

WYROK

Warszawa, dnia 13 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2024 r. przez wykonawcę LEDLIVE Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Miejska Kraków - Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie

orzeka:

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

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset 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 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miejska Kraków - Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadził w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa dwóch ekranów LED na Stadion Miejski im. H. Reymonta ul. Reymonta 20” (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 grudnia 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00545001/01.

I. W dniu 21 stycznia 2024 r. wykonawca LEDLIVE Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- czynności unieważnienia Postępowania przez Zamawiającego w dniu 16 stycznia 2024 r.,
- zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

1.art. 255 ust. 6 w zw. z art. 457 ust. 1, 5 ustawy Pzp oraz art. 260 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie Postępowania przez Zamawiającego oraz zaniechanie wykazania w uzasadnieniu faktycznym i prawnym spełnienia wszystkich przesłanek uprawniających Zamawiającego do unieważnienia Postępowania w trybie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, w szczególności braku istnienia wpływu wady na wynik postępowania oraz braku możliwości ustalenia, że zawarcie umowy o wykonanie zamówienia publicznego w tym przypadku jest obiektywnie niemożliwe, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości postępowania i pisemności postępowania przetargowego;

2.art. 255 ust. 5 oraz art. 260 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie Postępowania przez Zamawiającego oraz zaniechanie wykazania w uzasadnieniu faktycznym i prawnym spełnienia wszystkich przesłanek uprawniających Zamawiającego do unieważnienia Postępowania w

trybie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, w szczególności braku wykazania przez Zamawiającego w uzasadnieniu, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, zwłaszcza jaki interes publiczny byłby naruszony, a dodatkowo Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki tj. „czego nie można było wcześniej przewidzieć”, co musi wystąpić łącznie z przesłanką, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący podniósł m.in.:

Zdaniem Odwołującego w Postępowaniu nie wystąpiły przesłanki składające się na podstawy unieważnienia postępowania wskazane w art. 255 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie podał w uzasadnieniu jaki przepis ustawy Pzp naruszył i jaki to ma skutek na wynik postępowania. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wskazał na podstawie której przesłanki z art. 457 ustawy Pzp miałyby nastąpić unieważnienie umowy. Upływ terminu realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powodującą nieważność umowy. W tym przypadku, brak możliwości wykonania zamówienia można usunąć poprzez zmianę terminu jego realizacji. Wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie - wskutek wystąpienia wady - podlegała unieważnieniu. Odwołujący zauważył, że taka konstrukcja przepisu odsyła wyraźnie do art. 457 ust. 1 i 5 ustawy Pzp, w których wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Warunkiem skutecznego zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy Pzp jest wykazanie jego powiązania z co najmniej jedną z przesłanek unieważnienia umowy wymienionych w art. 457 ustawy Pzp, tymczasem Zamawiający nie wykazał takiego powiązania z konkretnie wskazaną przesłanką z art. 457 ustawy Pzp. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 5 oraz art. 260 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp Odwołujący wskazał na lakoniczne uzasadnienie wystąpienia przesłanek przywołanego przepisu. Zdaniem Odwołującego sam fakt powoływania się na niezrealizowanie poprzedniego przetargu jest obojętne dla niniejszego postępowania. Zamawiający ogłaszając ten przetarg miał pełną świadomość terminów wynikających z przepisów ustawy Pzp, jak i możliwości finansowania zadania, a zatem nie występuje żadna zmiana okoliczności, która jest wymagana dla zastosowania art. 255 pkt 5 ustawy Pzp. Dodatkowo ważne jest, że ma to być istotna zmiana okoliczności, powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Wszystkie wymienione przesłanki muszą wystąpić łącznie. Zamawiający nie wskazał dlaczego realizacja zamówienia utraciła walor interesu publicznego, bo za spełnieniem tej przesłanki nie może przemawiać brak dysponowania środkami budżetowymi w 2024 r., zwłaszcza, że wybór najkorzystniejszej oferty mógł być dokonany jeszcze w 2023r. Nie występuje też przesłanka, że „nie można było tego przewidzieć”. Zamawiający na moment ogłoszenia przetargu musiał zgłosić zapotrzebowanie na przyszły rok budżetowy. Jeżeli tego nie dokonał, świadomie popełnił delikt z ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, ogłaszając przetarg wiedząc, że nie będzie posiadał środków. Zamawiający miał też możliwość złożenia wniosku o przesunięcie środków na środki niewygasające. Natomiast Zamawiający nie podał faktycznej przyczyny niezabezpieczenia środków na przyszły rok budżetowy, a z pewnością Zamawiający przed ogłoszeniem przetargu mógł to przewidzieć mając na uwadze czas potrzebny na zakończenie postępowania. Zgodnie z obowiązującymi przepisami, wnioski o przesunięcie środków na kolejny rok budżetowy oraz inne wnioski budżetowe są składane do 30 września każdego roku. Dodatkowo, zgodnie z dostępnymi informacjami na stronach internetowych, plan budżetu Miasta Krakowa był gotowy już 6 grudnia 2023r, kiedy odbyło się pierwsze czytanie uchwały budżetowej na sesji Rady Miasta Krakowa. Oznacza to, że Zamawiający jeszcze przed ogłoszeniem przetargu miał wiedzę o zakresie planowanego budżetu, mimo to przetarg ogłosił.

