Sygn. akt: KIO 1932/23

POSTANOWIENIE
z dnia 19 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Agata Mikołajczyk
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 19 lipca 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 4 lipca 2023 r. przez odwołującego: **Przedsiębiorstwo Drogowe KONTRAKT Sp. z o.oz/s w Krośnie Odrzańskim** (ul. Szosa Poznańska 17 66600 Krosno Odrzańskie) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Torzym** (ul. Wojska Polskiego 32 66**l** 235 Torzym),

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze;

2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Przedsiębiorstwo Drogowe KONTRAKT Sp. z o.oz/s w Krośnie Odrzańskim** (ul. Szosa Poznańska 17 66600 Krosno Odrzańskie) kwoty **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę uiszczonego wpisu od odwołania.

3.Nie uwzględnia wniosku odwołującego **Przedsiębiorstwo Drogowe KONTRAKT Sp. z o.oz/s w Krośnie Odrzańskim** (ul. Szosa Poznańska 17 66600 Krosno Odrzańskie) o zasądzenie na jego rzecz kwoty 4.743 zł 37 gr (słownie: cztery tysiące siedemset czterdzieści trzy złote trzydzieści siedem groszy) tytułem: wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł oraz kosztów: noclegu w kwocie 315 zł i dojazdu w kwocie 828 zł 37 gr.

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 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……..……..……..……..……..……..

Sygn. akt: KIO 1932/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 4 lipca 2023 r. przez odwołującego: Przedsiębiorstwo Drogowe KONTRAKT Sp. z o.o. z/s w Krośnie Odrzańskim (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Torzym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP],w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Przebudowę dróg gminnych w Prześlicach" oraz "Przebudowa dróg nr 006233 i drogi osiedlowej w Boczowie". Numer referencyjny: BGN.II.271.5.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP 2023/BZ 00233473.
Odwołujący podał, że wobec czynności polegających na:
(I)unieważnieniu Postępowania co do części nr 1 i części nr 2 bez podania uzasadnienia faktycznego w zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania;
(II)unieważnieniu Postępowania co do części nr 1 i części nr 2 poprzez stwierdzenie, iż Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
(III)unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu co do części nr 1 i części nr 2;
(IV)w następstwie czynności wskazanych w pkt (I) i (II) i (III) powyżej zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postepowaniu w części 1 i w części 2;
Zamawiający naruszył:
(1)art. 255 pkt 6 PZP (w zw. z art. 260 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1,2 PZP)
poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na zaniechaniu wykazania i uzasadnienia w zawiadomienia o unieważnieniu Postępowania w części nr 1 i części nr 2, iż wystąpiły przesłanki do unieważnienia Postępowania w części nr 1 i części nr 2 polegające na obarczeniu Postępowania w części nr 1 i w części nr 2 niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
(2)art. 255 pkt 6 PZP (w zw. z art. 457 ust. 1 PZP)
poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i zaniechanie wskazania podstawy unieważnienia umowy w zakresie art. 457 ust. 1 PZP;
(3)art. 239 ust. 1 PZP (w zw. z art. 17 ust. 2 PZP)
poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego w Postępowaniu część 1 i część 2 jako

najkorzystniejszej;

Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

–nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania co do części nr 1 i części nr 2 oraz ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, a w jej następstwie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu w części nr 1 i w części nr 2,

–przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego pisma procesowego na okoliczności tam wskazane,

–zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed („KIO").

Wykonawca podał, że: „Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył w Postępowaniu ofertę na część nr 1 i cześć nr 2, która jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu w świetle kryteriów oceny ofert. Wadliwość podjętych przez Zamawiającego czynności wskazanych w petitum Odwołania, uniemożliwia zatem Odwołującemu uzyskanie zamówienia, skutkując poniesieniem przez Odwołującego uszczerbku, polegającego na nieudzieleniu mu zamówienia, pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty. Okoliczności wskazane w zdaniu poprzednim skutkują zatem wyrządzeniem Odwołującemu szkody polegającej na nieuzyskaniu spodziewanego zysku".

W uzasadnieniu stanowiska podał:

Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego

1.Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie art. 275 pkt 1 PZP (trybie podstawowym bez możliwości negocjacji) właściwych dla postępowań o wartości zamówienia nieprzekraczającej progów unijnych dla postępowań o roboty budowlane.

