WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 maja 2012 r.

Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny - Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Beata Janusz

Sędzia: SO Marcin Łochowski
SR (del.) Paweł Iwaniuk - spr.
Rafał Jadacki

Sędzia:

Protokolant: po rozpoznaniu w dniu 29 maja 2012 r. w Warszawie na rozprawie sprawy

z odwołania Dragados S.A. w Madrycie (Hiszpania)

przeciwko zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie
o udzielenie zamówienia publicznego
na skutek skargi Dragados S.A. w Madrycie (Hiszpania)

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie z dnia 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 606/11

I. zmienia zaskarżony wyrok w zakresie punktu 1. i nakazuje Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie unieważnić czynność z dnia 22 lutego 2011 r. polegającą na unieważnieniu postępowania pod nazwą „Budowa drogi krajowej Nr S7 o parametrach drogi ekspresowej na odcinku koniec obwodnicy Radomia - granica województwa mazowieckiego" oraz w zakresie punktu 2. w ten sposób, że kosztami postępowania odwoławczego przed Krają Izbą Odwoławczą obciąża Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad i zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz Dragados S.A. w Madrycie (His^ańiapkwątę 8044,00 (osiem tysięcy czterdzieści cztery i 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą;

II. oddala skargę w pozostałym zakresie;

III. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie na rzecz Dragados S.A. w Madrycie (Hiszpania) kwotę 1.003.600,00 zł (jeden milion trzy tysiące sześćset i 00/100 złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania za instancję odwoławczą.

Sygn. akt IV Ca 527/11

Uzasadnienie

Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez DRAGADOS S.A. w Madrycie (Hiszpania) od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad protestu z dnia 4 marca 2011 r. wyrokiem z dnia 1 kwietnia 2011 r. oddaliła odwołanie i obciążyła kosztami postępowania odwołującego zaliczając na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444,00 zł z kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego i dokonując zwrotu kwoty 15556,00 zł na jego rzecz.

Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych ustaliła, iż zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych Autostrad - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej pzp), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa drogi krajowej Nr S7 o parametrach drogi ekspresowej na odcinku: koniec obwodnicy Radomia - granica województwa mazowieckiego. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 października 2009 r., pod numerem 2009/S 211-303389 gdzie termin do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został wyznaczony na dzień 30 listopada 2009 r. Dnia 28 stycznia 2010 r. odwołujący został poinformowany, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Termin składania ofert był przesuwany, ostatecznie został wyznaczony na dzień 22 września 2010 r. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający poinformował, iż na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 742.898.900,00 zł brutto. Odwołujący złożył ofertę z ceną 676.693.832,72 zł brutto i dwukrotnie w wyniku wezwania zamawiającego przedłużał termin związania ofertą dokonując przedłużenia ważności wadium. Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, a dnia 22 lutego 2011 r. przesłał między innymi odwołującemu informację o unieważnieniu postępowania, powołując się na przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt. 6 pzp. W uzasadnieniu tej czynności zamawiający wskazał na uchwalenie przez Radę Ministrów dnia 25 stycznia 2011 r. nowego programu wieloletniego dla rozwoju sieci dróg krajowych, który został dostosowany do aktualnych możliwości finansowych państwa oraz wyznaczonych limitów finansowych na realizację zadań inwestycyjnych.

Izba ustaliła, iż stosownie do powołanej uchwały Nr 10/2011 Rady Ministrów z dnia 25 stycznia 2011 r. w sprawie ustanowienia programu wieloletniego pod nazwą „Program Budowy Dróg Krajowych na lata 2011 - 2015", określony w niej program ma być realizowany od dnia 1 stycznia 2011 do dnia 31 grudnia 2015 r. Powołana uchwała weszła w życie z dniem jej podjęcia, uchylając uchwałę Rady Ministrów nr 163/2007 z dnia 25 września 2007 r. w sprawie ustanowienia programu wieloletniego pod nazwą „Program Budowy Dróg Krajowych na lata 2008 - 2012", obowiązującą w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba ustaliła, iż inwestycja stanowiąca przedmiot postępowania nie została ujęta w liście zadań wskazanych do realizacji (załącznik nr 1 do uchwały), wskazana została jako zadanie priorytetowe, którego realizacja może się rozpocząć do 2013 r. (poz. 11 załącznika 1a do uchwały). Izba ustaliła, iż możliwość realizacji zadań wymienionych w załączniku nr 1a uwarunkowana jest uzyskaniem oszczędności, na skutek kolejnych rozstrzygnięć przetargów, ostatecznego rozliczenia i zamknięcia finansowania inwestycji oddawanych do użytku lub w wyniku decyzji Rady Ministrów akceptującej przekroczenie ustalonego limitu 82,8 mld zł., przewidzianego dla zadań inwestycyjnych, których budowa rozpocznie się do 2013 r.

