

**WYROK**

Warszawa, dnia 6 czerwca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodnicząca: Maria Kacprzyk  
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2024 r. przez wykonawcę FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Koluszki

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez: zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

**Sygn. akt: KIO 1721/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Koluszki, prowadzi w podstawowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „*Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Koluszki*”; znak sprawy: OPZ 271.44.(19).2024, dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 87/2024 (nr publikacji ogłoszenia: 265851-2024) w dniu 3 maja 2024 r. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp”.

W dniu 16 maja 2024 roku Odwołujący - FB Serwis z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”), działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wszczęciu i prowadzeniu Postępowania, pomimo że Zamawiający prowadzi już inne postępowanie obejmujące ten sam przedmiot, a także pomimo że Zamawiający nie zabezpieczył wystarczających środków finansowych pozwalających na sfinansowanie zamówienia objętego Postępowaniem, a także wobec zaniechania przez Zamawiającego unieważnienia Postępowania, pomimo ww. okoliczności.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 130 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez wszczęcie i prowadzenie Postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający prowadzi już postępowanie o udzielenie zamówienia w tym samym przedmiocie, obejmujące niemalże tożsamy zakres, tj. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Koluszki*”, nr referencyjny postępowania: OPZ 271.34.(11).2024 (dalej: „Unieważnione Postępowanie”), w trybie przetargu nieograniczonego, dla którego ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 58/2024 (nr publikacji ogłoszenia: 169520-2024), podczas gdy nie jest możliwe zawarcie dwóch umów w sprawie zamówienia publicznego obejmujących ten sam przedmiot, co skutkuje tym, że umowa z jednym z wykonawców, który złożył w jednym z tych postępowań ofertę zawierającą najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert, nie zostanie zawarta, pomimo dokonania wszystkich czynności niezbędnych do wyboru

- przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty, co stanowi istotne naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2)art. 130 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1963 r. Kodeks cywilny („KC”) w zw. z art. 8 ust. 1 KC oraz w zw. z art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych („UFP”) poprzez wszczęcie i prowadzenie Postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający nie zabezpieczył wystarczających środków niezbędnych do sfinansowania zamówienia, podczas gdy z treści art. 46 ust. 1 UFP jednoznacznie wynika, że jednostki sektora finansów publicznych (a do takiej kategorii podmiotów należy zaliczyć zgodnie z art. 9 pkt 2 tej ustawy Zamawiającego – gminę) mogą zaciągać zobowiązania do sfinansowania w danym roku do wysokości wynikającej z planu wydatków lub kosztów jednostki, pomniejszonej o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, inne składki i opłaty obligacyjne oraz płatności wynikające z zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich, z zastrzeżeniem art. 136 ust. 4 i art. 153 UFP, co skutkuje tym, że Postępowanie zostało wszczęte i jest prowadzone przez Zamawiającego, pomimo że nie posiada on zabezpieczonych wystarczających środków finansowych, które pozwoliłyby sfinansować zamówienie a zatem umowa w sprawie zamówienia publicznego nie będzie mogła zostać zawarta, gdyż prowadziłoby to do naruszenia art. 46 ust. 1 UFP, co skutkowałoby nieważnością takiej umowy w świetle treści art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 § 1 KC i co stanowi istotne naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 3)art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 58 § 1 KC, a także w zw. z art. 46 ust. 1 UFP oraz w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania w sytuacji, gdy Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, która polega na:
- a)wszczęciu i prowadzeniu przez Zamawiającego Postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający prowadzi już postępowanie obejmujące ten sam przedmiot, tj. Unieważnione Postępowanie, podczas gdy nie jest możliwe zawarcie dwóch umów w sprawie zamówienia publicznego obejmujących ten sam przedmiot w świetle art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, a także
  - b)wszczęciu i prowadzeniu przez Zamawiającego Postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający nie zabezpieczył wystarczających środków niezbędnych do sfinansowania zamówienia, podczas gdy z treści art. 46 ust. 1 UFP jednoznacznie wynika, że jednostki sektora finansów publicznych (a do takiej kategorii podmiotów należy zaliczyć zgodnie z art. 9 pkt 2 tej ustawy Zamawiającego – gminę) mogą zaciągać zobowiązania do sfinansowania w danym roku do wysokości wynikającej z planu wydatków lub kosztów jednostki, pomniejszonej o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, inne składki i opłaty obligacyjne oraz płatności wynikające z zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich, z zastrzeżeniem art. 136 ust. 4 i art. 153 UFP, co skutkuje tym, że Postępowanie zostało wszczęte i jest prowadzone przez Zamawiającego, pomimo że nie posiada on zabezpieczonych wystarczających środków finansowych, które pozwoliłyby sfinansować zamówienie, a zatem zawarcie umowy w ramach Postępowania w takim przypadku byłoby niezgodne z art. 46 ust. 1 UFP, a także pomimo że Zamawiający prowadzi już postępowanie obejmujące ten sam przedmiot, tj. Unieważnione Postępowanie, a zatem zawarcie umowy w ramach Postępowania byłoby niezgodne z art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, co prowadzi do istotnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania, ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania, o którym mowa powyżej - nakazanie Zamawiającemu odroczenia terminu składania ofert na dzień przypadający po dniu, w którym zamierza rozważyć zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, tj. na dzień przypadający nie wcześniej niż 28 maja 2024 r. Odwołujący wniósł także o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ złożył ofertę w Unieważnionym Postępowaniu, która została sklasyfikowana na pierwszej pozycji, zatem powinna zostać z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego w ramach Unieważnionego Postępowania. Wadliwe wszczęcie i prowadzenie niniejszego Postępowania, a także zaniechanie jego unieważnienia, może uniemożliwić wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i zawarcie umowy w ramach Unieważnionego Postępowania, pomimo że oferta Odwołującego zawiera najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert spośród ofert złożonych w Unieważnionym Postępowaniu, a Unieważnione Postępowanie zostało wszczęte wcześniej, niż Postępowanie i obejmuje tożsamy przedmiot zamówienia. Co do terminu wniesienia odwołania wyjaśnił, że Zamawiający opublikował dokumentację zamówienia w dniu 6 maja

