

WYROK

z dnia 8 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Magdalena Rams
Ewa Sikorska**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 grudnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 30 listopada 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Getinsa Payma S.L. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania)**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie dokumentacji projektowych dla odcinka Czyżew - Białystok od km 107.260 – do km 178.500, uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i przygotowanie wniosków o wydanie wszystkich niezbędnych pozwoleń, decyzji administracyjnych oraz materiałów przetargowych na roboty budowlane w ramach projektu POIiŚ 7.1-75 „Modernizacja linii E 75 na odcinku Sadowne - Białystok wraz z robotami pozostałymi na odcinku Warszawa - Rembertów - Sadowne – Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)”* (nr postępowania 6060/ICZ4/000029/13/P)

prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **AECOM Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz udostępnienie odwołującemu dokumentacji prowadzonego postępowania w pełnym zakresie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie i:**

1

Sygn. akt KIO 2610/15

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Getinsa Payma S.L. z siedzibą w Madrycie** tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od zamawiającego – PKP Polskich Linii Kolejowych S.A z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego – Getinsa Payma S.L. z siedzibą w Madrycie kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „PKP”} prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp” lub „Pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Wykonanie dokumentacji projektowych dla odcinka Czyżew - Białystok od km 107.260 – do km 178.500, uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i przygotowanie wniosków o wydanie wszystkich niezbędnych pozwoleń, decyzji administracyjnych oraz materiałów przetargowych na roboty budowlane w ramach projektu POIiŚ 7.1-75 „Modernizacja linii E 75 na odcinku Sadowne - Białystok wraz z robotami pozostałymi na odcinku Warszawa - Rembertów - Sadowne – Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)”* (nr referencyjny postępowania 6060/ICZ4/000029/13/P).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 sierpnia 2013 r. pod nr 2013/S_169-293297, a 2 września 2013 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.plk-sa.pl), na której również od tego dnia udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

20 listopada 2015 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Getinsa Payma S.L. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii {spółka działająca poprzednio pod firmą Getinsa Ingeniería S.L; dalej również w skrócie: „Getinsa”} – zawiadomienie o unieważnieniu postępowania.

30 listopada 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego oraz od zaniechania dokonania uzasadnienia faktycznego tej czynności, a także od zaniechania udostępnienia dokumentacji postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 93 ust. 1a – przez zastosowanie tego przepisu pomimo niewystąpienia przesłanki

3

Sygn. akt KIO 2610/15

jego zastosowania w postaci nieprzyznania Zamawiającemu środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej.

2. Art. 93 ust. 3 pkt 2 – przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania.

3. Art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i w zw. z art. 9 ust. 1 – przez zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami po 16 kwietnia 2015 r.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

2. Udostępnienia dokumentacji postępowania, tj. protokołu postępowania wraz z załącznikami po 16 kwietnia 2015 r.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w następujący sposób sprecyzował powyższą listę zarzutów.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

{Unieważnienie postępowania – jako wyjątek od zasady, zakaz wykładni rozszerzającej.}

Odwołujący podkreślił, że jedną z podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych jest zasada trwałości postępowania oraz realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i realizacji

zamówienia. Tym samym unieważnienie postępowania zawsze należy traktować jako wyjątek od zasady.

Dodatkowo z uwagi na zasadę *exceptiones non sunt extendendae* przesłanki unieważnienia postępowania określone w art. 93 ust. 1 i 1a pzp należy interpretować w sposób ścisły. Odwołujący powołał się na to, że taki pogląd wielokrotnie potwierdziła w swoich orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza {wskazano na wyrok z 5 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2047/11) oraz wyrok z 1 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 606/11), z których uzasadnień przytoczono tezy}, a także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 20 lipca 2010 r. (sygn. akt IV Ca 429/10), w którym podkreślił, że wykładnia rozszerzająca jednej z podstaw unieważnienia postępowania powodowałaby powstanie nowej przesłanki unieważnienia postępowania, nieprzewidzianej przez ustawodawcę.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący podniósł, że nie może być argumentem uzasadniającym unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a pzp stwierdzenie Zamawiającego, że *Przez nie przyznanie sfinansowania należy rozumieć również cofnięcie finansowania*, gdyż ustawodawca w tym przepisie nie przewidział takiej przesłanki unieważnienia postępowania, jak cofnięcie finansowania. Gdyby celem ustawodawcy było, aby podstawą unieważnienia był także przypadek utraty dofinansowania, dałby temu wyraz w brzmieniu przepisu.

4

Sygn. akt KIO 2610/15

{brak spełnienia przesłanek unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1a pzp}

Odwołujący ponadto zrelacjonował, że Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania ograniczył się do wskazania, że podpisał aneks do umowy o dofinansowanie oraz, że aneksem tym wyłączono z umowy o dofinansowanie środki przeznaczone na realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający stwierdził ponadto, że przez nieprzyznanie finansowania należy rozumieć także cofnięcie finansowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wskazuje sam Zamawiający, umowa o dofinansowanie jest z 31 października 2013 r., czyli wtedy Zamawiającemu przyznano dofinansowanie.

