

WYROK

Warszawa, dnia 24 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2024 r. przez wykonawcę JMM Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żyrardowie w postępowaniu prowadzonym przez Społeczna Inicjatywa Mieszkaniowa KZN Mazowsze Centrum spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wieliszewie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w części, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia art. 257 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, i nakazuje zamawiającemu Społeczna Inicjatywa Mieszkaniowa KZN Mazowsze Centrum spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wieliszewie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Społeczna Inicjatywa Mieszkaniowa KZN Mazowsze Centrum spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wieliszewie i:
 - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczonej przez wykonawcę JMM Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żyrardowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez wykonawcę JMM Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żyrardowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz innych uzasadnionych wydatków oraz kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez zamawiającego Społeczna Inicjatywa Mieszkaniowa KZN Mazowsze Centrum spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wieliszewie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od Społeczna Inicjatywa Mieszkaniowa KZN Mazowsze Centrum spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wieliszewie na rzecz JMM Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żyrardowie kwotę 18 617 zł (osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 4956/24

UZASADNIENIE

27 grudnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy JMM Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żyrardowie (dalej jako „Odwołujący”) na czynność unieważnienia postępowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pod nazwą „Wielobranżowy nadzór inwestorski nad robotami budowlanymi dla zadania pn.: „Budowa 4 budynków mieszkalnych wielorodzinnych (...) przy ul. Mszczonowskiej we wsi Badowo Dańki na działce ew. nr 74”. (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Społeczna Inicjatywa Mieszkaniowa KZN Mazowsze Centrum spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wieliszewie (dalej jako „Zamawiający”).

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- „1) art. 257 ustawy Pzp poprzez unieważnienie Postępowania, pomimo braku ziszczenia się przesłanek, o których mowa w ww. przepisie, tj. unieważnienia Postępowania pomimo:
 - nieprzewidzenia możliwości unieważnienia Postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu;
 - braku ubiegania się przez Zamawiającego o przyznanie środków publicznych;
 - nieudowodnienia, że wniosek kredytowy dotyczył zamówienia objętego Postępowaniem;
- 2) art. 260 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ogólne, lakoniczne i nieprecyzyjne podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o unieważnieniu Postępowania;
- 3) art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, nieprzejrzysty oraz nieproporcjonalny.”.

Odwołujący wniósł o:

- „1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania.”.

Odwolujący wniósł ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”), w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp.. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 30 sierpnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 521807-2024.

W ogłoszeniu o zamówieniu nie została przewidziana możliwość unieważnienia Postępowania, jeżeli środki publiczne, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane.

Odwolujący złożył ofertę w Postępowaniu.

