

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2025 r. przez Odwołującego - wykonawcę LUCMAR sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa – 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierzu

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje jego dalsze prowadzenie,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

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:.....

KIO 514/25

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa - 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierzu prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024r., poz. 1320 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na zadanie pn.: „Remonty budynków zlokalizowanych w kompleksach wojskowych w Łodzi i Kutnie w latach 2024r. - 2025 r.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr2024/BZP 00539262/01 z dnia 10 października 2024.

W dniu 11 lutego 2025 r. wykonawca LUCMAR sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie zadania 2 - Remont budynku nr 65 zlokalizowanego w kompleksie wojskowym w Kutnie ul. Bohaterów Walk nad Bzurą 1 , 99 – 300 Kutno w latach 2024r. - 2025r. zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie przepisu art. 255 pkt 6) ustawy Pzp w związku z art. 457 Pzp poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania mimo że nie zachodziła żadna z przyczyn unieważnienia postępowania wymienionych w ustawie, a Zamawiający unieważnił postępowanie na tej podstawie faktycznej, że jego zdaniem wykonanie pierwszego etapu umowy przewidziane było w roku 2024r., a z uwagi na upływ tego terminu stało się to niemożliwie do realizacji, co pociągnęło za sobą ten skutek że z uwagi na przepisy ustawy o finansach publicznych oraz postanowienia projektu umowy Zamawiający jako jednostka finansów publicznych nie może zaciągnąć w 2025r. zobowiązania, które obejmowałyby koszty prac objętych pierwszym etapem, ponieważ koszty te nie zostały ujęte w planie wydatków na rok 2025, Zamawiający zatem w roku 2025 nie posiada środków finansowych na realizację powyższego zadania. Reasumując Zamawiający stwierdził, że niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera wadę, której nie można usunąć, by doprowadzić do wyboru Wykonawcy w zakresie zadania nr 2 zgodnie z przepisami Pzp, a następnie doprowadzić do zawarcia ważnej umowy na w/w zadanie w sprawie zamówienia publicznego, czyli tę okoliczność Zamawiający uznał za niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, mimo że powołane przez Zamawiającego podstawy unieważnienia postępowania nie odpowiadają zawartym w art 255 pkt 6) Pzp podstawom unieważnienia w związku z enumeratywnie wymienionym katalogiem zamkniętym podstaw unieważnienia umowy wskazanym w art. 457 Pzp;
- 2) art 255 pkt 6) ustawy Pzp w związku z art 310 Pzp w związku z treścią załącznika nr 1 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439), poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania na tej podstawie faktycznej że zamawiający nie dysponuje środkami na wykonanie części zamówienia mimo że w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie nie została przewidziana;
- 3) art. 255 pkt 6) ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp – poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania

przez Zamawiającego na tej podstawie że przyczyną faktyczną unieważnienia postępowania było to, że niemożliwym było zgodnie z treścią umowy wykonanie pierwszego etapu robót do dnia wskazanego w projekcie umowy czyli 20 grudnia 2024r., mimo że projekt umowy przewidywał możliwość zmiany terminu wykonania umowy i tę okoliczność można było sanować, i tę okoliczność Zamawiający uznał za niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, mimo że powołane przez Zamawiającego podstawy unieważnienia postępowania nie odpowiadają zawartym w art 255 pkt 6) Pzp podstawom unieważnienia w związku z enumeratywnie wymienionym katalogiem zamkniętym podstaw unieważnienia umowy wskazanym w art. 457 Pzp;

4) art. 255 pkt 6) Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp – poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania mimo że nie zachodziła żadna z przyczyn wymienionych w ustawie, a zamawiający wskazał że przyczyną faktyczną unieważnienia postępowania było to, że niemożliwym było zgodnie z treścią umowy wykonanie pierwszego etapu robót do dnia wskazanego w projekcie umowy czyli 20 grudnia 2024r., co jest sprzeczne z faktem, iż dnia 10 grudnia 2025r. dokonał wyboru innego wykonawcy, i wtedy uznał że możliwe jest wykonanie pierwszego etapu do dnia 20 grudnia 2024r., mimo że wtedy także faktycznie było to niewykonalne – takie działanie stanowi ewidentne naruszenie zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego, albowiem to co uznał za podstawę unieważnienia postępowania obecnie, nie stanowiło dla Zamawiającego podstawy unieważnienia wcześniej mimo że okoliczności były identyczne kiedy dotyczyły innego wykonawcy;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie oraz ustnie do protokołu rozprawy zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba ustaliła:

Zamawiający w dniu 6 lutego 2025r. poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W uzasadnieniu powyższej czynności Zamawiający wskazał: „*W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca zobowiązany był wykonać roboty budowlane dwuetapowo w latach 2024 — 2025. Etap pierwszy należało wykonać w terminie od dnia podpisania umowy do dnia 20 grudnia 2024 r., natomiast etap drugi w terminie 7 miesięcy od dnia podpisania umowy.*

W umowie wskazano ponadto w § 3 ust. 10 projektu umowy (załącznik nr 18 do SWZ), że w przypadku niezrealizowania pierwszego etapu do dnia 20 grudnia 2024 r. umowa ulega automatycznie rozwiązaniu bez konieczności składania jakiegokolwiek oświadczenia w tym przedmiocie.