Odwołujący ponownie podniósł, że ustawodawca wyraźnie wskazał w art. 93 ust. 1a pzp, że podstawą unieważnienia postępowania jest wyłącznie brak przyznania środków. Zamawiający nie tylko nie wykazał braku przyznania środków, a wręcz wykazał stan przeciwny, gdyż sam wskazał na umowę z 31 października 2013 r. zawartą z Centrum Unijnych Projektów Transportowych {dalej również: „CUPT”}, na której podstawie przyznano mu środki. Zdaniem Odwołującego w tych okolicznościach powoływana przez Zamawiającego przesłanka po prostu nie zaistniała.

Odwołujący zarzucił ponadto, że Zamawiający nie wykazał, że okoliczności takie w ogóle zaistniały, gdyż nie dołączył do zawiadomienia o unieważnieniu ani samej umowy z 31 października 2015 r., ani aneksów do niej. Tymczasem to na Zamawiającym ciąży ciężar dowodu w tym zakresie, tj. zaistnienia przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że podane przez Zamawiającego przyczyny unieważnienia postępowania nie znajdują umocowania ani w stanie prawnym, ani w faktycznym.

Po pierwsze – wyłączenie na wniosek samego Zamawiającego w drodze aneksu finansowania przedmiotu zamówienia z umowy o dofinansowanie nie mieści się w dyspozycji art. 93 ust. 1a pzp.

Po drugie – nie mają znaczenia twierdzenia o cofnięciu finansowania, podczas gdy Zamawiający pozostaje w zwłoce co najmniej od 16 kwietnia 2015 r., tj. od dnia, w którym Sąd Okręgowy w Warszawie wydał wyrok (sygn. akt XXIII Ga 269/15), po rozpatrzeniu skarg od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 397/14). Skoro Zamawiający przez ponad 6 miesięcy nie dokonał żadnych czynności w postępowaniu, w szczególności nie wykonał wyroku sądu okręgowego, nie może następczo unieważniać postępowania ze względu na okoliczność, że na jego wniosek zmieniona została umowa o dofinansowanie.

5

Sygn. akt KIO 2610/15

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczność, że Zamawiający nie podjął żadnych czynności od 16 kwietnia 2015 r., w szczególności nie wykonał powyżej wymienionych wyroków. Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia tej dokumentacji.

Zdaniem Odwołującego wskazana przez Zamawiającego przyczyna unieważnienia postępowania ma charakter pozorny, zaś rzeczywiste intencje Zamawiającego pozostają ukryte. Zapewne Zamawiający z innych przyczyn, znanych tylko sobie samemu, chce unieważnić postępowanie. Wskazuje na to chociażby enigmatyczne sformułowanie o „innych okolicznościach” uzasadniających unieważnienie postępowania.

Odwołujący w podsumowaniu zarzucił, że takie zachowanie Zamawiającego jest niedopuszczalne i narusza przepisy ustawy pzp. Odwołujący dodał, że *unieważnienie postępowania z naruszeniem przepisów prawa stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, o której mowa w art. 17 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

{zaniechanie udostępnienia dokumentacji postępowania}

Odwołujący podał, że do 20 listopada 2015 r. Zamawiający nie odpowiedział w żaden sposób na składane przez Odwołującego wnioski w zakresie dostępu do dokumentacji postępowania, w szczególności w zakresie udostępnienia korespondencji, jaką prowadził z wykonawcami po wydaniu przez Sąd Okręgowy w Warszawie wyroku z 16 kwietnia 2015 r. Odwołujący sprecyzował, że 9 lipca 2015 r. zwrócił się o udostępnienie takich dokumentów oraz o udzielenie informacji. Dodatkowo 5 listopada 2015 r. złożył pisemny wniosek o wgląd do protokołu postępowania.

Odwołujący stwierdził, że w związku z tym nie zna przyczyn odmówienia mu wglądu w dokumentację postępowania. W szczególności Odwołujący nie wie, czy Zamawiający prowadził od kwietnia 2015 r. jakąś korespondencję z wykonawcami, czy podjął jakieś kroki prawne w celu wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego. Co więcej, Odwołujący nie zna też przyczyn przedmiotowego zaniechania Zamawiającego. Odwołujący przypuszcza, że przyczyną może być chęć ukrycia przed nim jakiś dokumentów, które wskazują na brak podstaw do unieważnienia postępowania.

W piśmie z 4 grudnia 2015 r. Odwołujący – w związku z otrzymaniem w ramach informacji publicznej z CUPT umowy o dofinansowaniu wraz z aneksami, wniosków o zawarcie aneksów nr 1 i 2, a także po dokonaniu analizy informacji publicznej dotyczącej finansowania projektu Rail Baltica – wywiódł w szczególności, co następuje.

Zamawiający dokonał jedynie przesunięcia, zmian w zakresie finansowania, ale

6

Sygn. akt KIO 2610/15

niegdy finansowania nie utracił. Co więcej – jedną z przesłanek podpisania aneksu nr 3, który według Zamawiającego stanowi podstawę unieważnienia postępowania, było wykazanie przez Zamawiającego, że środki na finansowanie projektu Rail Baltica, w tym także przedmiotowe zamówienia, zostały przesunięte do programu CEF 2014.