Wykonawcą programu ustanowiono w powyższej uchwale zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych zważyła, iż przy rozpatrywaniu złożonych środków ochrony prawnej konieczne jest zastosowanie ustawy w brzmieniu obowiązującym w chwili ogłaszania przetargu, zgodnie z treścią art. 4 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r. nr 219, poz. 1706) oraz treścią art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., nr 223, poz. 1778). Nadto wskazała, iż odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp z uwagi na fakt, że unieważnienie postępowania spowodowało, że utracił on możliwość uznania swojej oferty za najkorzystniejszą oraz szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba stwierdziła także, iż okoliczności faktyczne w sprawie nie budziły wątpliwości i nie były między stronami sporne. Spór natomiast dotyczył prawa, a konkretnie prawidłowości uznania istnienia przesłanek pozwalających zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp unieważnić postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia. Izba wskazała, iż powołany przepis stanowi, iż zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. W ocenie Izby wykładnia przepisów pozwalających na unieważnienie postępowania, stanowiąc wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę, musi mieć charakter ścieśniający. Oznacza to zdaniem Izby, iż zamawiający powołujący się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp może postępowanie unieważnić tylko przy kumulatywnym spełnieniu trzech przesłanek połączonych adekwatnym związkiem przyczynowo - skutkowym w postaci (1) zmiany o istotnym charakterze, (2) powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, i (3) braku możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia tej okoliczności. Okoliczności uzasadniające unieważnienie przetargu mogą mieć charakter okoliczności faktycznych lub prawnych, a oceny czynności unieważnienia postępowania dokonać należy, na dzień jej dokonania, według stanu prawnego oraz stanu rzeczy istniejących w tej dacie, z zastrzeżeniem, iż przyczyny unieważnienia były niemożliwe do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania.

Mając powyższe względy na uwadze Izba uznała, iż skutkiem uchwalenia nowego programu budowy dróg krajowych na lata 2011 - 2015, jest utrata przez zamawiającego środków, które mógłby przeznaczyć na realizację zamówienia oraz zmiana stanu prawnego w stosunku do istniejącego w dacie wszczęcia postępowania, co stanowi zmiany o charakterze istotnym. W ocenie Izby zmiana programu uchwalonego na lata 2008 - 2012 w trakcie jego realizacji spowodowała, iż możliwość wykonania inwestycji stanowiącej przedmiot zamówienia została wstrzymana do momentu uzyskania oszczędności w ramach środków przewidzianych w Krajowym Funduszu Drogowym na kwotę 82,8 mld zł począwszy od 2010 r. Niewątpliwie w dacie unieważnienia postępowania zamawiający nie posiadał środków umożliwiających zawarcie umowy z odwołującym się. Na dzień wydania wyroku przez Izbę zawarcie umowy z odwołującym się również skutkowałoby naruszeniem programu. Tak więc status inwestycji stanowiącej przedmiot postępowania, przeznaczonej warunkowo do realizacji oraz zastrzeżenie, że postępowanie go dotyczące może zostać rozpoczęte jedynie w razie uzyskania oszczędności lub akceptacji Rady Ministrów, stanowią zmiany okoliczności o charakterze istotnym, z punktu widzenia dalszego prowadzenia procedury. Zarazem Izba uznała, iż nie można też z cała pewnością przyjąć, że odłożenie w czasie realizacji inwestycji stanowiącej przedmiot zamówienia ma przemijający, a nie trwały charakter. Spełnienie warunków umożliwiających jej rozpoczęcie ma charakter zdarzeń przyszłych i warunkowych - uzyskania oszczędności lub akceptacji Rady Ministrów dla przekroczenia limitu wydatków - uzależnionych od stanu finansów państwa.

Jednocześnie Izba wskazała, iż odwołujący nie wykazał, aby zamawiający uzyskał akceptację Rady Ministrów na przekroczenie ustalonego limitu środków przeznaczonych w Krajowym Funduszu Drogowym oraz budżecie państwa na realizację mowy, jak też nie wykazał istnienia oszczędności umożliwiających realizację zamówienia na inwestycjach objętych załącznikiem nr 1.