Nadto zgodnie z postanowieniami zawartymi w § 3 ust. 4 projektu umowy (załącznik nr 18 do SWZ): „W związku z koniecznością przestrzegania przepisów określonych w ustawie o finansach publicznych, umożliwiających w zakresie objętym umową, zaciąganie zobowiązań jednostce budżetowej jedynie na rok budżetowy i do wysokości posiadanego budżetu, rozpoczęcie realizacji umowy i zakres jej realizacji w kolejnym roku (II etapu) nastąpi pod warunkiem zapewnienia Zamawiającemu przez dysponenta środków budżetowych II stopnia w planie finansowym na następny rok środków finansowych na realizację zadania stanowiącego przedmiot umowy.”.

Tego rodzaju postanowienia zostały zastosowane w projekcie umowy w związku z koniecznością przestrzegania przepisów określonych w ustawie o finansach publicznych, umożliwiających w zakresie objętym umową, zaciąganie zobowiązań jednostce budżetowej jedynie na rok budżetowy i do wysokości posiadanego budżetu. W przypadku bowiem niemożności wydatkowania zaplanowanych środków w danym roku budżetowym, Zamawiający traci bezpowrotnie możliwość skorzystania z takich środków, a tym samym skuteczne zaciągnięcie zobowiązania. Zamawiający w projekcie umowy zwracał na ten fakt szczególną uwagę.

W dniu 16 grudnia 2024 r. do siedziby Zamawiającego wpłynęło odwołanie na zadanie nr 2 złożone przez firmę LUCMAR Sp. z o.o.

Z artykułu 255 pkt 6 PZP wynika, że wada wskazana w tym przepisie musi łącznie spełniać następujące przesłanki:

- być niemożliwa do usunięcia;
- mieć rzeczywisty lub potencjalny wpływ na wynik postępowania.

Powyższe oznacza, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone

jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykładnia przepisu art. 255 pkt 6 ustawy PZP prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy.

Do unieważnienia postępowania dochodzi wyłącznie wtedy, gdy Zamawiający nie może dokonać czynności sanującej popełnione uchybienie, która umożliwiłaby mu kontynuowanie postępowania w sposób wolny od wad. Tylko bowiem w takim przypadku zawarcie umowy nastąpi zgodnie z art. 17 ust. 2 pzp. Artykuł ten wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 46 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych:

1. 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 obowiązkowe oraz płatności wynikające z zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich, z zastrzeżeniem art. 136 ust. 4 i art. 153.

2. Dysponent części budżetowej lub zarząd jednostki samorządu terytorialnego może ustalić dla podległych lub nadzorowanych jednostek dodatkowe ograniczenia zaciągania zobowiązań lub dokonywania wydatków.

W tym stanie rzeczy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, albowiem niemożliwe jest zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W momencie bowiem podpisywania przez Strony umowy, zawierałaby ona postanowienie, które wskazywałoby, że uległa ona automatycznemu rozwiązaniu po 20 grudnia 2024 r., a zatem umowa byłaby wewnętrznie sprzeczna.

Ponadto wykonanie pierwszego etapu w pierwotnym terminie stało się niemożliwe do realizacji w 2024 roku. Równocześnie z uwagi na wyżej wskazane przepisy ustawy o finansach publicznych oraz postanowienia projektu umowy Zamawiający jako jednostka finansów publicznych nie może zaciągnąć w 2025 r. zobowiązania, które obejmowałyby koszty prac objętych I etapem, ponieważ koszty te nie zostały ujęte w planie wydatków na rok 2025. Zamawiający zatem w bieżącym roku nie posiada środków finansowych na realizację powyższego zadania.

Reasumując Zamawiający stwierdził: że niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera wadę, której nie można by doprowadzić do wyboru Wykonawcy w zakresie zadania nr 2 zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie doprowadzić do zawarcia ważnej umowy na w/w zadanie w sprawie zamówienia publicznego. Konieczne jest zatem unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP Zamawiający unieważnia zatem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zakresie zadania nr 2 , ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Izba zważyła:

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

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

W myśl art. 457 ust. 1 Pzp: „Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający 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; (pkt 1), zawarł umowę z naruszeniem lub lub albo , jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy (pkt 2); zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w (pkt 3); z naruszeniem , lub udzielił zamówienia objętego umową ramową (pkt 4); z naruszeniem , lub udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów (pkt 5).”