Zdaniem Odwołującego powyższe wynika z odpowiedzi, jaką uzyskał z CUPT: *Beneficjent motywował usunięcie zadania przytoczonego powyżej długotrwałą procedurą przetargową (odwołania w KIO i sądzie) oraz poinformował CUPT iż planuje realizować powyższe zadanie w ramach projektu CEF on. Prace na linii E75 na odcinku Czyżew - Białystok. CUPT uzyskał zgodę Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju na podpisanie tego jak i wszystkich aneksów do UoD.*

Odwołujący ponadto wskazał na następujące okoliczności:

- Rada Ministrów podjęła 15 września 2015 r. uchwałę nr 162/2015 w sprawie ustanowienia Krajowego Programu Kolejowego do 2023 roku, zgodnie z którym *Prace na linii E 75 na odcinku Sadowne - Białystok wraz z robotami pozostałymi na odcinku Warszawa Rembertów - Sadowne podstawowa* zostały objęte wnioskiem w naborze CEF 2014;
- Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju 13 lipca 2015 r. poinformowało, że 14 polskich projektów, w tym projekt obejmujący przedmiotowe zamówienie, zostało zaakceptowanych do finansowania z budżetu pierwszego konkursu o wsparcie projektów transportowych

z instrumentu Łącząc Europę (z ang. Connecting Europe Facility – CEF) – wprost wskazano na linię E75;

– Zamawiający 29 czerwca 2015 r. poinformował na swojej stronie internetowej, że wszystkie projekty PLK złożone w konkursie CEF otrzymały unijne dofinansowanie. {Do pisma załączono korespondencję elektroniczną prowadzoną z CUPT oraz udostępnione przez CUPT materiały, w tym umowę o dofinansowanie wraz z aneksami oraz korespondencją pomiędzy CUPT a Zamawiającym poprzedzającą ich zawarcie, a także wymienione powyżej opracowania}.

Tym samym według Odwołującego należy uznać, że twierdzenie o cofnięciu finansowania jest nieprawdziwe, gdyż nie znajduje oparcia w powyższym stanie faktycznym. Po pierwsze – nie miało miejsce cofnięcie finansowania, a jedynie zmiana jego źródła. Po drugie – zmiana ta nastąpiła wyłącznie wskutek inicjatywy Zamawiającego, a zatem można je określić je jedynie jako rezygnację z finansowania, ale z całą pewnością nie jako cofnięcie finansowania.

W opinii Odwołującego gdyby uznać, że dobrowolna rezygnacja z finansowania może być podstawą unieważnienia postępowania za zgodne z prawem, należałoby w efekcie uznać, że każdy zamawiający może w dowolnym momencie postępowania zrezygnować z finansowania i na tej podstawie unieważnić postępowanie. Jest to sprzeczne z zasadą

7

Sygn. akt KIO 2610/15

trwałości postępowania.

2 grudnia 2015 r. Zamawiający przekazał faksem kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

4 grudnia 2015 r. wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Izby zgłoszenie przez AECOM Polska sp. z o.o. {dalej również: „Aecom”; poprzednio: URS Polska sp. z o.o.} z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Ponieważ powyższe przystąpienie zostało zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii Stronom, a także nie zgłoszono co do niego opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

4 grudnia 2015 r. wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Izby zgłoszenie przez SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu (Francja) przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba na podstawie art. 185 ust. 4 pzp uwzględniła zgłoszoną na posiedzeniu opozycję przeciw temu przystąpieniu. Odwołujący zasadnie podniósł, że wykonawca nie może mieć interesu w utrzymaniu w mocy unieważnienia postępowania, gdyż uniemożliwia to uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający nie złożył na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie, ale oświadczył, że nie uznaje zarzutów odwołania za zasadne.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Natomiast Izba rozpoznała złożony na posiedzeniu przez Zamawiającego wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 pzp, z uwagi na wniesienie odwołania przez podmiot nieuprawniony, gdyż osoba, która udzieliła pełnomocnictwa do złożenia odwołania, sama nie była do tego umocowana.

Izba ustaliła, że na wstępie pełnomocnictwa z 25 listopada 2015 r. udzielonego m.in. osobie, która podpisała odwołanie, wskazano, że P. D. G. G. jest uprawniony do reprezentacji Getinsa Payma S.L zgodnie z pełnomocnictwem udzielonym mu przez spółkę

8

Sygn. akt KIO 2610/15

Getinsa Ingeniería S.L. 11 marca 2015 r., które ponownie zostało wskazane po podpisie jako załącznik, i rzeczywiście zostało załączone.

Z tego ostatniego pełnomocnictwa, sporządzonego przez hiszpańskiego notariusza, wynika że uchwałą spółki Getinsa udzielono pełnomocnictwa na rzecz m.in. P. D. G. G. do jednoosobowej reprezentacji m.in. w następująco określonym zakresie: (...)

8. *Stawać i występować z pełnią praw do reprezentowania Spółki, jako wnioskodawca, oświadczający, dysponent, sprawca, pozwany, interwenient, skarżący lub w jakimkolwiek innym charakterze, podczas postępowań, dyspozycji, spraw, spraw pojedynczych, sądów, procesów i innych; przed wszelkiego typu Ministerstwami, departamentami, Instytutami, Biurami i organami Państwa, Prowincji i Miejscowości, Sądami, Trybunałami, Sądami Pracy, Prokuratorami, Związkami, Delegaturami, Komitetami, Komisjami, Funkcjonariuszami wszelkimi innymi Centrami lub Organami Cywilnymi, karnymi, Handlowymi, Administracyjnymi, Skarbowymi, Kanonicznymi, Sądowo-Administracyjnymi, Rządowymi, Pracowniczymi, jakiegokolwiek innego typu, rangi czy kompetencji; we wszelkich jurysdykcjach, poziomach i instancjach, włącznie z Trybunałem Konstytucyjnym, we wszelkich sprawach, kwestiach, postępowaniach, działaniach, procedurach i podaniach, aż do ich pełnego zakończenia, wypełnienia i realizacji dyspozycji, oświadczeń, decyzji, rozwiązań, postanowień, wyroków, i konkluzji ostatecznych. Z pełną gamą uprawnień i możliwości, włącznie z tymi do odrzucania i wykluczania, składania odwołań zwykłych i nadzwyczajnych, jak dotyczących kasacji, rewizji i anulowania; (...) poddawać się arbitrażom, postępowaniom pojedynczym, rozwiązaniom proponowanym przez osoby trzecie itp.; wszystko to w pełnym rozumieniu uprawnień, bez żadnych ograniczeń lub limitów.*

9. *Stawać do konkursów, przetargów lub do jakiegokolwiek innego typu licytacji, ogłaszanych na terenie kraju lub za granicą, przez organy publiczne lub instytucje prywatne, włącznie z występowaniem wspólnym, z reprezentacją jedno lub wieloosobową, wraz z innymi uczestnikami, zarówno osobami prawnymi lub fizycznymi, a także w składzie Konsorcjów, Joint Ventures, lub innych związków. I w tym celu, składać oświadczenia, propozycje, oferty, przedkładać dokumentację, informacje, raporty, projekty i próbki; ustanawiać i likwidować gwarancje i zabezpieczenia, tymczasowe lub ostateczne, oraz wycofywać je; brać udział w otwarciach ofert, licytacjach, składać wnioski w odniesieniu do tychże, jak również przedkładać Komisji przetargowej, lub innemu organowi ogłaszającemu, wszelkie reklamacje, zastrzeżenia i uwagi, jakie uzna za właściwe, i podpisywać związane z tym dokumenty; przyjmować zamówienia i redagować i podpisywać związane z nimi kontrakty, odbierać wszelkiego typu poświadczenia, zatwierdzać i podpisywać wszelkie rozliczenia, aż do całkowitej realizacji zamówień i kontraktów. (...)*

9

Sygn. akt KIO 2610/15

11. *Wykonywać, odrzucać i odwoływać udzielone pełnomocnictwa. Oraz udzielać i odwoływać pełnomocnictwa do reprezentowania Spółki, z niezbędnymi uprawnieniami, zawartymi pośród udzielanych jemu, włącznie z udzielaniem pełnomocnictw na postawie niniejszego, w odniesieniu do Zastępców Procesowych i Adwokatów, z uprawnieniami zwykle udzielanymi dla celów procesowych. (...)*

Z dokumentu wynika również, że powyższy akt notarialny stał się podstawą do dokonania wpisu tego pełnomocnictwa do Rejestru Handlowego Prowincji Madryt.

W ocenie Izby uprawnienia, którymi Pedro D. G. G. dysponuje jako pełnomocnik są wystarczające do wniesienia odwołania i reprezentowania przed Izbą, a także udzielania w tym zakresie dalszych pełnomocnictw. Z przywołanego powyżej pkt 8 wynika szerokie umocowanie do reprezentowania zarówno przed organami sprawującymi wymiar sprawiedliwości, jak i przed organami administracyjnymi, czy też wszelkimi innymi organami, niezależnie od ich szczebla i rodzaju, we wszelkiego rodzaju sprawach dotyczących spółki. Z kolei przy ustalaniu zakresu tych spraw należy brać pod uwagę, że pkt 9 obejmuje szeroki katalog czynności związanych z uczestnictwem w przetargach, w tym publicznych, również ogłaszanych za granicą. W tych okolicznościach, biorąc również pod uwagę, że mamy do czynienia z dokumentami rejestrowymi podmiotu zagranicznego, oczywiście nieuzasadnione i zbędne jest wymaganie, aby literalnie wpisane było umocowanie do reprezentowania przed

Krajową Izbą Odwoławczą działającą w Polsce. Ponadto należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza jest sądem w rozumieniu prawa unijnego (art. 267 TFUE), co zostało potwierdzone zarówno przez Komisję Europejską, jak i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Z kolei z przytoczonego pkt 11 wynika wprost umocowanie do udzielania dalszych pełnomocnictw w zakresie posiadanego umocowania. Natomiast rodzajowe pełnomocnictwo zostało udzielone przez ujawnioną w tym rejestrze osobę pełnomocnikowi, który podpisał odwołanie.

Z kolei podnoszona przez Zamawiającego wątpliwość co do tego, czy P. D. G. G. jako członek (prezes) zarządu Getinsa może być jednocześnie pełnomocnikiem tej spółki, nie są wystarczającą podstawą dla stwierdzenia wadliwości tego pełnomocnictwa. Przede wszystkim należy zauważyć, że powyższe pełnomocnictwo zostało ujawnione w rejestrze handlowym, a zatem korzysta z domniemania, że ujawnione w nim dane są zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. W dalszym planie nie sposób nie zauważyć, że przez ostatnie dwa lata powyższy sposób umocowania nie budził wątpliwości Zamawiającego. Co istotniejsze, podlegał już badaniu przez organy orzekające – zarówno Izbę, jak i Sąd Okręgowy w Warszawie. Co najmniej za nieudowodnione należy zatem uznać przypuszczenia Zamawiającego, że według prawa hiszpańskiego powyższa osoba jako członek zarządu nie może być jednocześnie pełnomocnikiem. Ponadto na marginesie należy

10

Sygn. akt KIO 2610/15

zauważyć, że jeżeli osoba ta jako prezes zarządu byłaby uprawniona do samodzielnej reprezentacji spółki, odwołanie również byłoby prawidłowo wniesione.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, po pierwsze – jako wniesionego przez podmiot, który nie jest do tego legitymowany w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, po drugie – jako niezasadnego merytorycznie, z uwagi na prawidłowe unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, dalszym piśmie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:

Zawarta 31 października 2013 r. pomiędzy Skarbem Państwa – Centrum Unijnych Projektów Transportowych („CUPT”) z siedzibą w Warszawie {działającą jako Instytucja Wdrażająca} a PKP Polskimi Liniami Kolejowymi S.A. z siedzibą w Warszawie {działający jako Beneficjent} *Umowa o finansowanie nr POIS.07.01.00-00-049/13-00 Projektu „Modernizacja linii E 75 na odcinku Sadowne - Białystok wraz z robotami pozostałymi na odcinku Warszawa - Rembertów - Sadowne – Prace Przygotowawcze (dokumentacja projektowa i materiały przetargowe)” POIS.07.01.00-049/13 w ramach działania 7.1: Rozwój transportu kolejowego priorytetu VIII: Transport przyjazny środowisku Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007 - 2013 {dalej odpowiednio „umowa” oraz „projekt”} – obejmowała m.in. zadanie pn. *Wykonanie dokumentacji projektowych dla odcinka Czyżew - Białystok od km 107.260 – do km 178.500, uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i przygotowanie wniosków o wydanie wszystkich niezbędnych pozwoleń, decyzji administracyjnych oraz materiałów przetargowych na roboty budowlane {dalej „zadanie”}, które stanowi przedmiot zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia wszczętego 31 sierpnia 2013 r. pod nr referencyjnym 6060/ICZ4/000029/13/P.**

W ogłoszeniu o zamówieniu, w sekcji III.1.2) *Główne warunki finansowe i uzgodnienia*

11

Sygn. akt KIO 2610/15

płatnicze i/lub odniesienie do odpowiednich przepisów je regulujących, wskazano, że powyższy projekt jest umieszczony na liście projektów indywidualnych dla Programu Infrastruktura i Środowisko 2007-2013, Priorytet VII – Transport przyjazny środowisku, nr na liście: POIiŚ 7.1 - 75.

18 lutego 2014 r. Zamawiający zawiadomił o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne sp. z o.o., KV Consultores de Ingeniería, proyectos y obras S.L {dalej w skrócie: :Konsorcjum KV"}, a także o sklasyfikowaniu pozostałych 6 złożonych ofert.

28 lutego 2014 r. Getinsa wniosła odwołanie od takiego rozstrzygnięcia postępowania, w tym od zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum KV i ofert dwóch innych wykonawców, a także od zaniechania wezwania trzech innych wykonawców do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Na wniosek Zamawiającego jako Beneficjenta, który wnioskował o przesunięcie w czasie terminu realizacji projektu poza 2015 r., wskazując, że przesunięcie terminu zakończenia powyższego zadania na grudzień 2016 r. wynika z przedłużającej się procedury odwoławczej w sądzie, w zawartym 31 marca 2015 r. *Aneksie nr POIS.07.01.00-00-049/13-02* do powyższej umowy {czyli aneksie nr 2} takie zmiany zostały wprowadzone, w tym w załączniku nr 3 do aneksu w poz. 6 dotyczącej powyższego zadania.

Wyrokiem z 5 czerwca 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 397/14 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Getinsa i w pkt 1. nakazała m.in. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty, po odrzuceniu oferty Konsorcjum KV i ofert dwóch innych wykonawców, jako zawierających rażąco niską cenę, a także po wezwaniu do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, trzech innych wykonawców.

Od powyższego wyroku w całości wniesione zostały dwie skargi, pierwsza przez Konsorcjum KV, druga przez Zamawiającego.

Wyrokiem z 16 kwietnia 2015 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 269/15 Sąd Okręgowy w Warszawie zmienił zaskarżony wyrok w pkt 1. w ten sposób, że nie nakazał odrzucenia oferty Konsorcjum KV, w pozostałym zakresie oddalił obie skargi.

W uzasadnieniu w szczególności wskazano, co następuje: *W ocenie Sądu Okręgowego, Krajowa Izba Odwoławcza, słusznie unieważniła wybór wykonawcy Konsorcjum KV, albowiem zebrany w sprawie materiał dowodowy, dawał ku temu podstawy. Jednak wobec okoliczności podnoszonych przez skarżącego Konsorcjum KV odrzucenie jego oferty przed uzyskaniem wyjaśnień od pozostałych wykonawców, którzy nie byli wzywani do wyjaśnień, jest zbyt daleko idące. Zamawiający winien uzyskać wyjaśnienia od wszystkich oferentów, aby ocenić charakter cen w odniesieniu do wartości szacunkowej w*

12

Sygn. akt KIO 2610/15

realiach rynkowych.

29 czerwca 2015 r. PKP PLK poinformowały na swojej stronie internetowej, że wszystkie projekty PLK złożone w konkursie CEF otrzymały unijne dofinansowanie, przy czym wśród inwestycji, które zostały zaakceptowane przez Komisję Europejską wymieniono modernizację trasy Sadowne – Białystok, jako ostatni element połączenia Warszawa – Białystok linii Rail Baltica.