Izba uznała także, że zmiana okoliczności miała charakter nieprzewidywalny, bowiem zmiana wieloletniego programu rozwoju dróg krajowych na lata 2008 - 2012 w trakcie jego realizacji, ograniczenie finansowanych lub współfinansowanych z budżetu państwa inwestycji infrastrukturalnych, które weszły już w fazę realizacji (wszczęcie procedury wyłonienia wykonawcy), ma charakter wyjątkowy, a tym samym nieprzewidywalny. Kategoria przewidywalności referuje się bowiem do zwykłych warunków prowadzenia działalności, w których czynniki zewnętrzne nie mają przesądzającego wpływu na wykonanie zamierzonych planów. Zamawiający wszczynając postępowanie działał na podstawie obowiązującej uchwały Rady Ministrów dotyczącej realizacji programu wieloletniego, mógł więc racjonalnie przypuszczać, że w wyniku rozstrzygnięcia postępowania będzie mógł zrealizować zamierzoną inwestycję. Izba natomiast nie dopatrzyła się podstaw do przyjęcia, że zamawiający nawet przy zachowaniu należytej staranności mógł przewidzieć, że nie będzie dysponował środkami wystarczającymi do zrealizowania tego konkretnie zamówienia. W dacie wszczęcia postępowania zamawiający dysponował wszak stosownymi środkami umożliwiającymi zawarcie umowy z odwołującym się, za cenę wskazaną w ofercie. Również czynności zamawiającego, który podjął działania zmierzające do przedłużenia ważności oferty odwołującego się oraz zabezpieczenia jej wadium, wskazują na zamiar ukończenia postępowania. Z punktu widzenia zamawiającego utrata posiadanych środków nastąpiła skutkiem decyzji podmiotu zewnętrznego - Rady Ministrów. O zaistnieniu tej okoliczności można mówić najwcześniej w dacie podjęcia uchwały.

Izba uznała , że spełniona została również przesłanka braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania. Podzielając dotychczasowe poglądy orzecznictwa dotyczące braku tożsamości interesu publicznego z interesem zamawiającego, wskazała, że nie mają one zastosowania w okolicznościach niniejszej sprawy. Stwierdzenie istnienia lub braku spełnienia przesłanek do unieważnienia postępowania jest badane ad casum w okolicznościach konkretnego przypadku. Izba uznała, że budowa dróg leży w interesie publicznym. Jednak wobec ograniczenia środków na ten cel nie jest możliwa realizacja wszystkich uprzednio zamierzonych inwestycji w jednym czasie. W uchwale Rady Ministrów z dnia 25 stycznia 2011 r. zawarta została, przez podział na załączniki Nr 1 i 1 a, swoista gradacja postępowań. Z tego też powodu w interesie publicznym leży przestrzeganie dokonanego podziału, tak by prawidłowa realizacja inwestycji uznanych przez Radę Ministrów za najistotniejsze nie była narażona na szwank. Wskazać też trzeba, że o ile zrealizowanie zamierzonych inwestycji w zakresie infrastruktury drogowej wychodzi naprzeciw potrzebom społecznym (mieści się w szeroko pojmowanym interesie publicznym), o tyle zaciąganie przez zamawiającego zobowiązań, z których na dzień ich podjęcia nie mógłby się wywiązać przeczy interesowi publicznemu wprost. Interes publiczny w badanej sprawie winien być oceniany z uwzględnieniem sytuacji finansowej państwa i uwarunkowanej nią możliwości realizacji przedsięwzięć. Zatem, o ile wykonanie umowy stanowiącej przedmiot zamówienia - budowy drogi krajowej Nr S7 o parametrach drogi ekspresowej na odcinku koniec obwodnicy Radomia - granica województwa mazowieckiego leży w interesie publicznym, o tyle obecnie dalsze prowadzenie postępowania, z uwagi na brak środków umożliwiających sfinansowanie wykonania umowy, jest z tym interesem sprzeczne. Teza zawarta w uchwale Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., sygn. W/96 - wielokrotnie podnoszona w orzecznictwie Izby, na którą powołują się tak odwołujący się, jak i zamawiający, głosi iż „za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego”. Zdaniem Izby uznać zatem trzeba, że interes publiczny wyraża się przede wszystkim w bezpieczeństwie finansowym państwa, którego zachwiane powodować będzie zagrożenie zaniechanie wykonania obowiązków ciążących na państwie z mocy ustaw - wypłaty świadczeń socjalnych, finansowania świadczeń zdrowotnych oraz świadczenia innych usług wskazanych przykładowo w powołanej uchwale. Korzyści uzyskane w wyniku wykonania zamówienia w danych wyjątkowych okolicznościach sprawy nie mogą przeważać nad koniecznością zapewnienia stabilności finansowej państwa.