Na wstępie zauważenia wymaga, że art. 255 pkt 6 Pzp pozostaje w związku z art. 457 ust. 1 Pzp w zakresie w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach. Co również istotne możliwość powołania się na art. 255 pkt 6 Pzp wymaga łącznego wystąpienia następujących przesłanek:

- postępowanie musi być obarczone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie,
- wada ta jest niemożliwa do usunięcia (jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie – w takim przypadku

nie ma możliwości unieważnienia postępowania),

- stwierdzona wada postępowania musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania jakim jest udzielenie zamówienia. Dlatego też, katalog przesłanek pozwalających unieważnić postępowanie ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 Pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, unieważniając postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp Zamawiający powinien dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu o art. 457 ust. 1 oraz art. 459 ust. 1 Pzp. Artykuł 457 ust. 1 Pzp podaje w sposób enumeratywny okoliczności prowadzące do unieważnienia umowy, natomiast art. 459 ust. 1 Pzp uprawnia Prezesa Urzędu do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 Pzp. Z powyższego wynika, że dopiero wystąpienie przesłanki z art. 457 ust. 1 Pzp w powiązaniu z niemożliwą do usunięcia wadą uprawnia Zamawiającego do podjęcia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zauważyć należy, że żadna z ww. przesłanek nie wystąpiła w postępowaniu, a co więcej Zamawiający wystąpienia takiej wady nie wykazał.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zaistnienia wady postępowania to zaznaczenia wymaga, że Zamawiający upatrywał wystąpienie wady postępowania w upływie terminu dla realizacji pierwszego etapu robót, wskazując, że „w przypadku niezrealizowania pierwszego etapu do dnia 20 grudnia 2024 r. umowa ulega automatycznie rozwiązaniu bez konieczności składania jakiegokolwiek oświadczenia w tym przedmiocie”.

Zauważyć jednak należy, że upływ terminu realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne, która winna skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Podkreślić bowiem należy, że żaden z przepisów nie sprzeciwia się zawarciu i realizacji umowy w sytuacji, gdy termin wskazany w dokumentacji postępowania, jako data realizacji świadczenia już upłynął, ponadto z art. 457 Pzp nie wynika, aby była to wada która prowadzić by musiała do unieważnienia postępowania. Wskazać należy, że pogląd o możliwości zmiany terminu wykonania umowy oraz braku podstaw do unieważnienia postępowania z powodu upływu tego terminu kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i znajduje potwierdzenie w wyrokach sądów, na co wskazują m.in.: wyrok z 7 lutego 2013 r., KIO 154/13, wyrok z 17 lipca 2009 r., KIO/UZP 852/09, wyrok z 31 marca 2009 r., KIO/UZP 333/09.

Istotne jest również to, że sam Zamawiający przewidział w umowie możliwość zmiany terminu realizacji umowy, co wprost wynika z § 23 ust. 3 wzoru umowy. W ocenie Izby skoro Zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu realizacji całości umowy, to tym bardziej możliwa była zmiana terminu realizacji pierwszego etapu robót.

Zamawiający nie był uprawniony również do unieważnienia postępowania z powodu braku zabezpieczenia środków finansowych na realizację zamówienia, gdyż okoliczności tej nie sposób uznać za wadę postępowania, o której stanowi przepis art. 255 pkt 6 Pzp. Zauważyć należy, że unieważnienie postępowania w następstwie nieprzyznania środków na sfinansowanie zamówienia stanowi odrębną przyczynę umożliwiającą unieważnienie postępowania, przewidzianą w art. 257 Pzp. Zaznaczyć jednak należy, że aby Zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie powyższego przepisu musi przewidzieć taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu albo zaproszeniu do negocjacji. Natomiast jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania Zamawiający takiej okoliczności nie przewidział. W konsekwencji brak było możliwości unieważnienia postępowania na tej podstawie. Nie mniej jednak jak wyżej wskazano, Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, nie zaś art. 257 Pzp, a jak Izba wyżej wskazała brak zabezpieczenia środków na sfinansowanie zamówienia nie stanowi wady postępowania. Okoliczność ta nie została bowiem wskazana w art. 457 ust. 1 Pzp.

Kolejno wskazać należy, że Zamawiający pomimo wskazywania na konieczność zrealizowania pierwszego etapu robót na dzień 20 grudnia 2024r. w dniu 10 grudnia 2024r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, co zdaniem Izby potwierdza, że w postępowaniu istniała możliwość zmiany i przesunięcia terminu realizacji robót. Jak bowiem wykazał Odwołujący niemożliwym było w ocenie Izby zrealizowanie zakresu robót przewidzianego w pierwszym etapie w okresie pomiędzy wyborem oferty najkorzystniejszej a upływem terminu. Pomimo braku realności realizacji robót Zamawiający nie stwierdził jednak na tamtym etapie postępowania braku możliwości zrealizowania zamówienia, co wskazuje, że nie uznawał upływu terminu na wadę postępowania skutkującą koniecznością jego unieważnienia.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 Pzp nie zaistniała w niniejszym stanie faktycznym, a więc zarzuty odwołania zasługiwały na uwzględnienie. Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1

oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: