Sygn. akt: KIO 1171/12

WYROK
z dnia 20 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2012 r. przez wykonawcę
DROG-BUD Sp. z o.o. Lubojenka, ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa
w postępowaniu prowadzonym przez
Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach
ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oraz kontynuowanie postępowania zgodnie unieważnienia postępowania z przewidzianą ustawą Prawo zamówień publicznych procedurą,
2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez DROG--BUD Sp. z o.o. Lubojenka, ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice na rzecz DROG-BUD Sp. z o.o. Lubojenka, ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa kwotę 23 600 zł 00 gr

---

(słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 1171/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „remont drogi krajowej nr 11 odcinek Lubliniec – Tworóg km 544+680 – 558+000. Część: Tworóg km 550+660 – 558+000” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 8 lutego 2012 r., a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

31 maja 2011 r. zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu postępowania

powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, bez wyboru najkorzystniejszej oferty. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt 851/12 z dnia 11 maja 2012 r. unieważnił swoje czynności podjęte poprzednio w postępowaniu, tj. wybór jako najkorzystniejszej oferty Metrostav A.S. i czynność odrzucenia oferty odwołującego, powtórzył czynności badania i oceny ofert (w wyniku tych czynności oferta odwołującego uzyskałą najwyższy wynik – 100 punktów) oraz unieważnił postępowanie ze względu na istotną zmianę okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.
W ramach uzasadnienia faktycznego decyzji zamawiający wskazał, że „w interesie publicznym leży troska o bezpieczeństwo finansów publicznych, której przejaw stanowi m.in. realizacja założeń wynikających z planu w zakresie odbudowy dróg zniszczonych przez powódź w ramach środków pochodzących z pożyczki EBI dla Programu powodziowego (tj. pożyczki EBI „Polska – Odbudowa dróg zniszczonych przez powódź"), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego Zgodnie z z Programu zamówienia. założeniami wynikającymi powyższego powodziowego zadanie i wydatki z tytułu jego realizacji muszą zostać wykonane do końca 2012 roku. Mając na uwadze krótki czas, jaki przypada na wykonanie przedmiotowego zamówienia po zakończeniu postępowania i brak możliwości jego finansowego rozliczenia do końca 2012 roku w ramach środków pochodzących z pożyczki EBI dla Programu powodziowego, przedmiotowe postępowanie zostaje unieważnione na podstawie, jak

wyżej."
6 czerwca 2012 r. odwołujący – DROG-BUD Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności unieważnienia postępowania oraz zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu, co narusza przepisy art. 93 ust. 1 pkt 6 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że dla unieważnienia postępowania konieczne jest łączne zaistnienie dwóch przesłanek: faktycznego istnienia w dacie unieważnienia postępowania, a nie jedynie możliwość wystąpienia w przyszłości, istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie tego postępowania lub wykonanie zamówienia publicznego nie leży w interesie publicznym, którego nie należy utożsamiać z interesem zamawiającego oraz niemożność wcześniejszego przewidzenia przez zamawiającego wystąpienia powyższej zmiany. Taką wykładnię przepisu potwierdzają orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.
W uzasadnieniu faktycznym unieważnienia postępowania zamawiający nie wskazał jakiejkolwiek niedającej się wcześniej przewidzieć istotnej zmiany okoliczności faktycznych, istniejącej w dacie unieważnienia postępowania i powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Z uzasadnienia wynika, że dotrzymanie założonego w punkcie 5. Instrukcji dla wykonawców (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) terminu wykonania zamówienia założonego na 15 grudnia 2012 r. będzie, zdaniem zamawiającego, niemożliwe z uwagi na czas trwania postępowania. Konsekwencją tego będzie niemożliwość sfinansowania zamówienia z pożyczki EBI „Polska – Odbudowa dróg zniszczonych przez powódź", ponieważ warunkiem skorzystania z niej jest, by zadanie zostało wykonane i zapłacone do końca 2012 r.
Nie sposób uznać za jakąkolwiek zmianę okoliczności biegu czasu trwania postępowania wyznaczonego przez upływ określonych w ; ustawie Prawo zamówień publicznych terminów poszczególnych faz i czynności postępowania (termin składania ofert, termin na rozstrzygnięcie postępowania, terminy wnoszenia i rozpatrywania środków : odwoławczych). Terminy te mogły i powinny być przewidziane przez zamawiającego przy wyznaczaniu terminu wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania, a niemożność sfinansowania zamówienia będącego przedmiotem postępowania z zaciągniętej na ten cel pożyczki EBI wynikająca z zakładanej przez zamawiającego niemożności dotrzymania terminu wykonania tego zamówienia, godzi nie w interes publiczny polegający na