2.Przedmiotem zamówienia w Postępowaniu jest „Przebudowa dróg gminnych w podziale na następujące części: - części nr 1 „Przebudowa dróg gminnych w Prześlicach" oraz „część nr 2 „Przebudowadróg nr 006233F i drogi osiedlowej w Boczowie". Dowód: pkt IV SWZ (załącznik do Odwołania);

3.Oferty w Postępowaniu część nr 1 złożyło 2 wykonawców: (1) DROGOBUD Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Świebodzinie (2) Odwołujący.

4.Oferty w Postępowaniu część nr 2 złożyło 4 wykonawców: (1) DROGOBUD Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Świebodzinie (2) Odwołujący (3) Trans Oder-Plus S.C. P.O. P.O. (4) Sulbruk P.B..

Dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 20 czerwca 2023 r. (załącznik do Odwołania)

5.W dniu 22 czerwca 2023 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze (jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu) w ramach części nr 1 oraz części nr 2 oferty złożonej przez Odwołującego.

Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 czerwca 2023 r. (załącznik do Odwołania);

6.W dniu 29 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o unieważnieniu Postępowania.

Dowód: informacja o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnieniu Postępowania z dnia 29 czerwca 2023 r. (załącznik do Odwołania);

7.Zamawiający zamieścił także na stronie Postępowania ogłoszenie o wyniku Postępowania zawierające informację o unieważnieniu Postępowania.

Dowód: ogłoszenie o wyniku Postępowania z dnia 29 czerwca 2023 r. (załącznik do Odwołania)

II.Uzasadnienie zarzutów

Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 Pzp (w zw. z art. 260 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1,2 Pzp)

8.Unieważniając czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważniając Postępowanie w zakresie części nr 1 i części nr 2 w oparciu o art. 255 ust. 6 PZP Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, że Zamawiający po dokonaniu czynności, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu powziął informację, że postepowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dowód: informacja o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnieniu postępowania (załącznik do Odwołania)

9.Powyższe czynności Zamawiającego są w oczywisty sposób wadliwe prawnie.

10.W pierwszej kolejności wskazać należy, że aby możliwe było unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP muszą łącznie wystąpić przesłanki: 1) postępowanie jest obarczone wadą 2) wada jest nieusuwalna 3) wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

11.Tymczasem w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający nie wykazał w zawiadomieniu o unieważnieniu by wymienione przesłanki unieważnienia Postępowania w części nr 1 i w części nr 2 zaszły. Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu informacji o unieważnieniu okoliczności jakie Zamawiający uznał za „wady postępowania", Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu żadnych okoliczności, które przemawiałyby za tym, że wada jest nieusuwalna jak i również brak jest w uzasadnieniu unieważnienia Postępowania w części nr 1 i w części nr 2 wskazania jakichkolwiek okoliczności