II. Pismem wniesionym w dniu 7 lutego 2024 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 16 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu Postępowania. Uzasadniając ww. czynność Zamawiający wskazał, co następuje:

„Postępowanie zostało unieważnione zgodnie z art. 255 pkt 6) ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawy Pzp), ponieważ postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zgodnie z art. 255 pkt 5) ustawy Pzp, ponieważ wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Zamawiający w rozdz. V SWZ wskazał wymagany termin wykonania zamówienia: do dnia 28.12.2023 roku od dnia podpisania umowy. Wymagany termin wykonania zamówienia wskazany został również w pkt 2 Formularza oferty stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ oraz w § 2 ust. 1 Projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik Nr 2 do SWZ. W dniu 27.12.2023 roku Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp złożył podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Jednakże biorąc pod uwagę rygor przepisu art. 308 ust. 2 ustawy Pzp wskazujący, że Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego (...) w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (...) zawarcie umowy z terminem jej realizacji jak powyżej jest niemożliwe, tym samym nie jest możliwe zawarcie przez Zamawiającego ważnej, niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. To zaś oznacza, że umowa zawarta przez Zamawiającego z wybranym Wykonawcą nie może zawierać innego terminu wykonania zamówienia niż określony w ofercie. Nie jest możliwe zawarcie umowy o zamówienie publiczne po upływie terminu jej realizacji wówczas, gdy w związku z upływem owego terminu świadczenie stało się obiektywnie niemożliwe. Wystąpiły więc okoliczności, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności.

Zamawiający zabezpieczył środki finansowe na realizację niniejszego zamówienia w budżecie roku 2023 w ramach inwestycji programowej.

Przedmiotowe zamówienie jest drugim postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, po tym jak w postępowaniu ogłoszonym we wrześniu 2023 r., Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza odmówił podpisania umowy. Zamawiający dysponuje środkami finansowymi na realizację niniejszego zamówienia w roku 2023 i nie ma możliwości ich przeniesienia na późniejszy termin realizacji.

Tym samym zgodnie z art. 255 pkt 5) ustawy Pzp wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.”

Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Na wstępie należy poczynić następujące uwagi:

Po pierwsze, jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie dla oceny czynności unieważnienia postępowania kluczowe znaczenie ma treść uzasadnienia tej czynności przedstawionego przez zamawiającego. Należy zbadać czy w uzasadnieniu zamawiający wykazał zaistnienie wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie podanej podstawy unieważnienia postępowania. Okoliczności niewskazane w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania podlegają pominięciu.

Po drugie, unieważnienie postępowania stanowi wyjątkowy sposób zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Podstawowym sposobem zakończenia postępowania jest bowiem zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym, przesłanki unieważnienia postępowania nie mogą podlegać interpretacji rozszerzającej, a zamawiający obowiązany jest jednoznacznie wykazać, że wystąpiły podstawy do zakończenia postępowania poprzez jego unieważnienie.

Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

I. Zgodnie z 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.

Unieważniając postępowanie na tej podstawie zamawiający obowiązany jest wykazać, że:

- nastąpiła zmiana okoliczności,
- zmiana okoliczności ma charakter istotny,
- na skutek zmiany okoliczności dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,

–wcześniej nie było możliwości przewidzenia takiego stanu rzeczy.