Izba dodatkowo podkreśliła, że prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz wykonywanie umów w sprawie zamówienia publicznego nie stanowią celu samego w sobie, który może być postrzegany w oderwaniu od szerszego kontekstu. Zamawiający udzielając zamówień gospodarują co do zasady środkami publicznymi, służącymi zaspokojeniu potrzeb szerszej zbiorowości, następuje to jednak w ramach realizacji budżetu (vide: art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych - Dz. U. z 2007 r., nr 19, poz. 115 ze zm.). Nad realizacją budżetu czuwa Rada Ministrów. Uznać zatem należy, że wobec zaistniałych wyjątkowych okoliczności, unieważnienie postępowania mieści się w interesie publicznym. Sprzyja bowiem zachowaniu bezpieczeństwa finansowego państwa oraz pozwala na realizację umów w zakresie rozwoju infrastruktury drogowej, wskazanych przez Radę Ministrów, możliwych do wykonania w aktualnej sytuacji finansów publicznych.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a pzp oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach postępowania stosownie do jego wyniku na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp.

Skargę od zapadłego wyroku wniósł odwołujący, zaskarżając go w całości i zarzucając naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp poprzez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w konsekwencji czego bezzasadne uznanie, iż uchwała Rady Ministrów z dnia 25 stycznia 2011 r. w sprawie ustanowienia "Programu Budowy Dróg Krajowych na lata 2011 - 2015" skutkuje tym, iż udzielenie zamówienia na realizację drogi krajowej Nr S7 o parametrach drogi ekspresowej na odcinku koniec obwodnicy Radomia - granica województwa mazowieckiego nieobjętego w liście zadań inwestycyjnych opisanych w Załączniku nr 1 dołączonym do ww. uchwały Rady Ministrów stanowi istotną zmianę okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć; art. 7 ust. 1 pzp poprzez błędną jego wykładnię, w konsekwencji czego bezzasadne uznanie, iż działania Zamawiającego polegające na przedłużaniu Postępowania opieszałości na etapie oceny złożonych w Postępowaniu ofert prowadzące bezpośrednio do utraty finansowania zamówienia ze środków dostępnych w chwili wszczęcia Postępowania oraz sprzeczne z przepisami unieważnienie Postępowania nie naruszało zasad uczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku

Krajowej Izby Odwoławczej poprzez nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, a następnie dokonania badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert i dokonania wyboru oferty skarżącego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu oraz zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zamawiający w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie wskazując, iż uchwalenie przez Radę Ministrów nowego wieloletniego planu budowy dróg stanowiło istotną zmiana okoliczności która spowodowała, że prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia przestało leżeć w interesie publicznym, jako mogące zachwiać stabilnością finansową państwa, której to okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Przede wszystkim trzeba wskazać, że zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r. nr 219, poz. 1706) oraz treścią art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., nr 223, poz. 1778) przy rozpatrywaniu złożonej skargi konieczne jest zastosowanie ustawy w brzmieniu obowiązującym w chwili ogłaszania przetargu, tj. z dnia 31 października 2009 r.

Stosownie do treści art. 194 ust. 2 pzp (w brzmieniu jak wyżej) w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy rozdziału 4 działu IV pzp nie stanowią inaczej.

Bezsprzecznie zgodnie z art. 378 § 1 kpc sąd rozpoznaje sprawę w granicach apelacji, co oznacza, obowiązek tego sądu do pełnego i samodzielnego rozpoznania sprawy w oparciu o całość zebranego materiału dowodowego i właściwe przepisy prawa materialnego.

Ustalony w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, przedstawiony we wstępnej części uzasadnienia, stan faktyczny, z uwagi na jego poprawność, został przez Sąd Okręgowy przyjęty także, jako podstawa niniejszego rozstrzygnięcia.