uzasadniających przekonanie Zamawiającego, iż wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
12.Zamawiający nie ustalił również związku przyczynowo- skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady Postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu, co jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 12 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO 878/23) jest konieczne w takim przypadku: (…) konieczne jest ustalenie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu.
13.Ponadto należy zaznaczyć, iż na podstawie art. 260 ust. 1 PZP na Zamawiającego został nałożony obowiązek nie tylko poinformowania wykonawców o czynności unieważnienia, ale także sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego takiej czynności. Uzasadnieniem prawnym jest wskazanie przesłanek unieważnienia. Na uzasadnienie faktyczne powinno składać się przytoczenie okoliczności (stanu, faktów, zdarzeń), które spowodowały zastosowanie danej normy prawnej.
14.Takie rozumienie art. 260 ust. 1 PZP przyjmuje Krajowa Izba Odwoławcza („KIO") w licznym orzecznictwie. I tak w wyroku z dnia 17 kwietnia 2023 r. KIO zajęła stanowisko, że Izba chciałaby podkreślić, że Zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby było możliwe zweryfikowanie jej prawidłowości, co oznacza, że uzasadnienie faktyczne wymaga wskazania okoliczności (opis faktów, zdarzeń, stanu), które nakazują Zamawiającemu zastosowanie określonej normy prawnej, czego w ocenie Izby zabrakło w niniejszym postępowaniu.
15.W wyroku KIO (...) (sygn. akt 3811/21) przyjęła: W tym kontekście należało zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp, 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. Jak wynika z przywołanego przepisu Pzp, na zamawiającego został nałożony obowiązek nie tylko poinformowania wykonawcy o czynności unieważnienia, ale także sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego takiej czynności. Sporządzenie uzasadnienia faktycznego czynności unieważniania ma doniosłe znacznie. To bowiem w oparciu o ten dokument wykonawcy dowiadują się o motywach, jakie legły u podstaw czynności zamawiającego. Na podstawie argumentacji w nim zawartej wykonawcy podejmują decyzję o skorzystaniu lub nie ze środków ochrony prawnej przysługujących im wobec tej czynności.
16.Również w wyroku KIO (...) (sygn. akt KIO 817/21) KIO zajęła następujące stanowisko: Zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby było możliwe zweryfikowanie jej prawidłowości. Wykonawcy nie powinni być stawiani w sytuacji, że muszą się domyślać powodów, dla których czynność została dokonana przez Zamawiającego.
17.Odwołujący zauważa, iż w uzasadnieniu czynności unieważnienia Postepowania w części 1 oraz w części 2 brak jest uzasadnienia faktycznego polegającego na wskazaniu okoliczności (opisu faktów, zdarzeń, stanu), które nakazały Zamawiającemu zastosowanie normy prawnej z art. 255 ust. 6 PZP. Wykonawcy zostali zatem postawieni w sytuacji, że muszą się domyślać powodów, dla których czynności zostały dokonane przez Zamawiającego.
18. Ponadto Odwołujący zauważa, iż podanie podstaw unieważnienia Postępowania bez wyboru oferty wynika z potrzeby zapewnienia przejrzystości w zamówieniach publicznych oraz zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie podając tych podstaw, a w szczególności nie przedstawiając uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia Postępowania naruszył również art. 16 pkt 1 i 2 PZP.
19. W takim stanie rzeczy w ocenie Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie unieważnił Postępowanie w części 1 i części 2.
Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 pzp (w zw. z art. 457 ust. 1 pzp)
20.Istotne w niniejszej sprawie jest również, iż przepis art. 255 pkt 6 PZP ogranicza katalog podstaw do unieważnienia postępowania wyłącznie do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 PZP.
21.Przepis art. 457 ust. 1 PZP zawiera zamknięty katalog przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego i stanowi on, że 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.

22.Odwołujący zauważa, iż Zamawiający w Postępowaniu nie wskazał podstawy unieważnienia umowy w zakresie art. 457 ust. 1 PZP.
23.Podczas, gdy w ugruntowanym orzecznictwie KIO, w szczególności prezentowanym w wyroku z dnia 27 grudnia 2021 r. (sygn. akt KIO 3596/21) wynika: Ustalenie czy w danym postepowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przez odniesienie danego naruszenia przepisów ustawy Pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. W przepisach tych wymienione zostały bowiem wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia postępowania. Oznacza to, że wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być podstawą do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.
24.Także w wyroku (...) (KIO 3134/21) KIO zajęła następujące stanowisko: Obecnie obowiązujące przepisy nowej ustawy Pzp, jak słusznie podnosił Odwołujący, ograniczają katalog podstaw do unieważnienia postępowania wyłącznie do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Brak jest bowiem odpowiednika art. 146 ust. 6 uchylonej ustawy Pzp (przepis ten przewidywał możliwość wystąpienia do sądu przez Prezesa UZP o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania). Tym samym ograniczona została możliwość unieważnienia umowy wyłącznie do okoliczności wymienionych enumeratywnie w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.
25.Konkludując Odwołujący chciałby podkreślić, iż unieważnienie postępowania jest wyjątkiem i wszystkie określone przesłanki unieważnienia w art. 255 pkt 6 PZP w zw. z art. 457 ust. 1 PZP powinny być poddane wykładni ścisłej, co powoduje, iż Zamawiający bezpodstawnie unieważnił Postepowanie, nie podając w uzasadnieniu żadnej wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.
26. *Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 pzp (w zw. z art. 17 ust. 2 pzp)*
27.Stosownie do treści art. 239 ust. 1 PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Natomiast zgodni z art. 17 ust. 2 PZP zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
28.Zamawiający unieważniając Postępowanie w części nr 1 i w części nr 2 zaniechał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo, że Postępowanie z uwagi na powyższą argumentację nie powinno podlegać unieważnieniu.
29.Gdyby Zamawiający nie unieważnił Postępowania w części 1 i w części 2 Odwołujący uzyskałby zamówienie w części 1 i w części 2, bowiem oferta Odwołującego zgodnie z przepisami PZP zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W związku z tym zasadne jest również sformułowane zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 PZP i art. 17 ust. 2 PZP.
(...)
PODSUMOWANIE I WNIOSEK KOŃCOWY
33. Całokształt wyżej podniesionych okoliczności faktycznych prowadzi do jednoznacznej konkluzji o zasadności zarzutów podniesionych przez Odwołującego. (...)
34. W takim stanie rzecz Odwołanie jest konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi jak w petitum.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców. Termin na zgłoszenie takiego przystąpienia upływał w dniu 13/07/23. Zgodnie z informacją podaną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 11/07/23 (...) kopia odwołania została przesłana 10.07.2023 r.".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 17/07/23 wniósł o: (...)
1. oddalenie odwołania w całości;
2. obciążenie Wykonawcy kosztami niniejszego postępowania;
3. powołanie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Zamawiającego oraz z dokumentów: dwie promesy wstępne z dnia 03.08.2022 r. z potwierdzeniem ich otrzymania w dniu 03.08. 2022 r. na okoliczność, że inwestycje objęte niniejszym postępowaniem mają być sfinansowane w 98% z Polskiego Ładu na podstawie uchwały Rady Ministrów Nr 84/2021 z 1.7.2021 r. w sprawie ustanowienia Rządowego Funduszu Polski Ład: Programu Inwestycji Strategicznych (RM-06111-84-21)." W uzasadnieniu stanowiska w szczególności wskazał:

(...)

Udzielanie w/w zamówienia publicznego przez Zamawiającego miało nastąpić ze środków w 98% z Polskiego Ładu na podstawie uchwały Rady Ministrów Nr 84/2021 z 1.7.2021 r. w sprawie ustanowienia Rządowego Funduszu Polski Ład: Programu Inwestycji Strategicznych (RM-06111-84-21), zwana dalej uchwałą. Zamawiający otrzymał dwie promesy wstępne z dnia 03.08.2022 r. odrębnie na dwie inwestycje „Przebudowa dróg gminnych w Prześlicach" oraz „Przebudowa dróg nr 006233F i drogi osiedlowej w Boczowie" i powinien ogłosić dwa postępowania w trybie podstawowym, a ogłosił wyłącznie jedno z podziałem na części. Ponadto, promesy wstępne ważne były przez okres 9 miesięcy od ich otrzymania przez Zamawiającego, czyli do dnia 3 maja 2023 r., a Zamawiający ogłosił przetarg w dniu 25.05.2023 r., czyli w dniu jego ogłoszenia promesy nie były ważne, co wyklucza zawarcie umów z Polskiego Ładu, tj.

otrzymania przez Zamawiającego 98% dofinansowania do inwestycji. Zamawiający ma napięty budżet i nie jest w stanie wygospodarować środków na pokrycie inwestycji objętych niniejszym postępowaniem ze środków własnych. W dniu 04.07.2023 r. Zamawiający zwrócił się o wydanie kolejnych promes wstępnych na realizację zadań: „Przebudowa dróg gminnych w Prześlicach" oraz „Przebudowa dróg nr 006233F i drogi osiedlowej w Boczowie". „W interpretacjach (pytania i odpowiedzi) na stronie BGK jest między innymi takie wyjaśnienie: "Promesa będzie udzielona tylko do jednego przetargu" i kolejne wyjaśnienie "Jedną inwestycję może wykonywać kilku wykonawców ale muszą być wybrani w jednym przetargu". Zamawiający złożył jeden wniosek i otrzymał jedną promesę - jednak przedmiot zamówienia jest taki, że koniecznym jest przeprowadzić dwa postępowania."1 Beneficjent, który otrzymał jedną promesę dofinansowania z programu Polski Ład, jest zobowiązany przeprowadzić jedno postępowanie. Chodzi przy tym o zamówienie objęte dofinansowaniem.

Zgodnie z § 7 ust. 1 załącznika do uchwały pn. „Szczegółowe zasady i tryb udzielania dofinansowania z Rządowego Funduszu Polski Ład: Programu Inwestycji Strategicznych", zwanego dalej załącznikiem postępowanie zakupowe, mające na celu wyłonienie wykonawcy lub wykonawców inwestycji powinno zostać ogłoszone przez wnioskodawcę nie później niż w terminie 6 miesięcy od dnia udostępnienia przez BGK wnioskodawcy wstępnej promesy w aplikacji do obsługi Programu, o której mowa w Regulaminie określonym na podstawie § 11. Nierozpoczęcie postępowania zakupowego w terminie, o którym mowa w ust. 1, jest równoznaczne z rezygnacją wnioskodawcy z dofinansowania inwestycji z Programu, o czym BGK informuje Prezesa Rady Ministrów. Wnioskodawca zapewnia zgodność postępowania zakupowego z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w tym w szczególności z ustawą z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (§ 7 ust. 3 i 4 załącznika). Po zakończeniu i rozstrzygnięciu postępowania zakupowego, skutkującego wyborem wykonawcy lub wykonawców, wnioskodawca składa do BGK wniosek o udzielenie promesy, o której mowa w art. 69a ust. 1 ustawy, zwanej dalej „promesą" (§ 8 ust. 1 załącznika). Wypłata dofinansowania z Programu następuje po spełnieniu warunków wynikających z promesy i Regulaminu, o którym mowa w § 11, oraz złożeniu przez wnioskodawcę wniosku o wypłatę (§ 9 ust. 1 załącznika).

Zgodnie z art. 44 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (...) wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokościach ustalonych w uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego. Wójtowi przysługuje wyłączne prawo zaciągania zobowiązań mających pokrycie w ustalonych w uchwale budżetowej kwotach wydatków, w ramach upoważnień udzielonych przez radę gminy (art. 60 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (...). „Po pierwsze, ustawa o finansach publicznych wymaga, aby zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych zaciągał zobowiązania w zakresie przewidzianym w planie jednostki. Jeśli zatem zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych zaciąga zobowiązanie wykraczając poza zakres wydatków przewidzianych w planie finansowym stanowi to naruszenie dyscypliny finansów publicznych nawet w przypadku, gdy plan zostanie w późniejszym terminie zmieniony, a także gdy umowa o zamówienie publiczne zostanie później dostosowana do planu finansowego. Zgodnie z art. 35 ust. 1 u.f.p. wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokości ustalonych w ustawie budżetowej, uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego i w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych. Jednocześnie zgodnie z art. 36 ust. 1 u.f.p., 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."

„Wykładnia celowościowa przepisu art. 255 pkt 6 p.z.p. prowadzi do wniosku, że konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy." Mając powyższe na uwadze umowa zawarta bez zabezpieczonych środków w budżecie byłaby nieważna na podstawie art. 8 ust. 1 p.z.p w związku z art. 58 § 1 k.c. i art. 46 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (...). Zdaniem Zamawiającego bez zabezpieczonych środków w budżecie nie można zawrzeć ważnej umowy. Na taką umowę Skarbnik Zamawiającego nie ma prawa udzielić kontrasygnaty. Mając powyższe na uwadze, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w przedmiocie wniesionego odwołania podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie ze wskazanym ze wskazanym przepisem Pzp:

„Art. 568. Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku:

(…) 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; (…).

W niniejszej sprawie Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 tej ustawy, z jednej strony wskazał na związane z tym naruszenie art. 260 ust.1 Pzp (Zarzut 1), a z drugiej – naruszenie art. 457 ust.1 Pzp (Zarzut 2). W konsekwencji wskazując na naruszenie art. 239 ust.1 Pzp w zw. z art.17 ust.2 Pzp i jego niezastosowanie zarzucił zamawiającemu zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy wnoszącego

odwołanie (Zarzut 3).

Analiza materiału wskazuje, że postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie stało się zbędne z uwagi na brak – w okolicznościach faktycznych tej sprawy – brak substratu zaskarżenia.

Co do Zarzutu 1 wykonawca wobec czynności unieważnienia Postępowania zarówno w części nr 1 i części nr 2 wskazał na brak podania uzasadnienia faktycznego w zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania.

Izba rozważając argumentację dotyczącą braku podania uzasadnienia faktycznego w zawiadomieniu o unieważnieniu uznała argumentację za słuszną.

Zamawiający w piśmie z dnia 26/06/23 podał (cyt.): „*INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU CZYNNOŚ WYBORU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY ORAZ O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA o udzielenie zam publicznego w trybie pn.: „Przebudowa dróg gminnych w Prześlicach oraz „Przebudowa dróg nr 006233F i drogi osiedlowej w Boczowie" z podziałem na części o udzielenie zamówienia publicznego w trybie pn.: „Przebudowa dróg gminnych w Prześlicach oraz „Przebudowa dróg nr 006233F i drogi osiedlowej w Boczowie" z podziałem na części. Działając na podstawie art. 16 i 17 oraz art. 255 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), Zamawiający informuje, że unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i jednocześnie na podstawie art. 255 ust. 6 unieważnia postępowanie.*

Uzasadnienie: Zamawiający po dokonaniu czynności, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postepowaniu powziął informację, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego".

Podobnie w Ogłoszenie o wyniku postępowania opublikowanym w BZP w Sekcji V (ZAKOŃCZENIE POSTĘPOWANIA wskazano, że w tych częściach Postępowanie zakończyło się unieważnieniem (5.1). Następnie w pkt 5.2.) wskazano: „*Podstawa prawna unieważnienia postępowania: art. 255 pkt 6 ustawy" a w 5.2.1 Przyczyna unieważnienia postępowania: Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą*".

Wskazany w odwołaniu art. 255 pkt 6 Pzp stanowi:

„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

(...) 6)postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; (...)

Z kolei w myśl powołane w zw. z zarzutem z pkt [I] art. 260 ust.1 Pzp:

„1. 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".

Treść cytowanej decyzji w uzasadnieniu czynności unieważnienia Postepowania w części 1 oraz w części 2 nie zawiera *de facto* uzasadnienia faktycznego. Brak bowiem wskazania okoliczności (faktów, zdarzeń, stanu), które nakazały Zamawiającemu zastosowanie normy prawnej z art. 255 ust. 6 Pzp. Powiela bowiem tylko przesłanki z przepisu, podczas gdy z treści uzasadnienia w części jego faktycznej powinno wynikać, jakie to powody faktyczne powodowały, że Zamawiający był zmuszony dokonać czynności unieważnienia Postępowania we wskazanych częściach. Tym samym podnoszone w związku z tym zarzutem naruszenie wskazanego w odwołaniu art. 255 ust. 6 Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp było zasadne.

Jednakże orzekając w zakresie tego zarzutu Izba zobowiązana była uwzględniać wytyczne wynikające z art. 552 ust.1 ustawy Pzp oraz z art. 568 pkt 2 tej ustawy.

Pierwszy z przepisów (art. 552 ust.1 Pzp) stanowi: „*Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego*."

Z kolei w myśl drugiego: „Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (...) 2)*stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne;* (...)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał na okoliczności nie ujawnione w decyzji wykonawcom, w tym Odwołującemu, a mianowicie, że udzielenie tych zamówień miało nastąpić (...) *ze środków w 98% z Polskiego Ładu na podstawie uchwały Rady Ministrów Nr 84/2021 z 1.7.2021 r. w sprawie ustanowienia Rządowego Funduszu Polski Ład: Programu Inwestycji Strategicznych (RM-06111-84-21)" oraz, że (...) otrzymał dwie promesy wstępne z dnia 03.08.2022 r. odrębnie na dwie inwestycje „Przebudowa dróg gminnych w Prześlicach" oraz „Przebudowa dróg nr 006233F i drogi osiedlowej w Boczowie" i w związku z tym (...) powinien ogłosić dwa postępowania w trybie podstawowym, a ogłosił wyłącznie jedno z podziałem na części".* Wskazał także, że *(...) promesy wstępne ważne były przez okres 9 miesięcy od ich otrzymania przez Zamawiającego, czyli do dnia 3 maja 2023 r., a Zamawiający ogłosił przetarg w dniu 25.05.2023 r., czyli w dniu jego ogłoszenia promesy nie były ważne, co wyklucza zawarcie umów z Polskiego Ładu, tj. otrzymania przez Zamawiającego 98% dofinansowania do inwestycji*". Podał ponadto, że (...) *Zamawiający ma napięty budżet i nie jest w stanie wygospodarować środków na pokrycie inwestycji objętych niniejszym postępowaniem ze środków własnych. W dniu 04.07.2023 r. Zamawiający zwrócił się o wydanie kolejnych promes wstępnych na realizację zadań: „Przebudowa*

