

Sygn. akt: KIO 269/22

## WYROK

z dnia 15 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę Eco5tech Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Olsztyn

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Sygn. akt: KIO 269/22

## Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Olsztyn prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług nadzoru inwestorskiego nad realizacją umów na roboty budowlane i dostawy wyposażenia obiektu, realizowanego w ramach zadania pn. "Przebudowa i rozbudowa hali widowiskowo-sportowej Urania w Olsztynie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 maja 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 098-256405.

I. W dniu 31 stycznia 2022 r. wykonawca Eco5tech Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na: unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3, art. 255 pkt 5 oraz art. 257 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) (dalej jako „ustawa Pzp”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 257 ustawy Pzp poprzez bezzasadne unieważnienia postępowania w oparciu o ww. przepis, pomimo że nie zaistniały przesłanki do zastosowania przedmiotowego przepisu tj. zamawiający otrzymał środki, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zatem nie zostały spełnione wszystkie przesłanki unieważnienia postępowania w oparciu o ww. podstawę prawną;
2. art. 255 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania w oparciu o ww. przepis, pomimo że nie wystąpiła przesłanka pozwalająca zamawiającemu na unieważnienie postępowania, tj. nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć; bowiem wszelkie okoliczności zamówienia były zamawiającemu znane przed wszczęciem postępowania;
3. art. 255 pkt 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne unieważnienie postępowania w oparciu o ww. przepis, chociaż oferta odwołującego jest niższa od kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację zamówienia tj. 3.800.000,00 zł brutto, gdyż wynosi 3.552.101,24 zł brutto, zaś oferta Eko5tech S.A. nie podlega odrzuceniu.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

II. Pismem wniesionym w dniu 14 lutego 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Pismem z dnia 21 stycznia 2022 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania z dnia 25 października 2021 r. oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 257 ustawy Pzp, art. 255 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Na wstępie należy wyjaśnić, że celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast unieważnienie postępowania należy traktować jako wyjątkowy sposób zakończenia prowadzenia tej procedury przez zamawiającego. Zamawiający obowiązany jest wykazać zaistnienie przesłanek uprawniających go do unieważnienia prowadzonego postępowania. Oceny legalności tej czynności dokonuje się w świetle uzasadnienia przedstawionego przez zamawiającego w zawiadomieniu o dokonaniu tej czynności. Okoliczności, które nie zostały wskazane w uzasadnieniu przedstawionym przez zamawiającego, nie podlegają ocenie Izby.

Mając na uwadze treść uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania przedstawionego w piśmie z dnia 21 stycznia 2022 r. Izba uznała, że zamawiający nie

wykazał zaistnienia przesłanek uprawniających do dokonania tej czynności.

#### Unieważnienie postępowania na podstawie art. 257 ustawy Pzp.

Uzasadniając unieważnienie postępowania na podstawie art. 257 ustawy Pzp zamawiający