Ponadto, jak wskazuje się w orzecznictwie, zmiana okoliczności nie może nastąpić na skutek działań zamawiającego (tak np. wyr. KIO z 3 października 2022 r., KIO 2430/22). Pojęcie interesu publicznego należy utożsamiać z potrzebą ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców lub grupy zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą (postanowienie KIO z 29 lutego 2016 r., KIO/W 3/16). Interes publiczny nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem zamawiającego.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia wszystkich przesłanek składających się na podstawę unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp.

Przed wszystkim należy zauważyć, że z treści uzasadnienia unieważnienia postępowania nie wynika zaistnienie jakiegokolwiek zmiany okoliczności, której nie można było przewidzieć. Wręcz przeciwnie, wszystkie okoliczności faktyczne związane z postępowaniem albo zostały przewidziane przez Zamawiającego albo z łatwością mogły zostać przewidziane. Należy nawet powiedzieć, że ich przewidywanie było obowiązkiem Zamawiającego. Ogłaszając postępowanie w dniu 11 grudnia 2023 r. Zamawiający musiał mieć świadomość, że może nie dojść do zawarcia umowy przed końcem 2023 r. Wynika to z obowiązujących przepisów ustawy Pzp przewidujących uprawnienia i obowiązki podmiotów w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego. Niezasadne jest zakładanie, że np. wykonawca złoży dokumenty w pierwszym dniu obowiązującego go terminu, skoro może to również zrobić ostatniego dnia terminu. To na zamawiającym ciąży obowiązek takiego zorganizowania postępowania, aby zawarcie umowy mogło nastąpić w okresie, w którym zamawiający ma przewidziane środki na ten cel. Obciążanie wykonawcy negatywnymi skutkami niedopełnienia obowiązku przez zamawiającego należy uznać za niedopuszczalne.

Jedynie zatem dodatkowo należy wskazać, że w tym przypadku nie można mówić o zmianie okoliczności, która byłaby niezależna od Zamawiającego, bowiem organizacja Postępowania jak i zabezpieczenie odpowiednich środków finansowych leżało w gestii Zamawiającego. Nie zostało również wykazane, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym – tj. w interesie mieszkańców Krakowa. W tym zakresie w uzasadnieniu nie pojawiła się żadna argumentacja.

II. Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Unieważniając postępowanie na tej podstawie zamawiający obowiązany jest wykazać, że:

- zaistniała wada postępowania, tj. miało miejsce naruszenie przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie,
- wada ma charakter nieusuwalny,
- na skutek zaistniałej wady postępowania nie ma możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (związek przyczynowo – skutkowy) – konieczne jest wykazanie, że umowa będzie podlegać unieważnieniu, w tym wskazanie podstawy prawnej unieważnienia.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia wszystkich przesłanek składających się na podstawę unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Przed wszystkim należy zauważyć, że Zamawiający w ogóle nie wskazał na wystąpienie wady Postępowania. Nie zostało wyjaśnione na czym polega nieprawidłowość prowadzonego przez Zamawiającego postępowania - które przepisy ustawy Pzp zostały naruszone. Nawet jeżeli za taką wadę należałoby uznać upływ wyznaczonego przez Zamawiającego terminu realizacji świadczenia, to i tak konieczne jest wykazanie, że jest to wada nieusuwalna oraz skutkująca brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Żadna z tych przesłanek nie została przez Zamawiającego wykazana. Zamawiający nie wykazał braku możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia. Nie może tego uzasadniać brak zabezpieczenia przez zamawiającego środków finansowych na potrzeby realizacji zamówienia. Brak środków finansowych może stanowić podstawę unieważnienia postępowania w sytuacji wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 257 ustawy Pzp, co stanowi odrębną podstawę unieważnienia postępowania. Nie zostało również wykazane, że zawarta w wyniku postępowania umowa będzie podlegać unieważnieniu, w tym na podstawie którego przepisu podstawy miałyby to nastąpić. Nie zostało w tym zakresie przedstawione jakiegokolwiek uzasadnienie.

W tym stanie rzeczy Izba konieczne stało się uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp.

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).

Przewodnicząca:.....