13 lipca 2015 r. Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju poinformowało, że Komitet CEF zaakceptował propozycję Komisji Europejskiej dotyczącą podziału środków z budżetu pierwszego konkursu o wsparcie projektów transportowych z instrumentu Łącząc Europę (z ang. Connecting Europe Facility – CEF), wśród 14 polskich projektów jest projekt pn. *Prace na linii E 75 na odcinku Sadowne – Białystok wraz z robotami pozostałymi na odcinku Warszawa Rembertów – Sadowne*, z tym że podano jednocześnie, co następuje: *Z informacji uzyskanych od KE wynika, że z uwagi na ograniczony budżet konkursu oraz późniejsze rozpoczęcie realizacji projektu na obszarze woj. Podlaskiego, podjęto decyzję o przesunięciu realizacji części podlaskiej na późniejszy termin i zmniejszeniu poziomu dofinansowania w ramach konkursu 2014. Jednocześnie Komisja zagwarantowała środki na realizację części w woj. podlaskim w ramach następných konkursów. Rail Baltica jest jednym z priorytetowych projektów do dofinansowania ze środków CEF.*

Na wniosek Zamawiającego jako Beneficjenta, który powołał się na długotrwałość procedury przetargowej (odwołania w KIO i sądzie), a także na planowaną realizację powyższego zadania w ramach projektu CEF pn. *Prace na linii E75 na odcinku Czyżew–Białystok*, w zawartym 30 października 2015 r. *Aneksie nr POIS.07.01.00-00-049/13-03* do powyższej umowy {czyli aneksie nr 3} usunięto przedmiotowe zadanie z tej umowy, w tym w załączniku nr 3 do aneksu poz. 6 dotycząca powyższego zadania zniknęła.

20 listopada 2015 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na powyższe zadanie, jako uzasadnienie faktyczne podał fakt zawarcia aneksu nr 3 do powyższej umowy, w konsekwencji czego powyższe zadanie miało utracić w chwili obecnej wystarczające dla jego realizacji źródło finansowania, przy czym według Zamawiającego przez nieprzyznanie finansowania należy także rozumieć również cofnięcie finansowania.

Ponadto w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający nadmienił, że zaszły również inne okoliczności uzasadniające jego unieważnienie, gdyż z jego wewnętrznych ustaleń {według daty załączonego powziętych już 12 października 2015 r.} wynika, że zachodzi konieczność zmiany zakresu przedmiotu zamówienia, która nie jest możliwa w tym postępowaniu po złożeniu ofert, wobec czego według Zamawiającego dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

13

Sygn. akt KIO 2610/15

Jako uzasadnienie prawne Zamawiający wskazał wyłącznie na art. 93 ust. 1a pzp. {Powyższe okoliczności faktyczne nie były niesporne, a dodatkowo znajdują potwierdzenie w dokumentach załączonych do odwołania lub pisma Odwołującego z 4 grudnia 2015 r., a także w dokumentach złożonych na rozprawie, względnie w dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego (odpis wyroku sądu okręgowego)}

Reasumując, Izba ustaliła, że Zamawiający nie podjął żadnych czynności nakazanych powyższymi wyrokami Izby i sądu okręgowego. Natomiast spowodował, że po wydaniu wyroku przez sąd okręgowy powyższe zadanie wpierv zostało uwzględnione w ramach projektów, które mają być finansowane z CEF, a następnie usunięte z powyższej umowy o dofinansowanie. Zamawiający doszedł do wniosku, że zachodzi potrzeba zmiany zakresu przedmiotu zamówienia objętego powyższym zadaniem. Jednakże poza wspomnieniem tej okoliczności, wyłączną podstawę prawną decyzji o unieważnieniu postępowania stanowił art. 93 ust. 1a pzp.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu o jego udzielenie, nie został wykluczony ani jego oferta nie została odrzucona. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania unieważnienie postępowania naraża Odwołującego na szkodę, gdyż uniemożliwia uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co w przeciwnym razie mógłby liczyć. Innymi słowy uszczerbek, jaki może ponieść Odwołujący, jest normalnym następstwem czynności Zamawiającego, od której wniesione zostało odwołanie.

Izba uznała za niezasadne stanowisko Zamawiającego, który wywiódł na rozprawie, że Getinsa nie ma interesu prawnego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a taki interes aktualnie przysługuje wyłącznie Konsorcjum KV, ewentualnie Getinsa mogłaby mieć legitymację do kwestionowania zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum KV z innych powodów niż rozpoznane dotychczas w postępowaniu odwoławczym i skargowym. Zamawiający powołał się na to, że sąd okręgowy zmienił wyrok Izby w ten sposób, że nie nakazał odrzucenia oferty Konsorcjum KV, a wybór tej oferty nie został przez Zamawiającego unieważniony i pozostaje w mocy.