16 grudnia 2024 r. Zamawiający opublikował informację o unieważnieniu postępowania o treści „Działając na podstawie art. 260 ust. 1 i 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) – dalej: ustawa Pzp, zamawiający informuje o unieważnieniu wskazanego wyżej postępowania. Uzasadnienie prawne: Zgodnie z dyspozycją art. 257 pkt. 1) 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 (...)” Uzasadnienie faktyczne Zamawiający będący Społeczną Inicjatywą Mieszkaniową został powołany na podstawie art. 23 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 26.10.1995 r. o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego (dalej „ustawy o SIM”) oraz na podstawie art. 7a ust. 1 ustawy o KZN a głównym jego zadaniem jest budowanie domów mieszkalnych oraz ich eksploatacja na zasadach najmu zgodnie z przepisami ustawy o SIM. Finansowane zadań statutowych SIM opiera się na uzyskaniu tzw. kredytu SBC, to jest kredytu z Banku Gospodarstwa Krajowego z programu wspierania społecznego budownictwa czynszowego na realizację inwestycji mieszkaniowych. Środki przeznaczone na kredyty SBC pochodzą częściowo z kredytów udzielonych przez Europejski Bank Inwestycyjny (EBI) oraz Bank Rozwoju Rady Europy (BRRE), natomiast preferencję w oprocentowaniu zapewnić wsparcie budżetu państwa. Zamawiający w związku z realizacją prowadzonych przez spółkę inwestycji, w tym zadania pn.: „Budowa 4 budynków mieszkalnych wielorodzinnych (...) przy ul. Mszczonowskiej we wsi Badowo Dańki na działce nr ew. 74” - zwrócił się do BGK z wnioskiem o przedmiotowy kredyt. W dniu 12 grudnia 2024 r. Bank Gospodarstwa Krajowego opublikował informację o wynikach oceny punktowej wraz z listą rankingową wniosków złożonych przez kredytobiorców, którzy uzyskali pozytywną ocenę wiarygodności kredytowej (treść pisma stanowi Załącznik nr 1 do niniejszego pisma). Niniejsza informacja jest dostępna na stronie BIP Banku Gospodarstwa Krajowego pod linkiem: <https://www.bgk.pl/bip/informacja-o-wynikach-oceny-punktowej-wraz-z-lista-rankingowa-wnioskow-zlozonych-przez-kredytobiorcow-ktorzy-uzyskali-pozytywna-ocene-wiarygodnosci-kredytowej-1/> Zamawiający znalazł się na liście na pozycji 156, uzyskując pozytywną ocenę ale jednocześnie nie kwalifikując się do podmiotów objętych kredytem z uwagi na ograniczony limit finansowania. Tym samym należy uznać, że środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, nie zostały mu przyznane.”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania.

Mając na uwadze, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”, Izba pominęła załączone do odpowiedzi na odwołania dokumenty „Wniosek o udzielenie finansowania zwrotnego w ramach realizacji przez Bank Gospodarstwa Krajowego rządowego programu popierania budownictwa mieszkaniowego” oraz „Informator Banku Gospodarstwa Krajowego – Program wsparcia Społecznego Budownictwa Czynszowego (SBC)” Dokumenty te mogłyby służyć wyłącznie ustaleniu faktów w zakresie finansowania zamówienia, które – jak wskazano poniżej - nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Uzasadniony był zarzut naruszenia art. 257 Pzp, zgodnie z którym „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.”.

Treść tego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że w sytuacji, gdy środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z tego powodu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego wyłącznie wtedy, gdy możliwość dokonania takiej czynności została przewidziana w konkretnym dokumencie - ogłoszeniu o zamówieniu. Dokonanie takiej czynności nie jest zatem dopuszczalne, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w takim trybie możliwość unieważnienia postępowania z powodu nie przyznania zamawiającemu środków publicznych, które zamierzał on przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu – niezależnie od tego, czy została przewidziana w innym dokumencie, w szczególności specyfikacji warunków zamówienia.

Niewątpliwie w Postępowaniu - prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego – w ogłoszeniu o zamówieniu nie przewidziano możliwości jego unieważnienia w podanej wyżej sytuacji, wobec czego Zamawiający w ogóle nie był uprawniony do unieważnienia Postępowania na podstawie art. 257 Pzp. Samo to było wystarczające do stwierdzenia, że dokonanie takiej czynności przez Zamawiającego stanowiło naruszenie tego przepisu.

W konsekwencji nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy przedstawione w odwołaniu i odpowiedzi na odwołaniu okoliczności dotyczące kontaktów pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym w okresie poprzedzającym czynność unieważnienia Postępowania oraz dotyczące sfinansowania zamówienia, w szczególności zaciągnięcia przez Zamawiającego kredytu w Banku Gospodarstwa Krajowego, którego nieprzyznaniem Zamawiający uzasadniał dokonanie czynności, na którą wniesiono odwołanie.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 257 Pzp miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż gdyby Zamawiający nie dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany byłby podjąć czynności w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z Odwołującym, którego oferta została w Postępowaniu wybrana jako najkorzystniejsza.

Nie był uzasadniony zarzut naruszenia art. 260 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne”.