Wymagał on uzupełnienia o okoliczność, iż zamawiający po unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego realizował szereg postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jak i kontynuował realizację szeregu umów o wykonanie robót drogowych. Wszczynał także nowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z planem określonym w programie wieloletniego rozwoju sieci dróg krajowych (okoliczność niesporna). Nadto Sąd Okręgowy ustalił, iż w trakcie realizacji innych niż przedmiotowa inwestycji, w okresie od dnia 2 grudnia 2010 r. do dnia 2 września 2011 roku zamawiający uzyskał oszczędności w kwocie 4.413.540.648,59 zł (okoliczność niezaprzeczona przez stronę wskutek odmowy złożenia dokumentów).

Dodatkowo Sąd Okręgowy ustalił, iż skarżący jest nadal związany treścią oferty - aktualnie przedłużonej do 30 czerwca 2012 roku, a oferta ta jest zabezpieczona wadium zachowującym ważność w tym okresie (okoliczność niezaprzeczona przez zamawiającego).

Podzielić przy tym należy stanowisko Krajowej Izby, iż nie stan rzeczy stanowiący podstawę rozstrzygnięcia był objęty sporem, lecz jego skutki prawne oceniane na gruncie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Dnia 22 lutego 2011 roku zamawiający unieważnił, po otwarciu ofert, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując jako przyczynę podjęcie przez Radę Ministrów w dniu 25 stycznia 2011 roku uchwały Nr 10/2011 w sprawie ustanowienia programu wieloletniego pod nazwą „Program Budowy Dróg Krajowych na lata 2011 - 2015". Jej uchwalenie w jego ocenie wyczerpywało bowiem przesłanki unieważnienia postępowania określone w art. 93 ust. 1 pkt. 6 pzp.

Podkreślić stanowczo należy, iż punktem wyjścia przy ocenie unormowań dotyczących zamówień publicznych pozostaje zasada lojalności oznaczająca, iż

zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia jedynie w celu jego udzielenia. Nie budzi wątpliwości, iż stworzony, z myślą o racjonalnym, efektywnym i optymalnym wydatkowaniu środków publicznych, system zamówień publicznych, nie uchybia ogólnym zasadom zawierania umów określonych przez prawo prywatne. Tym samym należy zawsze mieć na względzie, że zamawiający winien uczynić wszystko co możliwe, aby do udzielenia zamówienia publicznego doszło.

W ramach powyższej zasady wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest w zasadzie równoznaczne z zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta będzie najkorzystniejsza zgodnie z ustaloną procedurą, a mieścić będzie się w kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W tym kontekście unieważnienie postępowania jest wyjątkiem i wszystkie określone w art. 93 ust. 1 pzp przesłanki unieważnienia postępowania winny być poddane wykładni ścieśniającej.

Stosownie do treści art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Określone w powołanym przepisie przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie, co oznacza, iż niespełnienie choćby jednej z nich wyklucza możliwość unieważnienia postępowania.

Ciężar wykazania spełnienia tych przesłanek spoczywa oczywiście na zamawiającym.

W ocenie Sądu Okręgowego obowiązkowi temu zamawiający nie podołał.

Zważyć należy, iż o doniosłości zmiany okoliczności można mówić dopiero w sytuacji wykazania samego faktu zmiany. Chodzi przy tym nie o jakąkolwiek zmianę, lecz taką zmianę okoliczności, która nie jest zależna od strony udzielającej zamówienia (zmiana zewnętrzna). Przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do stanu, w którym strona sama ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tego rodzaju interpretacja sprzeczna byłaby z wykładnią systemową czyniąc zamawiającego stroną uprzywilejowaną w relacjach z oferentem, i prowadząc do pozbawienia sensu normatywnego przepisów prawa zamówień publicznych.

W ocenie Sądu Okręgowego zmiana programu budowy dróg krajowych na lata 2011 - 2015 dokonana uchwałą Rady Ministrów nie ma charakteru zmiany zewnętrznej i jako taka pozostaje bez wpływu na tok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, iż uchwały Rady Ministrów mają charakter wewnętrzny, obowiązują tylko jednostki organizacyjnie podległe organowi wydającemu te akty (por. art. 93 ust. 1 Konstytucji RP) i służą realizacji funkcji administrowania państwem, do której powołana została Rada Ministrów (art. 146 ust. 3 Konstytucji RP). Ta wyrażona w powołanym przepisie art. 146 ust. 3 Konstytucji RP funkcja, która obejmuje kierowanie całością administracji rządowej, skorelowana jest z funkcją kierowniczo-koordynacyjną, której celem jest zabezpieczenie jednolitości polityki państwa w dziedzinie wewnętrznej i sprawności działania tego aparatu. Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad jako centralny organ administracji rządowej w świetle przepisów normujących jego zależność organizacyjną od Rady Ministrów (por. art. 17 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2007 r., nr 19, poz. 115 ze zm.), art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (Dz. U. z 2007 r., nr 65, poz. 437 ze zm.) i art. 34a ustawy z dnia z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów (Dz. U. z 2012 r., poz. 392) zobowiązany jest podporządkować się wzmiankowanej uchwale. Niemniej jednak stan ten jest irrelewantny dla Skarbu Państwa jako podmiotu prawa prywatnego, którego akty wewnętrzne nie mogą wywoływać bezpośrednich skutków dla osób trzecich, działających w sferze tego prawa. Taki stan nie może być zatem kwalifikowany jako zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp. Nie przenosi się on bowiem automatycznie na sferę stosunków prywatnoprawnych, w których stroną pozostaje Skarb Państwa.