2024 r.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący przytoczył okoliczności wszczęcia Postępowania oraz czynności podejmowanych w Unieważnionym Postępowaniu, jak również zwrócił uwagę, że czynność unieważnienia Unieważnionego Postępowania została przez niego zaskarżona odwołaniem do Izby. Podkreślił, że Postępowanie i Unieważnione Postępowanie są tożsame przedmiotowo. Jedyne różnice pomiędzy tymi postępowaniami dotyczą szacowanej ogółem ilości odpadów, które mają być objęte zamówieniem. Dla Unieważnionego Postępowania – szacowana ilość odpadów ogółem wynosiła 14.010 Mg. Natomiast dla Postępowania wartość ta wynosi 14.050 Mg. Poza tym Postępowanie oraz Unieważnione Postępowanie są identyczne. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający miał świadomość, że obecny budżet zamówienia w ramach Postępowania, jest niewystarczający, o czym świadczy przewidziana przez niego wartość szacunkowa zamówienia. Ponadto wskazał, że wykonawcy nie mogą zaoferować cen poniżej realiów rynkowych (np. na poziomie kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zgodnie z wyjaśnieniem treści SWZ z dnia 14 maja 2024 r. – w kwocie 10 mln 800 tys. zł), gdyż w takim przypadku ich oferta powinna być odrzucona – na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, a także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, z uwagi na możliwość potraktowania takiej oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący przytoczył treść art. 46 ust. 1 UFP, wskazując że skoro Zamawiający twierdzi, że budżet zamówienia wynosi 10 800 000,00 zł (co wynika chociażby z wyjaśnień SWZ z dnia 14 maja 2024 r.), to nie mógłby w zgodzie z treścią art. 46 ust. 1 UFP zawrzeć umowy na kwotę przewyższającą 10 800 000,00 zł, pomimo że Zamawiający ma pełną świadomość, że rynkowa wartość usług stanowiących przedmiot zamówienia znacząco przekracza zabezpieczoną kwotę (co wynika z wyjaśnień treści SWZ z dnia 14 maja 2024 r., orientacyjnej wartości zamówienia określonej w Planie postępowań o udzielenie zamówień na rok 2024, a także z cen ofert w Unieważnionym Postępowaniu). Powyższe zdaniem Odwołującego nie uzasadnia wszczęcia i Prowadzenia Postępowania.