Izba zważyła, że powyższe stanowisko prowadziłoby *de facto* do pozbawienia

14

Sygn. akt KIO 2610/15

każdego wykonawcy, z wyjątkiem Konsorcjum KV, uprawnienia do zaskarżenia unieważnienia postępowania, czyli kolejnej czynności, pomimo rozpiętości czasowej, podjętej przez Zamawiającego po rozstrzygnięciu postępowania. Tymczasem Getinsa odwołała się już od wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum KV, a także od zaniechania odrzucenia tej oferty i pozostałych 5 wyżej sklasyfikowanych ofert. W rezultacie Zamawiającemu nakazano unieważnienie wyboru Konsorcjum KV jako najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, po uprzednim odrzuceniu dwóch ofert, a także po uprzednim wezwaniu trzech wykonawców do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferty te zawierają rażąco niską cenę {co wynika wprost z zestawienia sentencji wyroku Izby i sądu okręgowego}, przy czym złożone wyjaśnienia mają posłużyć również do oceny, czy również oferta Konsorcjum KV podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę {co wynika z przedostatniego ostatniego akapitu uzasadnienia wyroku sądu okręgowego}. Ponieważ czynność unieważnienia postępowania została podjęta przez Zamawiającego w oderwaniu od powyższego wyniku postępowania odwoławczo-skargowego, nie sposób odmawiać Getinsa, jako wykonawcy nadal uczestniczącemu w postępowaniu, uprawnienia do zaskarżenia tej czynności. Jest to wręcz warunek *sine qua non*, aby Odwołujący nadal miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż unieważnienie postępowania w oczywisty sposób ją przekreśla. Wbrew temu, co zdaje się sugerować Zamawiający, jego bezczynność w wykonaniu wyroków Izby i sądu okręgowego, nie tylko nie uchyla możliwości odwołania się od następnej dokonanej przez niego w postępowaniu czynności, a wręcz powoduje zwiększenie kręgu wykonawców, którzy mogliby uważać się za legitymowanych do kwestionowania unieważnienia postępowania. Na skutek zaniechań Zamawiającego stan prowadzonego przez niego postępowaniu jest taki, że oferta żadnego z wykonawców wymienionych w pkt 1 sentencji wyroku Izby nie została odrzucona.

Jednakże okoliczność, czy innym wykonawcom, w szczególności Konsorcjum KV, przysługiwałaby legitymacja do wniesienia odwołania od unieważnienia postępowania, jest irrelevantna dla oceny legitymacji przysługującej Getinsa.

Ubocznie należy zauważyć niekonsekwencję Zamawiającego, który nie kwestionował legitymacji Aecom do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba podziela wyrażane powszechnie

Sygn. akt KIO 2610/15

w doktrynie i orzecznictwie stanowisko, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jest instytucją, którą można stosować na zasadzie wyjątku od zasady. Celem tego postępowania jest, jak to wynika choćby z art. 2 pkt 7a pzp, wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, czyli wykonawcy, który zrealizuje zamówienie. Unieważnienie postępowania wywiera skutek *ex tunc* i znosi wszystkie czynności dokonane uprzednio w postępowaniu przez zamawiającego, a tym samym niweczy ów cel. Z tych względów przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym {zob. m.in. wyroki Izby wydane: 23 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1948/11) i 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt: KIO 991/14, KIO 1001/14), a także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 20 lipca 2010 r. (sygn. akt IV Ca 429/10)}. Innymi słowy wskazuje się, że obowiązująca na gruncie prawa zamówień publicznych zasada *numerus clausus* przesłanek unieważnienia postępowania nie pozwala na ich wykładnię rozszerzającą {zob. wyrok Izby z 22 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1693/11)}. Dostrzega się również, że wyeliminowanie w ten sposób możliwości bezpodstawnego i autorytarnego unieważnienia postępowania, jest wyrazem ochrony prawnej zobowiązań, która występuje zarówno na gruncie kodeksu cywilnego, jak i ustawy pzp. Wszczynając postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego zamawiający de facto zobowiązuje się bowiem do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta okaże się najkorzystniejsza, a wykonawcy przysługuje w stosunku do zamawiającego o to roszczenie wyrażające się m.in. możliwością żądania wydania przez sąd orzeczenia, o którym mowa w art. 64 kodeksu cywilnego {zob. wyrok Izby z 5 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2047/11)}.

Zgodnie z art. 93 ust. 1a pkt 1 Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu.

Art. 93 ust. 1a pzp wprowadza, w odróżnieniu od uregulowań zawartych w art. 93 ust. 1 pzp, fakultatywną przesłankę unieważnienia postępowania, co oznacza, że jeżeli zajdą przewidziane tam okoliczności, zamawiający może, a nie musi, podjąć taką czynność. Uzasadnieniem dla jej wprowadzenia było stworzenie możliwości wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jeszcze przed uzyskaniem decyzji o przyznaniu dofinansowania, bez narażania się na negatywne skutki takiego działania, przede wszystkim

16

Sygn. akt KIO 2610/15

finansowe. Celem wprowadzonego rozwiązania było ułatwienie realizacji projektów współfinansowanych ze środków pomocowych UE lub EFTA, dzięki zwiększeniu szansy na ich realizację zgodnie z uprzednio przyjętym harmonogramem. Możliwość wcześniejszego lub choćby równoczesnego z działaniami podjętymi w celu pozyskania dofinansowania, miała pozwolić ograniczyć ryzyka dla realizowanych projektów związane z czasem trwania procedur o udzielenie zamówień.

