uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji Zamawiający stwierdził, że postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy z uwagi na upływ terminu realizacji zamówienia, określony w SIWZ i ofertach Wykonawców. Pismem z dnia 27 grudnia 2007 roku czynność ta została oprotestowana przez konsorcjum Firm - IBCOL Polska Sp. z o.o. oraz SCHIEBEL Elektronische Geraete GmbH. Protestujący zarzucił Zamawiającemu bezpodstawne

unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Protestującego upływ terminu realizacji zamówienia nie stanowi o wadzie postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Za świadczenie niemożliwe, o którym mowa w art. 387 § 1 k.c. należy zaś uznać świadczenie niemożliwe obiektywnie i bezwzględnie do spełnienia. W ocenie Protestującego dostawa lekkich wykrywaczy min, mimo upływu terminu realizacji określonego w ofercie, jest nadal obiektywnie możliwa do spełnienia, tym bardziej że Zamawiający zamierza ogłosić kolejne postępowanie w tym przedmiocie zamówienia. Ponadto w przypadku zamówień publicznych, których przedmiotem jest dostawa istnieje możliwość zastosowania normy art. 140 ust. 2 ustawy pzp, która dopuszcza zmianę sposobu spełnienia świadczenia, a zatem zezwala na zmianę terminu jego realizacji określonego w ofercie Wykonawcy.

Zamawiający pismem z dnia 4.01.2008 roku przedmiotowy protest oddalił. W ocenie Zamawiającego upływ terminu realizacji zamówienia, określony w ofercie jest zdarzeniem prawnym obarczającym postępowanie wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i wyczerpującym przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. Dodatkowo Zamawiający podniósł, że środki przeznaczone na realizację przedmiotowego zamówienia zostały zaplanowane w programie inwestycyjnym obejmującym rok 2007 i musiały zostać wydane do końca roku 2007. Niewykorzystanie środków w tym roku spowodowało ich obligatoryjny zwrot do budżetu. Wobec tego Zamawiający nie ma możliwości zaciągnięcia zobowiązania, gdyż stanowiłoby to naruszenie przepisów o gospodarce finansowej jednostek sektora finansów publicznych. Zamawiający przywołał na potwierdzenie tej okoliczności wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 25 stycznia 2007 (sygn. UZP/ZO/0-67/07), który został podtrzymany przez Sąd Okręgowy w Warszawie.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wniósł dnia 9.01.2008 roku odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty określone w proteście i wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Ponadto Odwołujący wskazał, że argument przedstawiony przez Zamawiającego w odpowiedzi na protest dotyczący braku środków na realizację zamówienia jest nowym argumentem, którego Zamawiający nie podał jako przyczyny unieważnienia postępowania, zaś Odwołujący nie miał możliwości ustosunkować się do niego w proteście. Zatem Odwołujący wnosi o nie rozpatrywanie tego argumentu przez Krajową Izbę Odwoławczą. Dodatkowo zauważa, że okoliczność zwrotu środków do budżetu państwa nie jest okolicznością skutkującą niemożliwością sfinansowania zamówienia z powodu braku środków na jego realizację, bowiem Zamawiający otrzyma w tym roku nowe środki na realizację przedmiotowego zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 i art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy pzp.

**Na podstawie akt sprawy oraz oświadczeń stron złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza zważyła i ustaliła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 21 września 2007 roku Zamawiający – Agencja Mienia Wojskowego ogłosił postępowanie na dostawę lekkich wykrywaczy min, otwarcie ofert miało miejsce dnia 15 listopada 2007 roku. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej dnia 3 grudnia 2007 roku, o czym poinformował Wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Czynność ta została oprotestowana w dniu 10 grudnia 2007 roku.

Pismem z dnia 20 grudnia 2007 roku Zamawiający poinformował o rozstrzygnięciu protestu i unieważnieniu przedmiotowego postępowania, powołując się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający powołał się na upływ terminu realizacji zamówienia określony w SIWZ i ofertach, przez co w jego ocenie świadczenie stało się niemożliwe do realizacji.