Sytuację taką przyrównać można przykładowo, do zmiany planów inwestycyjnych zarządu spółki, która sama w sobie nie niweczy wcześniej podjętych przez spółkę zobowiązań na płaszczyźnie obligacyjnej.

O zmianie okoliczności w kontekście powołanego przepisu można by mówić natomiast wówczas, gdyby zmiana sposobu wykorzystania środków budżetowych została przyjęta w drodze ustawy, rozporządzenia bądź aktu prawa miejscowego. Akty te w myśl przepisów art. 87 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, jako źródła prawa wiązałyby także Skarb Państwa jako podmiot prawa prywatnego. W tym wypadku zmiana okoliczności

(prawnych) miałaby charakter zewnętrzny, niezależny od podległości organizacyjnej.

Dowodu jednak na taki stan rzeczy zamawiający nie przeprowadził, co wydaje się zresztą niemożliwe w sytuacji braku zmian legislacyjnych w zakresie inwestycji objętej niniejszym postępowaniem.

Brak wykazania faktu zmiany okoliczności czyni rozważania w zakresie doniosłości zmiany, nieco hipotetycznymi. Zaaprobowania wymaga jedna argumentacja przedstawiona w pismach procesowych skarżącego, co do braku elementów świadczących o jej istotnym charakterze. Rzeczywiście do zakwalifikowania zmiany, jako istotnej potrzebna jest jej trwałość rozumiana jako nieodwracalny stan. Tymczasem w niniejszym postępowaniu upatrywana przez zamawiającego zmiana okoliczności (pozbawienie finansowania) sprowadza się do tego, że wskutek podjęcia uchwały Rady Ministrów z 25 stycznia 2011 r., roboty stanowiące przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu zostały zakwalifikowane pod pozycją 11 załącznika 1a do programu, wskutek czego mogą one zostać jednak zrealizowane w wyniku uzyskania oszczędności przetargowych oraz oszczędności powstałych na skutek rozliczania zadań oddanych do ruchu, które zostały ujęte w załączniku nr 1. Sygnalizowana więc przez zamawiającego zmiana okoliczności w postępowaniu, związana z uchwaleniem programu, sprowadzała się zatem wyłącznie do alokacji środków na realizację zamówienia będącego przedmiotem postępowania, a nie zaprzestania przez Skarb Państwa tego rodzaju działalności inwestycyjnej, a zatem brak jej cechy trwałości i nieodwracalności.

Nieprzekonywające pozostają także argumenty zamawiającego odnośnie wywołania przez definiowaną przezeń zmianę okoliczności, stanu sprzecznego z interesem publicznym.

Interes publiczny to pożytek, korzyść, dobro, potrzeba dotyczące ogółu ludności (por. Słownik Języka Polskiego PWN, Warszawa 1999 r.). W tym kontekście możliwość unieważnienia postępowania istnieje jedynie wtedy gdy kontynuacja postępowania o udzielenie danego zamówienia publicznego stałaby w sprzeczności z tym dobrem, czy potrzebą. Ewentualnie jak zdaje się wskazywać zamawiający i Krajowa Izba Odwoławcza w sytuacji sprzeczności z interesem publicznym wyższego rzędu - w niniejszej sprawie definiowanym jako spójność i wypłacalność systemu finansowego państwa.