dróg gminnych w Prześlicach" oraz „Przebudowa dróg nr 006233F i drogi osiedlowej w Boczowie". „W interpretacjach (pytania i odpowiedzi) na stronie BGK jest między innymi takie wyjaśnienie: "Promesa będzie udzielona tylko do jednego przetargu" i kolejne wyjaśnienie "Jedną inwestycję może wykonywać kilku wykonawców ale muszą być wybrani w jednym przetargu". Zamawiający złożył jeden wniosek i otrzymał jedną promesę - jednak przedmiot zamówienia jest taki, że koniecznym jest przeprowadzić dwa postępowania."1 Beneficjent, który otrzymał jedną promesę dofinansowania z programu Polski Ład, jest zobowiązany przeprowadzić jedno postępowanie. Chodzi przy tym o zamówienie objęte dofinansowaniem". Wskazał: „*Zgodnie z § 7 ust. 1 załącznika do uchwały pn. „Szczegółowe zasady i tryb udzielania dofinansowania z Rządowego Funduszu Polski Ład: Programu Inwestycji Strategicznych", zwanego dalej załącznikiem postępowanie zakupowe, mające na celu wyłonienie wykonawcy lub wykonawców inwestycji powinno zostać ogłoszone przez wnioskodawcę nie później niż w terminie 6 miesięcy od dnia udostępnienia przez BGK wnioskodawcy wstępnej promesy w aplikacji do obsługi Programu, o której mowa w Regulaminie określonym na podstawie § 11. Nierozpoczęcie postępowania zakupowego w terminie, o którym mowa w ust. 1, jest równoznaczne z rezygnacją wnioskodawcy z dofinansowania inwestycji z Programu, o czym BGK informuje Prezesa Rady Ministrów. Wnioskodawca zapewnia zgodność postępowania zakupowego z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w tym w szczególności z ustawą z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (§ 7 ust. 3 i 4 załącznika). Po zakończeniu i rozstrzygnięciu postępowania zakupowego, skutkującego wyborem wykonawcy lub wykonawców, wnioskodawca składa do BGK wniosek o udzielenie promesy, o której mowa w art. 69a ust. 1 ustawy, zwanej dalej „promesą" (§ 8 ust. 1 załącznika). Wypłata dofinansowania z Programu następuje po spełnieniu warunków wynikających z promesy i Regulaminu, o którym mowa w § 11, oraz złożeniu przez wnioskodawcę wniosku o wypłatę (§ 9 ust. 1 załącznika*)".

Tym samym Zamawiający – pomimo wniosku o oddalenie odwołania w całości i możliwości uwzględnienia zarzutu na gruncie ustawy Pzp – dopiero w odpowiedzi na to odwołanie wskazał na okoliczności faktyczne wcześniej nie podane wykonawcom w decyzji o unieważnieniu postępowania. Jednocześnie to oznacza, że na dzień wydania orzeczenia 19 lipca 2023 r. nie istniał substrat zaskarżenia związany z tym zarzutem oparty na braku wskazania okoliczności faktycznych unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, będących podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej na zastosowanie przesłanki z art. 255 pkt 6 Pzp w odwołaniu z dnia 4 lipca 2023 r. Izba dodaje, że Ustawodawca przewidział sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia i, co Izba – mając na uwadze odpowiednio wytyczne z art. 552 ust. 1 Pzp - jest zobowiązana uwzględnić wydając orzeczenie w danej sprawie. Z kolei orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć miejsca, albowiem wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