Odwołujący wskazał, że zawarcie umowy w ramach niniejszego Postępowania prowadziło do istotnego naruszenia art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, gdyż uniemożliwiłoby zawarcie umowy z wykonawcą w ramach postępowania, które zostało wszczęte przed Postępowaniem, tj. w ramach Unieważnionego Postępowania. W tym uchybieniu Odwołujący upatruje wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 58 § 1 KC czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Konieczne jest więc unieważnienie Postępowania, gdyż obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy w ramach Postępowania stanowiłoby bowiem istotne naruszenie art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, co w świetle treści art. 58 § 1 KC uniemożliwiłoby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Dodatkowo zdaniem Odwołującego zawarcie umowy w ramach niniejszego Postępowania w ramach rynkowej wartości usług, prowadziło do naruszenia art. 46 ust. 1 UFP, w czym Odwołujący upatruje wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 58 § 1 KC czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Zawarcie umowy powyżej budżetu prowadziło więc do naruszenia art. 46 ust. 1 UFP, zatem umowa byłaby nieważna z uwagi na sprzeczność z tym przepisem, lub z uwagi co najmniej na obejście tego przepisu. Konieczne jest więc unieważnienie Postępowania, gdyż obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Do odwołania Odwołujący dołączył jako dowody: dokumentację Unieważnionego Postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu, SWZ z załącznikami, informacja z otwarcia ofert oraz ogłoszenie o unieważnieniu, odwołanie złożone przez Odwołującego w ramach Unieważnionego Postępowania wraz z Urzędowym Potwierdzeniem Odbioru, oraz wyjaśnienia treści SWZ z dnia 14 maja 2024 r.

W ustawowym terminie nie wpłynęły do Izby żadne zgłoszenie przystąpienia.

W dniu 3 czerwca 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego. Wniósł także o przeprowadzenie dowodów o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1. Pisma do Wykonawców z dnia 02 maja 2024 roku w sprawie unieważnienia przetargu nieograniczonego;

- 2.zestawienia porównawczego złożonych ofert cenowych w dwóch przetargach nieograniczonych;
- 3.Uchwały NR II/ 15 /2024 Rady Miejskiej w Koluszkach z dnia 27 maja 2024 r. zmieniającą uchwałę w sprawie Wieloletniej Prognozy Finansowej Gminy Koluszki na lata 2024 – 2032;
- 4.Protokołu wyboru trybu postępowania oraz szacowanie wartości zamówienia, nr sprawy OPZ 271.44. (19). 2024 z dnia 02 maja 2024 r.

W uzasadnieniu przytoczył stan faktyczny wskazał, że w zaistniałych okolicznościach uznał, że kierując się zasadą racjonalnego prowadzenia gospodarki finansowej, obowiązującą jednostki finansów publicznych, a konkretnie wynikającą z art. 254 pkt. 3 UFP, tj m.in. wymogiem wydatkowania środków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, winien unieważnić postępowanie, co też w dniu 02 maja 2024 r uczynił. Przytoczył orzecznictwo w zakresie podstawy unieważnienia z art. 255 pkt. 3 Pzp. Zauważył, że zgodnie z art. 254 pkt. 2 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się unieważnieniem postępowania, co zamawiający w dniu 02 maja 2024 skutecznie uczynił. Nie zgodził się z zarzutami Odwołującego, że Zamawiający prowadzi dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na ten sam zakres. Na podstawie art. 262 Pzp, Zamawiający poinformował, że niezwłocznie ogłoszony zostanie kolejny przetarg nieograniczony zmierzający do wyboru wykonawcy. Zamawiający podkreślił, że szczegółowo przeanalizował zaoferowane przez Wykonawców ceny ofertowe i porównał je z aktualnymi cenami oraz szacunkową wartością zamówienia, którą została sporządzona z należytą starannością. Przy podejmowaniu decyzji brano były po uwagę także: możliwości finansowe Zamawiającego, oczekiwania mieszkańców, którzy ponoszą opłaty za odbiór odpadów komunalnych oraz aktualnie obowiązujące stawki za odbiór odpadów. O słuszności podjętej przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu w dniu 02 maja 2024 roku przetargu nieograniczonego z uwagi na fakt, że kwota najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę którą zamawiający zamiera przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia może świadczyć fakt, że w kolejnym powtórzonym przetargu nieograniczonym będącym przedmiotem niniejszego odwołania do KIO, wszyscy wykonawcy znacząco obniżyli swoje oferty cenowe. Cena najtańszej złożonej oferty brutto jest o prawie jeden milion złotych niższa, od najtańszej ceny brutto z pierwszego unieważnionego przetargu nieograniczonego