Również w opinii pt. *Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy p.z.p.* {www.uzp.gov.pl} Urząd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że unieważnienie postępowania z powodu nieuzyskania powyższych środków należy odnosić do sytuacji ostatecznej odmowy zawarcia umowy o dofinansowanie lub innej sytuacji uzyskania informacji o braku dofinansowania po konsultacji z Ministerstwem Rozwoju Regionalnego. Zamawiający jest zatem uprawniony do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w przypadku wypełnienia dyspozycji art. 93 ust. 1a pzp – do jego unieważnienia nie tylko w sytuacji, gdy na skutek pozytywnej weryfikacji jego wniosku o dofinansowanie pod względem formalnym i merytorycznym wygrał określony konkurs, jednak z jakis przyczyn (np. zmiany kursu euro, przesunięć środków w ramach projektu itp.) dofinansowania nie uzyskał, ale także w przypadku, gdy wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dopiero planując ubieganie się o uzyskanie dofinansowania na realizację określonego projektu i przygotowywał stosowną dokumentację, działając z należytą starannością w przekonaniu, że ma szansę uzyskać określone środki, ale do zawarcia stosownej umowy nie doszło.

W rozstrzyganej sprawie mamy do czynienia z nieco odmienną sytuacją, gdyż Zamawiający, co prawda wszczął postępowanie przed uzyskaniem dofinansowania z unijnych środków pomocowych, jednakże następnie je otrzymał, a dopiero następnie utracił.

Izba nie podziela jednak stanowiska Odwołującego, że nieprzyznanie środków, o którym mowa w powyższym przepisie, ogranicza się jedynie do sytuacji ich pierwotnego nieuzyskania, pomimo podjęcia takich starań. Również cofnięcie uprzednio przyznanego finansowania ze środków pomocowych, które nastąpi w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, może być rozumiane za jego (ostateczne) nieprzyznanie.

W ocenie Izby kluczowe znaczenie ma jednak, czy owa utrata uprzednio przyznaných środków nastąpiła z przyczyn niezależnych od zamawiającego, pomimo jego starań, aby uzyskać, czyli w tym przypadku utrzymać, finansowanie.

W doktrynie wskazuje się, że zarówno użyty w przepisie zwrot „zamawiający zamierzał przeznaczyć (...)” w odniesieniu do ubiegania się o środki nie może być interpretowany jako dokonanie konkretnych czynności. Zamiar ten może przejawiać się

17

Sygn. akt KIO 2610/15

w dowolnych działaniach, które prowadziły do uzyskania wsparcia. Jednakże unieważnienie może mieć miejsce, gdy środki „nie zostały przyznane”, co nie może być interpretowane jako brak tych środków z dowolnych przyczyn (np. niewystąpienia o ich przyznanie), lecz wyłącznie wtedy, gdy zamawiający podejmował starania o wsparcie i nie otrzymał go. Zdaniem Izby analogicznie należy przyjąć, że cofnięcie uprzednio przyznanych środków nie może wynikać z braku dołożenia przez zamawiającego starań, aby finansowanie utrzymać. Tym bardziej utrata finansowania na skutek działań zamawiającego nie może być poczytywana za jego nieprzyznanie w rozumieniu art. 93 ust. 1a pzp. Również we wspomnianej opinii Urzędu Zamówień Publicznych podkreśla się, że dyspozycja art. 93 ust. 1a ustawy pzp znajdzie zastosowanie, jeżeli w wyniku decyzji podmiotu zewnętrznego, którego udziałem miało być finansowanie danego przedsięwzięcia, środki nie zostały przyznane zamawiającemu.

W rozstrzyganej sprawie cofnięcie finansowania nastąpiło wręcz z inicjatywy Zamawiającego, a zatem nie została wypełniona hipoteza art. 93 ust. 1a pzp, a w konsekwencji nie mogła znaleźć zastosowania dyspozycja tego przepisu. Zamawiający po wszczęciu postępowania, zwłaszcza jeżeli jest ono w fazie po otwarciu ofert, ma obowiązek zmierzać do jego rozstrzygnięcia. Zamawiający nie może kierować się wyłącznie własnym interesem, ale również musi brać pod uwagę interes wykonawców, którzy w dobrej wierze złożyli oferty i ponieśli określone nakłady w celu uzyskania zamówienia. Wydłużenie prowadzonego postępowania spowodowane wnoszeniem środków ochrony prawnej przez wykonawców ani zmiana koncepcji Zamawiającego co do zakresu przedmiotu zamówienia i źródeł jego finansowania, nie są podstawą do unieważnienia prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a pzp. Tymczasem, jak wynika z powyższych ustaleń, były one faktyczną przyczyną porzucenia przez Zamawiającego prowadzenia tego postępowania, a cofnięcie finansowania, *de facto* na wniosek Zamawiającego, służyło wyłącznie do stworzenia sobie formalnej podstawy do jego unieważnienia.

Pomimo przesłania w dniu poprzedzającym rozprawę protokołu postępowania, na co wskazał sam Odwołujący, za zasadny należy uznać również zarzut zaniechania udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami odnośnie przebiegu postępowania po 16 kwietnia 2015 r. Zamawiający nie przesłał bowiem załączników do protokołu, a ich lista, sprowadzająca się do raptem czterech punktów, z pewnością jest niekompletna, również w odniesieniu do dokumentacji narosłej po tej dacie (brak jest np. oświadczeń o przedłużeniu związania ofertą, odpisu wyroku sądu okręgowego). Przede wszystkim Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się na rozprawie do tego zarzutu, a tym samym nie zaprzeczył, że nie reagował na wnioski Odwołującego o udostępnienie

18

Sygn. akt KIO 2610/15

dokumentacji. Znajduje to również potwierdzenie w dokumentacji postępowania prowadzonej przez Zamawiającego, w której znajdują się jedynie pisma kierowane w tym zakresie przez Getinsa.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

.....

.....