Niewątpliwie jednak w ustalonym stanie faktycznym, z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Odnosząc się do budowanej przez zamawiającego alternatywy, iż realizacja zamówienia w postaci budowy drogi ekspresowej jest równoznaczna z destabilizacją finansową państwa podkreślić należy, iż nie została ona w żaden sposób udowodniona. Tak widzianą okoliczność można by rozważyć jako sprzeczność z interesem publicznym (tu polegającym na zapewnieniu swobody przemieszczania się, poprawy bezpieczeństwa i warunków prowadzenia działalności gospodarczej, itp.) ewentualnie jedynie w sytuacji, gdyby z uwagi na stan finansów państwa zaprzestano realizacji danego rodzaju inwestycji (np. zaprzestano by w ogóle budowy dróg finansowanych przez Skarb Państwa), lub jakichkolwiek inwestycji. Istotnie kontynuacja postępowania o udzielenie zamówienia, czy zawarcie umowy na budowę drogi, w takim stanie mogłoby być poczytywane jako sprzeczne z interesem publicznym. Konieczność utrzymania bytu państwa wyprzedziłoby inne dobra publiczne. Wybór jednakże kolejności realizacji poszczególnych inwestycji drogowych (a nie całkowita rezygnacja z takich inwestycji), bo do tego sprowadza się podjęcie uchwały z 25 stycznia 2011 r., cechy takiej nie ma. Jak wywiedziono wewnętrzne, organizacyjne ograniczenie Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad przy dysponowaniu środkami na zamówienia publiczne, nie powoduje zobiektywizowanej niemożności pokrycia przez Skarb Państwa wydatków związanych z przedmiotową inwestycją, a stanowi jedynie realizację określonego, wyrażającego się w alokacji środków, interesu ekonomicznego zamawiającego. Mało tego zamawiający zarówno w chwili unieważnienia przetargu, jak i w chwili orzekania w niniejszej sprawie posiada środki na realizację tego rodzaju zamówień, i co więcej rozpoczyna nowe inwestycje. Trudno w takim stanie mówić więc o zagrożeniu bytu państwa jako elementu uzasadniającego unieważnienie postępowania.

Inaczej rzecz ujmując, podjęcie decyzji o przeznaczeniu środków finansowych na inne inwestycje drogowe, nie skutkuje uznaniem, że realizacja zadania będącego przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie nie leży już w interesie publicznym.

Zaaprobowanie tezy zamawiającego, iż działanie Rady Ministrów doprowadziło do pozbawienia zamawiającego środków, a tym samym do powstania sprzeczności z interesem publicznym, stanowiłoby wyraz aprobaty dla stanu, w którym państwo przez działania w dziedzinie imperium, kreowałoby dogodny dla siebie stan w dziedzinie

dominium, co jak już podniesiono byłoby sprzeczne z wykładnią systemową czyniąc zamawiającego stroną uprzywilejowaną w relacjach z oferentem, i prowadząc do pozbawienia sensu normatywnego przepisów prawa zamówień publicznych

Zamawiający lub organ nadrzędny mógłby kreować stan sprzeczny z interesem publicznym poprzez przesuwania środków i w konsekwencji unieważniać postępowanie. Obok wykładni systemowej, takiej interpretacji wydaje się sprzeciwiać także przyjęta podczas kolejnych nowelizacji zmiana ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dodanie w art. 93, ust. 1a, zgodnie z którym 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 zaproszeniu do negocjacji, czy zaproszeniu do składania ofert.

Przy przyjęciu, iż zapis ust. 1 pkt 6 tego przepisu umożliwiałby, jak twierdzi zamawiający, unieważnienie postępowania jedynie z uwagi na brak środków, przepis ust. 1a byłby bezprzedmiotowy. Zawsze bowiem spełnienie przesłanek określonych w ust. 1a byłoby równocześnie spełnieniem tych z ust. 1 pkt 6 pzp. Skoro jednak przepis ten został dodany, należy przyjąć, że sam ustawodawca dostrzegł, iż ust 1 pkt 6 pzp nie daje podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia tylko ze względu na pozbawienie środków na jego realizację w tracie postępowania przetargowego. Tego rodzaju nowelizacja art. 93 pzp daje pogląd co do wykładni autentycznej tego przepisu, w świetle której, jawi się jako niedopuszczalna, praktyka unieważniania postępowań przetargowych, tylko z uwagi na brak środków na sfinansowanie zamówienia.