Odnosnie braku zabezpieczonych środków, Zamawiający wskazał, że w chwili ogłoszenia Postępowania, Gmina Koluszki posiadała zabezpieczone środki finansowe w wysokości: 10.800.000 zł. a wynikało to z uchwały nr LXXII/ 56 /2024 z dnia 19 kwietnia 2024 roku zmieniającej uchwałę w sprawie Wieloletniej Prognozy Finansowej Gminy Koluszki na lata 2024 – 2032. Jednocześnie w dniu 14 maja 2024 roku w opublikowanych wyjaśnieniach nr 1 do SWZ Zamawiający poinformował, że na najbliższej Sesji Rady Miejskiej w Koluszkach zaplanowanej na dzień 27 maja 2024 r. istnieje możliwość zwiększenia tej kwoty. Na Sesji Rady Miejskiej w Koluszkach podjęto uchwałę Uchwała NR II/ 15 /2024 i w poz. 1.3.1.166 zwiększono kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia z kwoty 10.800.000,00 zł do wysokości 13.000.000,00 złotych.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska. Odwołujący doprecyzował wniosek ewentualny zawarty w odwołaniu, z uwagi na upływ terminu składania ofert, ograniczając go do wniosku głównego o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający prowadzi na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Koluszki”, nr referencyjny postępowania: OPZ 271.34.(11).2024 (zwane za odwołaniem: „Unieważnionym Postępowaniem”), w trybie przetargu nieograniczonego, dla którego ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 58/2024 (nr publikacji ogłoszenia: 169520-2024). Dnia 2 maja 2024 r. Zamawiający dokonał czynności polegającej na unieważnieniu ww. Postępowania, którą to czynność Odwołujący zaskarżył. W dniu 5 czerwca 2024 r., Izba wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1681/24, w którym uwzględniła przedmiotowe odwołanie.

W dniu 6 maja 2024 r. Zamawiający opublikował dokumenty zamówienia w Postępowaniu. Bezspornym pomiędzy Stronami był fakt, że oba postępowania – dotyczą tego samego zakresu na okres 18 miesięcy z przewidywanym terminem obowiązywania umowy w okresie od 1 lipca 2024 r. do 31 grudnia 2025 r., zaś różnica dotyczy szacowanych ilości odpadów.

W dniu 21 maja 2024 r., Zamawiający dokonał otwarcia ofert, w tym oferty Odwołującego.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołanie podlegało oddaleniu w całości, ponieważ podniesione zarzuty nie potwierdziły się. Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzuty odwołania, chociaż podzielone na trzy, sprowadzały się de facto do zakwestionowania wszczęcia Postępowania w okolicznościach niezakończonych w sposób prawomocny – tj. po rozstrzygnięciu przez Izbę o zasadności czynności - Unieważnionego Postępowania oraz wątpliwości związane z zabezpieczeniem środków finansowych na ten cel.

Izba stoi na stanowisku, że okoliczności faktyczne ustalone w sprawie były bezsporne, zaś pomiędzy Stronami zaistniał spór, czy Zamawiający był uprawniony do wszczęcia Postępowania właśnie w takich okolicznościach.

W tym miejscu należy przytoczyć stan prawny, tj. przepisy objęte zarzutami:

Zgodnie z art. 16 Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Dalej, zgodnie z art. 130 ust. 1 Pzp, Zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie:

1) ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w przypadku trybu przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo partnerstwa innowacyjnego; 2) zaproszenia do negocjacji, w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 UFP, jednostki sektora finansów publicznych mogą zaciągać zobowiązania do sfinansowania w danym roku do wysokości wynikającej z planu wydatków lub kosztów jednostki, pomniejszonej o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, inne składki i opłaty obligatoryjne oraz płatności wynikające z zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich, z zastrzeżeniem art. 136 ust. 4 UFP i art. 153 UFP.

Z kolei zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba stoi na stanowisku, że tak skonstruowane zarzuty nie mogły być uwzględnione w obowiązującym stanie prawnym. Rację ma Odwołujący, że generalnie zasady udzielania zamówień i istota prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wskazują, że nie mogą być prowadzone u tego samego Zamawiającego równolegle dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tożsamy przedmiot zamówienia w tym samym trybie (podobnie: wyrok Izby z dnia 11.08.2022 r., sygn. akt KIO 2027/22). Jak wskazuje się w orzecznictwie, wszczęcie postępowania natomiast można traktować w kategoriach swego rodzaju przyrzeczenia publicznego, w którym Zamawiający zobowiązuje się udzielić zamówienia publicznego konkretnemu wybranemu w postępowaniu podmiotowi, przy wypełnieniu określonych wymogów i przesłanek (tak: wyrok Izby z dnia 7.04.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 377/09). Udzieleniem zamówienia jest w świetle art. 7 pkt 25 Pzp zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaś samym zamówieniem - umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług (art. 7 pkt 32 Pzp). Przetarg nieograniczony stanowi jeden z trybów udzielenia zamówienia, co oznacza, że jego bezpośrednim celem jest zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Gwarancją powyższego jest ograniczenie okoliczności, w których zamawiający może unieważnić postępowanie, do przesłanek opisanych w art. 255 Pzp lub też przykładowo w art. 256 Pzp albo 257 Pzp. Zamknięty katalog przesłanek unieważnienia postępowania, które jest wyjątkiem od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy, nie może być poddawany wykładni rozszerzającej.