Zgodnie z pkt III.1 SIWZ realizacja przedmiotowego zamówienia miała odbywać się sukcesywnie, nie później jednak niż w terminie do 14 grudnia 2007 roku. Wykonawcy, składający oferty w tym postępowaniu zadeklarowali realizację zamówienia w wymaganym przez Zamawiającego terminie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla, że przesłanki unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, określone w art. 93 ustawy pzp należy interpretować ściśle. Przepis art. 97 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, na który powołuje się Zamawiający może mieć zastosowanie w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne. Należy zatem zauważyć, że 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. 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.

Niemożliwość świadczenia, o której mowa w art. 387 k.c. musi mieć charakter obiektywny, pierwotny oraz nieprzemijający.

W zaistniałym stanie faktycznym niemożliwość świadczenia nie ma jednak charakteru nieprzemijającego, gdyż można ją usunąć poprzez zmianę terminu realizacji zamówienia, skutkiem czego świadczenie stanie się możliwe do realizacji. Możliwość taką stwarza przepis

art. 140 ust. 2 ustawy pzp., który zezwala w szczególnie uzasadnionych przypadkach na zmianę sposobu spełnienia świadczenia jeszcze przed zawarciem umowy. Warunkiem dokonania zmian zgodnie z przywołanym przepisem ustawy jest konieczność wykazania, że zaistniały okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty bądź proponowane zmiany są dla Zamawiającego korzystne.

Przepis art. 144 ustawy pzp zezwala na dokonanie zmian po zawarciu umowy. Skoro bowiem ustawa dopuszcza zmiany umowy już zawartej, to tym bardziej można zmienić zapisy przyszłej umowy w stosunku do treści oferty, pod warunkiem oczywiście wykazania okoliczności określonych w przepisie art. 140 ust. 2 ustawy pzp.

Skład orzekający Izby może orzekać wyłącznie w granicach zarzutów i wniosków zawartych w proteście i odwołaniu. Ocenie składu w tym postępowaniu odwoławczym została poddana wyłącznie okoliczność czy zaistniały przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. Należy podkreślić, że okoliczność braku środków na realizację zamówienia w związku z upływem roku kalendarzowego nie stanowiła uzasadnienia faktycznego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp., gdyż nie była okolicznością przywołaną w uzasadnieniu unieważnienia postępowania.

Okoliczność ta została przez Zamawiającego podniesiona dopiero w rozstrzygnięciu protestu i w trakcie rozprawy. W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Zamawiający nie wykazał, że nie posiada środków na realizację przedmiotowego zamówienia. Jak przyznał sam w trakcie rozprawy, w planie finansowym na bieżący rok budżetowy został ujęty zakup lekkich wykrywaczy min i zostały zabezpieczone środki finansowe na realizację tego zamówienia.

Dodatkowo należy wskazać, że w oparciu o wzór umowy, stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ, biorąc pod uwagę termin realizacji zamówienia przypadający na 14 grudnia 2007 roku, płatność i tak przypadałaby na rok 2008. W ocenie składu Izby ustalenia te, świadczą o tym, że Zamawiający dopuszczał możliwość realizacji zamówienia w roku 2008.

Zatem nie znajduje potwierdzenia okoliczność, którą przywołuje Zamawiający, dotycząca braku środków na realizację zamówienia w związku z upływem roku kalendarzowego.

W ocenie składu Krajowej Izby Odwoławczej, skoro w przedmiotowym postępowaniu złożono ważne oferty, to niecelowe i nieekonomiczne jest ponowne ogłaszanie postępowania w tym samym przedmiocie zamówienia.

Należy dodać, że zgodnie z art. 191 ust 5 ustawy pzp., Izba nie może nakazać zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że w przedmiotowym postępowaniu brak było podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*