Tego rodzaju wykładnia nie może dziwić, zwłaszcza, iż w wymagającej wysokiej staranności procedurze o udzielenie zamówienia publicznego nałożony został na zamawiającego szereg obowiązków związanych z zarezerwowaniem środków przeznaczonych na realizację zamówienia. Długotrwałość postępowania i możliwość zmiany przeznaczenia tych środków przez zamawiającego na inne cele, nie może więc zdaniem Sadu Okręgowego, usprawiedliwiać dyskontynuacji postępowania o udzielenie zamówienia, Nadto jako wyraz daleko idącej nielojalności wobec składającego ofertę kontrahenta, który stając do przetargu zobligowany jest niejednokrotnie poczynić daleko idące starania do uzyskania potrzebnych dokumentów, gwarancji finansowania itp., nie zasługuje na aprobatę.

W tym stanie rzeczy, jak trafnie zauważa skarżący nie wystąpiły żadne okoliczności, które wskazywałyby na to, że prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia nie leżało w interesie publicznym. Podzielić należy wyrażony przezeń pogląd, iż dalsze prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia służy zaspokojeniu interesu publicznego w zakresie budowy infrastruktury drogowej. Co istotne nie zostały zbudowane żadne inne, alternatywne sposoby rozwiązania potrzeb transportowych w rejonie odcinka trasy S7, będącego przedmiotem postępowania, i tym samym nie nastąpiła żadna zmiana okoliczności, która skutkowałaby brakiem interesu publicznego w realizacji zamówienia. Mało tego umieszczenie inwestycji objętej niniejszym postępowaniem w wieloletnim programie budowy dróg krajowych na lata 2011 - 2015, dodatkowo potwierdza istnienie interesu publicznego w kontynuowaniu postępowania.

Dlatego też, Sąd Okręgowy stosownie do treści art. 386 § 1 kpc w zw z art. 194 ust. 2 pzp zmienił zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie punktu 1. i w oparciu o treść art. 191 ust. 2 pkt 2 pzp nakazał Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie unieważnić czynność z dnia 22 lutego 2011 r. polegającą na unieważnieniu postępowania pod nazwą „Budowa drogi krajowej Nr S7 o parametrach drogi ekspresowej na odcinku koniec obwodnicy Radomia - granica województwa mazowieckiego”

Dodatkowo wobec uwzględnienia żądania nakazania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok także w zakresie punktu 2. w ten sposób, że kosztami postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą obciążył Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad i zasądził od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz Dragados S.A. w Madrycie (Hiszpania) kwotę 8044,00 (osiem tysięcy czterdzieści cztery i 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego

przed Krajową Izbą Odwoławczą. Rozstrzygnięcie to dokonane zostało w oparciu o przepis art. 386 § 1 kpc w zw. z art. 191 ust. 6 i 7 pzp w zw. z treścią § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., nr 128, poz. 886).

W zakresie żądania nakazania dokonania badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert i dokonania wyboru oferty skarżącego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu Sąd Okręgowy na podstawie art. 385 kpc w zw. z art. 194 ust. 2 pzp oddalił skargę, z uwagi na okoliczność, iż samo unieważnienie unieważnienia postępowania obliguje zamawiającego do prowadzenia dalszego postępowania, natomiast przesądzenie o jego wyniku, na tym etapie postępowania, eliminowałoby możliwość badania przez zamawiającego złożonej oferty stosownie do przepisów prawa zamówień publicznych.

Sąd Okręgowy oddalił nadto w oparciu o przepis art. 385 kpc w zw. z art. 194 ust. 2 pzp skargę w zakresie żądania stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 pzp polegającą na błędnej jego wykładni i bezzasadne uznanie, iż działania zamawiającego polegające na przedłużaniu postępowania nie naruszało zasad uczciwej konkurencji.

Stosownie do treści art. 7 ust. 1 pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Sam fakt przedłużania postępowania, nie uzasadnia jeszcze wniosku o naruszeniu tych zasad. Skarżący nie wykazał, aby tego rodzaju działanie zamawiającego zmierzało do zachwiania równego i uczciwego traktowania podmiotów startujących w postępowaniu. Twierdzenia skarżącego w tym zakresie są gołosłowne, wobec czego nie zasługiwały na aprobatę.

O kosztach procesu w instancji odwoławczej, na które składa się kwota 1000000,- zł tytułem zwrotu uiszczonej opłaty od skargi oraz kwota 3600,- zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika skarżącego sąd orzekł w oparciu o art. 98 § 1 i 3 kpc w zw. z art. 99 kpc w zw. z art. 391 § 1 kpc w zw z art. 194 ust. 2 pzp oraz przepis § 12 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy

prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r., nr 163, poz. 1349 ze zm.).

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

sekretarz

ądowy

Urszula

fuszcz

IVAR«