wskazał w szczególności, że podstawą finansowania zamówienia jest budżet Gminy Olsztyn, w tym środki pochodzące z dofinansowania ze środków Unii Europejskiej. Na świadczenie usług nadzoru inwestorskiego nad przebudową Hali Urania (Inżyniera Kontraktu) na wszystkie lata realizacji zaplanowano wydatkowanie 3.800.000 zł. W 2021 r. plan w zakresie całego projektu Hali Urania po stronie wydatków wynosił 27.063.310,80 zł, z czego 398.283,94 zł (w tym 275.236,87 zł środków z dofinansowania) było przeznaczane na Inżyniera Kontraktu. Rzeczywiste wykonanie planu wyniosło 18.665.44,16 zł, w tym na Inżyniera Kontraktu 0 zł. Zgodnie z zasadą „roczności budżetu” środki niewykorzystane przepadają. W dniu 15 grudnia 2021 r. została podjęta uchwała Rady Miasta Olsztyna nr XL/669/21 w sprawie budżetu Miasta Olsztyna na 2022 rok, w której na rok 2022 nie zaplanowano zwiększenia wydatkowania środków na świadczenie usług nadzoru inwestorskiego nad przebudową Hali Urania. Czynności, które pierwotnie miał wykonywać Zespół Inżyniera Kontraktu wykonywane są przez pracowników Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta Olsztyna. Znaczna część świadczenia Inżyniera Kontraktu nie dość, że została już zrealizowana w inny sposób, to została opłacona w formie wynagrodzenia pracowników, w tym stosownych dodatków. Niemożliwe jest spełnienie przez Inżyniera Kontraktu całości umówionego świadczenia, jak również niemożliwe jest dokonanie zapłaty wynagrodzenia, które przewidziane zostało za całość nadzoru (od rozpoczęcia robót do ich zakończenia) oraz w części proporcjonalnie do tzw. przerobu wykonawcy robót, który już w części został wykonany. Nie jest również możliwe sfinansowanie wynagrodzenia wykonawcy z funduszy Unii Europejskiej, ponieważ oznaczałoby to automatycznie nieprawidłowość w rozumieniu wydatkowania środków unijnych. Nieuzasadniony wydatek będzie miał miejsce w sytuacji, w której wykonawca miałby otrzymać całość wynagrodzenia pierwotnie przewidzianego za realizację całego zakresu nadzoru, ale wykonałby - z przyczyn obiektywnych - jedynie jego część. Zdaniem zamawiającego udzielenie zamówienia spowoduje utratę dofinansowania Unii Europejskiej (korekta finansowania, pomniejszenie dofinansowania).

Zgodnie z przepisem art. 257 ustawy Pzp zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w: 1) ogłoszeniu o zamówieniu - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego albo 2) zaproszeniu do negocjacji - w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

Jak wynika z przywołanego powyżej przepisu unieważnienie postępowania na tej podstawie prawnej może mieć miejsce w sytuacji, w której środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane (a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przez zamawiającego uprzednio przewidziana). Wyłącznie zaistnienie tej okoliczności uprawnia zamawiającego do unieważnienia postępowania i pod tym kątem należy oceniać uzasadnienie dokonania tej czynności przedstawione przez zamawiającego. Mając to na uwadze Izba uznała, że takie okoliczności jak wykonanie części świadczenia przez pracowników Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta Olsztyna oraz prawdopodobieństwo stwierdzenia nieprawidłowości w wydatkowaniu środków z funduszy Unii Europejskiej nie mają znaczenia dla oceny zaistnienia ww. podstawy unieważnienia postępowania. Regulacja art. 257 ustawy Pzp nie odwołuje się do tego rodzaju okoliczności.

Izba uznała, że zamawiający nie wykazał w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 257 ustawy Pzp, że zaistniała sytuacja nieprzyznania mu środków publicznych, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia.

Podstawą finansowania zamówienia jest budżet Gminy Olsztyn, w tym środki pochodzące z dofinansowania ze środków Unii Europejskiej. Jak wynika z zawiadomienia o unieważnieniu postępowania środki na realizację przedsięwzięcia „Przebudowa i rozbudowa Hali widowiskowo-sportowej Urania w Olsztynie” zostały wprowadzone do budżetu Miasta Olsztyna w dniu 29 kwietnia 2020 r. uchwałą nr XX/342/20 w sprawie zmiany Wieloletniej Prognozy Finansowej oraz uchwałą XX/342/20 w sprawie zmiany uchwały w sprawie budżetu Miasta Olsztyna na 2020 rok. Wprowadzono wówczas środki na roboty budowlane, środki trwałe, promocję i nadzór w projekcie. Umowa o dofinansowanie projektu

„Przebudowa i rozbudowa hali widowiskowo-sportowej Urania w Olsztynie” z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego została podpisana w dniu 31 grudnia 2020 r. W związku z wyższymi ofertami na wykonanie robót budowlanych, na sesji Rady Miasta w dniu 28 kwietnia 2021 r. uchwałą XXXIII/545/21 w sprawie zmiany uchwały w sprawie budżetu Miasta Olsztyna na 2021 rok oraz uchwałą nr XXXIII/546/21 w sprawie zmiany Wieloletniej Prognozy Finansowej, zwiększono środki na realizację zadania w zakresie robót budowlanych. W dniu 15 grudnia 2021 r. została podjęta uchwała Rady Miasta Olsztyna nr XL/669/21 w sprawie budżetu Miasta Olsztyna na 2022 rok, w której na rok 2022 nie zaplanowano zwiększenia wydatkowania środków na świadczenie usług nadzoru inwestorskiego nad przebudową Hali Urania.