Także drugi z zarzutów (Zarzut 2) naruszenia art. 255 pkt 6 Pzp, w tym przypadku w zw. z art. 457 ust.1 Pzp jest powiązany z brakiem podania wykonawcom okoliczności faktycznych unieważnienia przedmiotowego postępowania. Wykonawca jak wynika z odwołania i uzasadnienia w zakresie tego zarzutu (i co podnosił na posiedzeniu) brak jakichkolwiek okoliczności (co kwestionuje w ramach zarzutu 1) uzasadniających przekonanie Zamawiającego, że wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego nie pozwalała wykonawcy na polemikę merytoryczną, co do faktów. Te fakty nie zostały ujawnione wykonawcom przed 4 lipca br (data wniesienia odwołania). Zostały przedstawione przez Zmawiającego dopiero w toku postępowania odwoławczego przed KIO (vide!: odpowiedź na odwołanie). W konsekwencji nie stanowiły podstawy do zbudowania zarzutów odwołania, w granicach których Izba orzeka i nie mogły być brane pod uwagę przy rozstrzyganiu o tym zarzucie.

Także zarzut naruszenia art. 239 ust.1 Pzp w zw. z art. 17 ust.2 Pzp i jego niezastosowanie dotyczący zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie (Zarzut 3) jest w konsekwencji związany z wynikiem rozstrzygnięcia w przedmiocie tego zarzutu dotyczącego – w przypadku odwołania wniesionego w dniu 4 lipca 2023 r. na hipotezach i domniemaniach, co do podstaw unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba uznała, że dokonując oceny faktów na dzień 19 lipca 2023 r. i wydając w tym dniu orzeczenie co do tych zarzutów także jest zobowiązana uwzględniać przytaczane wytyczne z przepisu art. 552 ust. 1 Pzp oraz przesłankę wskazaną w art. 568 pkt 2 Pzp.

W konkluzji Izba stwierdza, że wykonawca dysponując nowymi okolicznościami faktycznymi, które potencjalnie mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Uznanie przez Izbę, że te okoliczności pozostają bez wpływu na wynik postępowania stanowiłoby niezasadne ograniczenie możliwości skorzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej. Wykonawca bowiem, aby móc pełnoprawnie korzystać ze środków ochrony prawnej powinien dysponować kompleksową wiedzą o tym na jakiej podstawie faktycznej nastąpiło unieważnienie przedmiotowego postępowania w oparciu o przesłanki wymagane art. 255 pkt 6 Pzp, co z kolei pozwalałoby mu na ocenę (polemikę) zasadności jego zastosowania. Taka wiedza niewątpliwie jest istotną okolicznością faktyczną w procesie oceny prawidłowości

unieważnienia postępowania i może ona mieć wpływ na ostateczną decyzję wykonawcy co do skorzystania ze środka ochrony prawnej na gruncie Pzp.

Izba na marginesie zauważa, że ze wstępnych ustaleń tego składu orzekającego Izby wynika, że o wskazywanych nowych okolicznościach Odwołujący mógł dowiedzieć się w dniu 19 lipca 2023 r., kiedy to Izba na posiedzeniu z urzędu doręczyła pełnomocnikowi Odwołującemu pismo z dnia 17 lipca 2023 r. stanowiące odpowiedź na odwołanie wraz z jej załącznikami. Jednakże w przypadku korzystania ze środka ochrony prawnej o dacie powzięcia takiej informacji rozstrzygnie właściwy skład orzekający. W tym postępowaniu odwoławczym skład orzekający nie prowadził takiego postępowania dowodowego, a doręczenie odpowiedzi stanowiło tylko czynność techniczną z uwagi na brak – według oświadczenia pełnomocnika Odwołującego i braku stanowiska nieobecnego na posiedzeniu Zamawiającego – przesłania do dnia 19 lipca 2023 r. wykonawcy takiej odpowiedzi przez Zamawiającego zgodnie z pismem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismem z dnia 11 lipca 2023 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 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). Z uwagi na umorzenie tego postępowania na podstawie przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp koszty postępowania odwoławczego zostały wzajemnie zniesione między stronami i z tego względu Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu i dojazdu w kwocie kwoty 4.743 zł 37 gr. Izba orzekła natomiast o nakazaniu zwrotu na jego rzecz wpisu od odwołania (w pełnej wysokości) uiszczonego przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

……..……..