bezpieczeństwie finansów publicznych, lecz w interes samego zamawiającego polegający na

wykonaniu jego planu finansowego. Założenie przez zamawiającego niemożności dotrzymania terminu wykonania zamówienia i wynikających stąd konsekwencji co do jego finansowania dotyczy zdarzenia przyszłego oraz jest wyrazem subiektywnej i błędnej oceny zamawiającego.
Odwołujący oświadczył, że zamówienie jest w stanie wykonać w określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia terminie, dysponuje odpowiednim ku temu potencjałem osobowym i rzeczowym oraz doświadczeniem wyrażającym się terminową realizacją w przeszłości zamówień publicznych o porównywalnym zakresie rzeczowym.
Argumentacja zamawiajacego wskazuje, że rzeczywistym powodem, dla którego zamawiający unieważnił postępowanie, była obawa, że błędnie oszacował czas trwania postępowania w stosunku do założonego terminu wykonania zamówienia, co może skutkować niemożnością dotrzymania tego terminu i sfinansowania rzeczonego zamówienia w założony przez zamawiającego sposób. Obawa ta nie może być przesłanką unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych – okolicznościami uzasadniającymi unieważnienie postępowania nie mogą być sytuacje, które mają źródło w błędnych decyzjach zamawiającego podjętych w toku postępowania, za które ponosi on odpowiedzialność, w szczególności gdy wynika to z braku dochowania należytej staranności w przygotowaniu postępowania, lecz jedynie sytuacje wynikające ze zmiany okoliczności, do których nie można zaliczyć błędów popełnionych przez zamawiającego. To zamawiający odpowiedzialny jest za właściwe, racjonalne, rzetelne oraz sprawne przeprowadzenie postępowania jako gwarancji uzyskania w jego toku jak najlepszego wyniku i ciężaru tego nie może on przerzucać na wykonawców.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy wniósł o jego oddalenie. Stwierdził, iż wykonanie robót w okresie deklarowanym przez odwołującego nie jest możliwe. On sam nie popełnił żadnych błędów proceduralnych w związku z prowadzeniem postępowania, gdyż wszczął postępowanie 3 lutego 2012 r. (wysłanie ogłoszenia do Dziennika Urzędowego UE), a nie mógł tego uczynić wcześniej, ponieważ plan finansowy otrzymał pod koniec stycznia (plan na 31 stycznia 2012 r.). Plan finansowy jest konstruowany w oparciu o Rządowy Program Budowy Dróg i Autostrad. Plan finansowy przewidywał finansowanie niniejszego zamówienia ze środków budżetowych w ramach niezwłocznej odbudowy dróg zniszczonych przez powódź. Pismem z 28 lutego 2012 r. zamawiający został poinformowany przez Departament Zarządzania Drogami i Mostami GDDKiA (Centrala w Warszawie), iż zadanie to będzie finansowane z pożyczki EBI, w związku z tym posiadane środki zostały przesunięte na realizację innego celu. Środki z pożyczki EBI nie mogą być przesunięte na następny rok. W momencie wszczęcia postępowania nie mógł wiedzieć, że zadanie będzie finansowane z pożyczki EBI ani kiedy

nastąpi rozpoczęcie robót. Możliwe jest rozumienie interesu publicznego jako związanego z bezpieczeństwem finansowym państwa oraz niemożnością zaciągania zobowiązań, na które nie ma pokrycia finansowego, co również potwierdzają wyroki Izby KIO 2777/11, KIO 606/11 i KIO 2163/11.
Zdaniem zamawiającego deklarowane wykonanie zamówienia w okresie trzech miesięcy jest niemożliwe. Planowany do remontu odcinek nie jest długi, ale obejmuje cztery obiekty mostowe, z których dwa wymagają rozbiórki płyty pomostowej, więc proces technologiczny ich odbudowy zajmie minimum 2 miesiące. Odwołujący w swoich założeniach nie uwzględnił złych warunków pogodowych, które mogą wystąpić nawet latem (deszcze, które uniemożliwiają prowadzenie robót bitumicznych). Realizacja przedmiotowego zamówienia jest możliwa w okresie 7 miesięcy przy pełnym zamknięciu drogi. Wykonawca remontu sąsiedniego odcinka na uzyskanie owej zgody czekał 3,5 miesiąca, gdyż wymaga ona uzgodnienia z dziewięcioma instytucjami, a odwołujący nie ma obecnie zgody owego wykonawcy na korzystanie z zamkniętego przez niego odcinka.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co

następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny.