Niewątpliwie jest, że opublikowana 16 grudnia 2024 r. informacja o unieważnieniu postępowania zawiera wskazanie okoliczności, których wystąpienie ma uzasadniać unieważnienie Postępowania, podanie podstawy prawnej tej czynności oraz wskazanie, dlaczego Zamawiający uznał, że Postępowanie podlega unieważnieniu na tej podstawie – czyli uzasadnienie faktyczne i prawne czynności unieważnienia Postępowania. Nie sposób przy tym uznać, że jest ono „ogólne, lakoniczne i nieprecyzyjne” – jak podnosił Odwołujący – zwłaszcza biorąc pod uwagę, że przedstawiając w odwołaniu zarzut naruszenia art. 257 Pzp nie wskazywał on na problemy z określeniem, jakie okoliczności faktyczne i prawne uzasadniały czynność Zamawiającego.

Ocena zgodności czynności Zamawiającego z art. 260 ust. 1 Pzp nie obejmuje oceny, czy okoliczności faktyczne i prawne podane ww. informacji uprawniały go do unieważnienia Postępowania, a jedynie, czy Zamawiający zawiadamiając wykonawców o unieważnieniu Postępowania podał uzasadnienie faktyczne i prawne. W tym stanie rzeczy należało uznać, że Zamawiający zadośćuczynił temu obowiązkowi, a zatem iż nie naruszył tego przepisu.

Nie był uzasadniony także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, zgodnie z którym „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny”.

Jak wynika z treści odwołania, zawarte w nim twierdzenia dotyczące prowadzenie Postępowania w sposób nieprzejrzysty i naruszający zasadę uczciwej konkurencji dotyczą wyłącznie „dokumentacji zamówienia” oraz „korespondencji z Odwołującym po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej”; nie wskazano w nim ponadto, dlaczego czynność unieważnienia Postępowania miałaby zostać dokonana w sposób nieproporcjonalny.

Okoliczności faktyczne i prawne przedstawione w odwołaniu nie mogły więc prowadzić do stwierdzenia, że czynność ta została dokonana z naruszeniem art. 16 pkt 1 - 3 Pzp.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”. Stosownie zaś do art. 554 ust. 3 pkt 1) Pzp „uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta: a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego”.

Wobec powyższego w zakresie zarzutu naruszenia art. 257 Pzp odwołanie należało uwzględnić, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania, zaś w zakresie pozostałych zarzutów oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 5 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, (...) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego”. § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części”. Zgodnie z § 7 ust. 5 ww. rozporządzenia Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania”.

Stosownie do § 5 pkt 1 ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Odwołujący na posiedzeniu i rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury i potwierdzenia wykonania przelewu - duplikat, na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych.

Z treści § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia wynika, że do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogą być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. W konsekwencji, zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b i d ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Zamawiający na posiedzeniu i rozprawie był reprezentowany przez dwóch pełnomocników. Jak wynika ze złożonej do akt sprawy faktury, na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składa się wynagrodzenie pełnomocnika wysokości 5.658 złotych.

Z treści § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia wynika, że do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogą być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. W konsekwencji, zgodnie z tym przepisem do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Izba na podstawie § 7 ust. 5 ww. rozporządzenia odstąpiła od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia, obciążając kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, uznając, że przemawia za tym waga zarzutu uwzględnionego przez Izbę dla rozstrzygnięcia odwołania. Zarzut naruszenia art. 257 Pzp był – w czym strony postępowania były zgodne - zarzutem o kluczowym znaczeniu, a jego uwzględnienie było najważniejsze dla oceny zgodności z przepisami Pzp czynności, na którą wniesiono odwołanie, a tym samym dla jego rozstrzygnięcia.

W konsekwencji, odstępując od rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego, Izba orzekła o tych kosztach jak w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, zasądając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą sumę równowartości kwoty wpisu od odwołania oraz kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego w wysokości 3.617 złotych.

Przewodniczący:.....