Przesłanka z art. 255 pkt 6 Pzp dotyczy okoliczności, w której wada postępowania uniemożliwia zawarcie ważnej umowy. Z kolei zgodnie z art. 457 ust. 1. Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1)z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii

Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;

- 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;
- 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;
- 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, chodzi o wadę na tyle poważną, że ma ona uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, musi być to naruszenie kwalifikowane, czy też rażące (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28.03.2024 r., sygn. akt XXIII Zs 7/24).

Okoliczność, że w chwili wszczęcia Postępowania nie zostało ostatecznie zakończone poprzednie postępowanie na ten sam przedmiot (Unieważnione Postępowanie) nie stanowi tego rodzaju wady, jak również kwestia zabezpieczenia środków finansowych na cel udzielenia zamówienia. Zdaniem Izby zaciągnięciem zobowiązania, o którym mowa art. 46 ust. 1 UFP, jest zawarcie umowy i to w chwili jej zawierania zamawiający jest zobligowany posiadać zabezpieczone środki finansowe na ten cel. O pewnej dopuszczalności wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez zagwarantowanych środków przesądził ustawodawca, przewidując możliwość unieważnienia takiego postępowania, 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 ogłoszeniu o zamówieniu (art. 257 Pzp). Decydujące znaczenie ma chwila zawarcia umowy, rozumiana jako udzielenie zamówienia i to na tym etapie zamawiający powinien mieć zabezpieczone środki (tak: uchwała Izby z dnia 16.05.2016 r., sygn. akt KIO/KD 35/16).

Nie zmienia to okoliczności, że wszczęte postępowanie powinno przez każdego zamawiającego zostać zakończone w sposób przewidziany przez przepisy, tj. przez zawarcie umowy lub unieważnienie postępowania, jednakże skoro Zamawiający w zaistniałych okolicznościach, tj. przed unieważnieniem postępowania w sposób ostateczny czy prawomocny, a więc po rozstrzygnięciu przez Izbę o zasadności tej czynności, wszczął przedmiotowe Postępowanie, to wziął na siebie ryzyka związane z prowadzeniem de facto dwóch postępowań równoległe, w tym ryzyko związane z – tytułem przykładu – brakiem formalnych podstaw do unieważnienia każdego z postępowań oznaczającą teoretyczną konieczność dwukrotnego udzielenia zamówienia, czy też potencjalne ryzyko odpowiedzialności odszkodowawczej względem wykonawców na podstawie art. 261 Pzp (*W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w tym postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.*). Sama okoliczność, że Zamawiający ma na cel zarówno związany z udzieleniem Przedmiotowego zamówienia, jak i w ramach Unieważnionego Postępowania jedną kwotę środków publicznych także nie stanowi wady postępowania w rozumieniu art. 255 pkt 6 Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie, w tym w wyroku Izby z dnia 9.08.2019 r., sygn. akt KIO 1437/19, ewentualne późniejsze zmiany sytuacji finansowej Zamawiającego nie stanowią przedmiotu oceny w ramach postępowania odwoławczego i nie mogą wpływać na ocenę zasadności zarzutu.

Konkludując, wskazać należy iż z przepisów objętych zarzutami odwołania nie wynika jednoznaczny zakaz wszczynania postępowania bez zabezpieczonych środków finansowych. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zarówno udzielenie zamówienia, jak i unieważnienie postępowania z naruszeniem przepisów (art. 15 i art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Dz. U. z 2024 r. poz. 104), jednakże jest to kwestia odrębna od przedmiotu postępowania odwoławczego. Jak wyżej wskazano, dla przedmiotowego rozstrzygnięcia decydujące znaczenie miała okoliczność, że Zamawiający nie naruszył przepisów objętych zakresem odwołania poprzez wszczęcie Postępowania.

Z uwagi na powyższe, odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 8 ust. 2 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. 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. W

konsekwencji Izba zasądziła koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, na podstawie faktury złożonej do akt, dotyczącej wynagrodzenia jednego pełnomocnika. Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....