Izba przyznaje rację zarzutom i argumentacji odwołującego oraz podziela dotychczasowe poglądy orzecznictwa dotyczące zarówno możliwości unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i podstaw takiego unieważnienia z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.
Oczywiście mogą mieć miejsce różne stany faktyczne, które powodują, że brak lub utratę środków finansowych na realizację zamówienia można uznać za podstawę do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz z całą pewnością nie jest to sytuacja, która ma miejsce w niniejszym postępowaniu.

Należy zwrócić uwagę, iż przyjęciem przez zamawiającego zobowiązań wobec wykonawców jest nie tylko zawarcie umowy, lecz także już samo wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a polski system prawa przewiduje ochronę prawną tych zobowiązań, zarówno na gruncie kodeksu cywilnego, jak i ustawy Prawo zamówień publicznych, której wyrazem jest m.in. niemożność bezpodstawnego i autorytarnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz jedynie po zaistnieniu podstaw enumeratywnie wskazanych przez ustawodawcę.
Wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bowiem zobowiązuje się do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta, zgodnie z przewidzianą procedurą udzielania zamówień, będzie ofertą najkorzystniejszą, a wykonawcy przysługuje w stosunku do zamawiającego takie roszczenie wyrażające się m.in. możliwością żądania wydania przez sąd orzeczenia, o którym mowa w art. 64 Kodeksu cywilnego. Nie bez przyczyny ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest często porównywane ze złożeniem przyrzeczenia publicznego, o którym mowa w art. 919 § 1 Kodeksu cywilnego ze wskazaniem, że przyrzeczenia tego należy dotrzymać.
Tym samym postępowanie takie można unieważnić wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Należy też podkreślić, że o ile podstawy wskazane w punktach 1 – 5 i 7 tego przepisu są logicznymi konsekwencjami wystąpienia w postępowaniu pewnych okoliczności faktycznych, to przepis punktu 6. ma odmienny charakter, wskazuje bowiem na zaistnienie po wszczęciu postępowania pewnych nadzwyczajnych wydarzeń lub okoliczności, które mają wpływ na prowadzone postępowanie lub przedmiot zamówienia.
Natomiast oczywiste jest, że za takie nadzwyczajne wydarzenie nie można uznać podjętej w trakcie prowadzenia postępowania decyzji zamawiającego o zmianie sposobu finansowania zamówienia ze środków budżetowych na środki pochodzące z uzyskanej pożyczki i – ujmując to w skrócie – wydanie środków pierwotnie przeznaczonych na realizację niniejszego zamówienia na inny cel. I nie ma tu znaczenia, że decyzja ta została podjęta na szczeblu centrali, a nie oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (jest to tylko wewnętrzny podział Generalnej Dyrekcji), a nawet szczeblu ministerialnym czy rządowym – należy bowiem pamiętać, że na gruncie prawa unijnego wciąż jest to działanie „państwa członkowskiego", które podjęło zobowiązanie wobec wykonawców.
Tak więc, jeśli zamawiającemu nie uda się sfinansować niniejszego zamówienia ze środków pochodzących z pożyczki uzyskanej z EBI, co obecnie nie jest pewne, będzie musiał powtórnie zmienić swój plan finansowy i ponownie ująć w nim niniejsze zamówienie – należy też zwrócić uwagę, że najprawdopodobniej będzie to już plan na rok 2013, a przedmiotowy remont drogi jest ujęty w planach remontów dróg zniszczonych powodzią i do tego stanowi część zwykłej działalności zamawiającego, na którą corocznie uzyskuje środki budżetowe,

---

a jego wartość nie jest szczególnie duża w porównaniu z kosztem innych zamówień udzielanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad.
Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał zaistnienia podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem jego decyzja o unieważnieniu postępowania powinna zostać unieważniona, a postępowanie kontynuowane od momentu, w którym zostało przerwane.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 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).

Przewodniczący: ……