Z informacji przedstawionych przez zamawiającego wynika zatem, że środki z budżetu Unii Europejskiej zostały mu przyznane, natomiast uprawnienie do wydatkowania części środków przewidzianych w budżecie Gminy Olsztyn wygasło w związku z niewykorzystaniem ich w roku budżetowym 2021, a w uchwale Rady Miasta Olsztyna w sprawie budżetu Miasta Olsztyna na 2022 rok nie zaplanowano na ten rok zwiększenia wydatkowania środków na świadczenie usług nadzoru inwestorskiego nad przebudową Hali Urania. Podstawa unieważnienia postępowania uregulowana w art. 257 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w której środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane. W ocenie składu orzekającego Izby z ww. przepisu wynika, że chodzi o sytuację, w której środki finansowe nie zostały mu przyznane przez inny podmiot, a nie sytuację, w której sam zamawiający nie przewidział środków na sfinansowanie zamówienia. Należy zatem zauważyć, że zamawiającym w niniejszej sprawie jest Gmina Olsztyn, natomiast organem stanowiącym i kontrolnym w gminie jest rada gminy - art. 15 ust. 1, z zastrzeżeniem art. 12 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1372, ze zm.) (dalej jako „usg”) - nosząca nazwę miejskiej w przypadku, gdy siedziba rady gminy znajduje się w mieście położonym na terytorium tej gminy (art. 15 ust. 2 usg). Zgodnie z art. 51 ust. 1 usg gmina samodzielnie prowadzi gospodarkę finansową na podstawie uchwały budżetowej gminy. Zgodnie z art. 18 ust. 2 pkt 4 usg do wyłącznej właściwości rady gminy należy m.in. uchwalanie budżetu gminy. Uchwały Rady Miasta Olsztyn w sprawie budżetu Miasta Olsztyn należy zatem traktować jako decyzje zamawiającego, a nie innego podmiotu. W związku z tym Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, aby nieprzewidzenie w odpowiedniej wysokości na rok 2022 środków finansowych na świadczenie usług nadzoru inwestorskiego nad przebudową Hali Urania, w związku z niewykorzystaniem części środków przewidzianych na rok 2021, wynikało z nieprzyznania zamawiającemu środków publicznych przez inny podmiot.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 257 ustawy Pzp.

#### Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadniając unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający wskazał w szczególności, że umowa z wykonawcą robót budowlanych w zakresie przebudowy i rozbudowy hali widowiskowo-sportowej Urania została podpisana 24 czerwca 2021 r. Obecnie upłynęło blisko 7 miesięcy realizacji umowy. Nadzór nad robotami budowlanymi realizowany jest przez pracowników Urzędu. Znaczna część świadczenia Inżyniera Kontraktu nie dość, że została już zrealizowana w inny sposób, to została opłacona w formie wynagrodzenia pracowników Wydziału Inwestycji oraz stosownych dodatków. Niemożliwe jest spełnienie przez Inżyniera Kontraktu całości umówionego świadczenia, jak również niemożliwe jest dokonanie zapłaty wynagrodzenia, które przewidziane zostało za całość nadzoru (od rozpoczęcia robót do ich zakończenia) oraz w części proporcjonalnie do tzw. przerobu wykonawcy robót, który już w części został wykonany. Nie jest również możliwe sfinansowanie wynagrodzenia wykonawcy z funduszy Unii Europejskiej, ponieważ oznaczałoby to automatycznie nieprawidłowość w rozumieniu wydatkowania środków unijnych. Nieuzasadniony wydatek będzie miał miejsce w sytuacji, w której wykonawca miałby otrzymać całość wynagrodzenia pierwotnie przewidzianego za realizację całego zakresu nadzoru, ale wykonałby - z przyczyn obiektywnych - jedynie jego część. Zamawiający wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego uległo znacznemu przedłużeniu wskutek okoliczności niezależnych od zamawiającego, w szczególności polegających na konieczności procedowania oferty wykonawcy najwyżej ocenionego.

Zgodnie z przepisem art. 255 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Przesłanki unieważnienia postępowania wymienione w ww. przepisie muszą zostać spełnione łącznie, tj. brak zaistnienia chociażby jednej z tych przesłanek oznacza, że zamawiający nie jest uprawniony do unieważnienia

postępowania na tej podstawie prawnej.

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający z pewnością nie wykazał zaistnienia przesłanki dotyczącej braku możliwości przewidzenia okoliczności, które w jego ocenie powodują, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp wskazał, że: „Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego uległo znacznemu przedłużeniu wskutek okoliczności niezależnych od Zamawiającego; w szczególności polegających na konieczności procedowania oferty wykonawcy najwyższej ocenionej”. Odnosząc się do tego stwierdzenia należy zauważyć, że okoliczności, które nie zostały wprost podane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, nie podlegają ocenie Izby w postępowaniu odwoławczym. Natomiast „konieczność procedowania oferty wykonawcy najwyższej ocenionej” wynika z przepisów ustawy Pzp. Zatem jest oczywistym, że nie może być w tym przypadku mowy o braku możliwości przewidzenia tej okoliczności.

Dodatkowo należy zauważyć, że jak wskazano w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do art. 255 pkt 5 ustawy Pzp (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. H. Nowaka i M. Winiarza, str. 766): „Interes publiczny nie może być utożsamiany z

indywidualnym interesem zamawiającego (przypis 227 - Por. wyrok SO w Gliwicach z 10 listopada 2005 r., III Ca 855/05, niepubl.). O tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, nie przesądza wyłącznie możliwość zmniejszenia wydatków w wyniku samodzielnego wykonania zamówienia przez zamawiającego (przypis 228 - Por. wyrok SO w Nowym Sączu z 22 września 2009 r., III Ca 418/09, LEX nr 532695) albo brak środków finansowych na realizację zamówienia. Dodatkowo nie można co do zasady traktować tych okoliczności jako nieprzewidywalnych, skoro zamawiający powinien przed wszczęciem postępowania dokonać analizy swoich potrzeb (art. 83 Pzp) oraz oszacować z należytą starannością wartość zamówienia (art. 28 Pzp).”

Ponadto, zamawiający nie wykazał, że wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia nastąpiło we właściwym czasie, jak i nie wykazał odpowiedniej koordynacji z przeprowadzeniem postępowania i udzieleniem zamówienia na wykonanie robót budowlanych w zakresie przebudowy i rozbudowy hali widowiskowo - sportowej Urania.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek uprawniających go do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp.

#### Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Uzasadniając unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający przytoczył argumentację przedstawioną uprzednio w uzasadnieniu unieważnienia postępowania z dnia 25 października 2021 r. Ww. czynność zamawiającego podlegała ocenie Izby w sprawie KIO 3259/21. W związku z zaskarżeniem wyroku Izby z dnia 19 listopada 2021 r. ww. sprawa została poddana pod rozpoznanie Sądu Okręgowego w Warszawie.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że nie jest uprawniona do ponownego rozpoznania unieważnienia postępowania na ww. podstawie prawnej.

Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację Izba uznała, że dowody przedstawione przez zamawiającego (stanowiące załączniki do odpowiedzi na odwołanie) nie mają istotnego znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, tj. nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Rozstrzygnięcie Izby należy odnosić do czynności unieważniania postępowania w zakresie poddanym pod rozpoznanie Izby, tj. w odniesieniu do podstawy wskazanej w art. 257 oraz art. 255 pkt 5 ustawy Pzp. Izba nie dokonywała oceny unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż unieważnienie postępowania na tej podstawie i w odniesieniu do okoliczności wskazanych w uzasadnieniu zamawiającego zostało już poddane pod rozpoznanie Izby (KIO 3259/21), a następnie Sądu Okręgowego w Warszawie. W związku z tym Izba nie

uwzględniła żądania odwołującego nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego, gdyż legalność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp zostanie rozstrzygnięta wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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: