

Sygn. akt KIO 1056/15

WYROK
z dnia 3 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 czerwca 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **20 maja 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Gminy w Mrozach**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Siedlcach**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający Gmina Mrozy, ul. Adama Mickiewicza 35, 05-320 Mrozy wszczął 17.10.2014 r. postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa energii cieplnej do obiektów użyteczności publicznej w Gminie Mrozy«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22.10.2014 r. pod nrem 2014/S 358734 i 2014/S 203-358734.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 11.05.2015 r. (pismo z 08.05.2015 r.) o unieważnieniu postępowania.

Wykonawca Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 20.05.2015 r. do Prezesa KIO odwołanie na czynności zamawiającego dokonane niezgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przez bezpodstawne unieważnienie postępowania przetargowego;
- 3) art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie czynności, do której zamawiający był zobowiązany ustawą, a polegającej na wezwaniu odwołującego do podpisania umowy.

Naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych stanowi w konsekwencji dokonanie czynności niezgodnych z obowiązującym w tym względzie przepisami prawa.

Odwołujący wniósł o:

- 1) cofnięcie błędnej i nieuzasadnionej decyzji polegającej na unieważnieniu postępowania;
- 2) wezwania odwołującego do podpisania umowy, zgodnie z dokonany wybór oferty najkorzystniejszej; w konsekwencji do zawarcia umowy;
- 3) wydłużenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia o zwłokę powstałą, w wyniku zaniechania czynności, co do której zobligowany był zamawiający (zamawiający wycofał to żądanie na rozprawie ustnie do protokołu).

Argumentacja odwołującego

Zamawiający nie miał żadnych podstaw do unieważnienia postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, a co za tym idzie nie miał również podstaw do odmówienia odwołującemu zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

I

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu 17.10.2014 r. podał, że szacunkowa wartość zamówienia bez VAT wynosi: 2 845 528,46 PLN.

W treści ogłoszenia w dziale: „Całkowita wielkość lub zakres” zamieszczono następującą informację: „Dostawa energii cieplnej do obiektów użyteczności publicznej w Gminie Mrozy zlokalizowanych w:

- 1) Szkole Podstawowej w Grodzisku (Obiekt 1),
- 2) Szkole Podstawowej im. Romualda Traugutta w Mrozach (Obiekt 2),
- 3) Zespole Szkół im. Adama Mickiewicza w Mrozach (Obiekt 3),
- 4) Zespole Szkół Publicznych w Jeruzalu (Obiekt 4),

Szacunkowa wartość bez VAT: 2 845 528,46 PLN”.

Ponadto zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją lub SIWZ) napisał, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Zamówienie o wartości większej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zamawiający poinformował uczestników postępowania przetargowego, w sekcji III.1.2 ogłoszenia Główne warunki finansowe i uzgodnienia płatnicze lub odniesienie do odpowiednich przepisów je regulujących: Wynagrodzenie dla wykonawcy będzie regulowane przez zamawiającego w formie ryczałtowej, płatne w cyklu miesięcznym (miesięczne okresy rozliczeniowe) po akceptacji przez Zamawiającego wykonania prac, w równych częściach dla całego okresu obowiązywania Umowy. Roczny koszt w zakresie dostaw energii cieplej określony w

wysokości 875 000 PLN powoduje, że miesięczna wartość ryczałtu określona została w wysokości 72 916,67 PLN.

To na zamawiającym spoczywa obowiązek prawidłowego ustalenia, z należytą starannością, całkowitego szacunkowego wynagrodzenia należnego wykonawcy. Dokonanie przez zamawiającego zmiany wartości zamówienia po wszczęciu postępowania można uznać za uchybienie treści art. 35 ust. 2 Pzp (Informacja o przeprowadzonej kontroli UZP/DK/KU/238/2005 – Informator Urzędu zamówień Publicznych nr 5/2011).

Ustalenie czy mamy do czynienia z jednym czy kilkoma zamówieniami możliwe jest tylko w odniesieniu do konkretnego przypadku. Przy ocenie pomocne mogą być wypowiedzi doktryny i orzecznictwa. Przykładowo w wyroku WSA w Warszawie z 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt V SA/WA 2555/10) stwierdzono: „dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami, konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posłużyć się takimi kryteriami jak tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (przewidzenie przez zamawiającego pełnego zakresu przedmiotowego zamówień sfinansowanych i udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej zasadniczo okres jednego roku budżetowego, finansowego albo objęty decyzją o udzielenie wsparcia finansowego na realizację określonego projektu) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę, innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie przez tego samego wykonawcę. I tak z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy. W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, że mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Jeżeli zatem w tym samym czasie możliwe jest udzielenie tożsamego przedmiotowo zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32-35”.

A zatem należy przyjąć, że zamawiający należycie oszacował zamówienie i podjął decyzję o jego wszczęciu w procedurze pełnej, natomiast błędem i nieuprawnionym działaniem zamawiającego jest odmawianie wykonawcy prawa do skorzystania z przysługujących w tym względzie środków ochrony prawnej. Ustawodawca nie zawarł w ustawie fakultatywności, z której wynikałaby możliwość stosowania pełnej procedury co do ogłoszenia, terminów złożenia oferty, obowiązku publikacji, wymaganych od wykonawców dokumentów, a możliwością wniesienia środków ochrony prawnej – co w sposób niezrozumiały zamawiający podał w piśmie z 05.12.2014 r. Natomiast w piśmie datowanym

na 08.05.2015 r., a przesłanym 11.05.2015 r. w ogóle zamawiający nie zamieścił stosownego pouczenia.

Odwołujący stanął na stanowisku, że istnieje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej w odniesieniu do decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania przetargowego.

1. 05.12.2014 r. odwołujący został poinformowany o wyborze oferty, jako oferty najkorzystniejszej. Pismo podpisał w imieniu zamawiającego pan Burmistrz D. J., a zatem osoba władna do zaciągania zobowiązań w imieniu zamawiającego. Informacja ta została również upubliczniona na stronie internetowej i w siedzibie zamawiającego. Ustawodawca wyraźnie określa terminy, w jakich należy wezwać wykonawcę do zawarcia umowy – art. 92 ust. 1 pkt 4 Pzp; stosowne pouczenie w tym względzie zamieścił także i sam zamawiający w piśmie. Ponadto w piśmie zamawiający zobowiązał wykonawcę do skontaktowania się z Gminą w sprawie podpisania umowy do 01.01.2015 r.

2. 10.12.2014 r. pracownik Gminy pan K. K. przesłał do pracownicy Odwołującego pani E. H. maila z prośbą o wypełnienie umowy zawierającej dane o podwykonawstwie oraz zabezpieczeniu należytego wykonania umowy. Na tej podstawie Odwołujący dokonał wpłaty w kwocie 6765 zł, stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

3. 29.12.2014 r. zamawiający wezwał odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą z równoczesnym przedłużeniem ważności wadium.

4. 27.01.2015 r. zamawiający wezwał odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą z równoczesnym przedłużeniem ważności wadium.

5. 31.03.2015 r. zamawiający wezwał że do przedłużenia terminu związania ofertą z równoczesnym przedłużeniem ważności wadium.

6. 06.05.2015 r. odwołujący przesłał do zamawiającego pismo w sprawie wezwania go do podpisania umowy w przedmiotowym postępowaniu.

7. 08.05.2015 r. zamawiający przygotował zawiadomienie o unieważnieniu postępowania przetargowego, które to pismo przesłał do odwołującego 11.05.2015 r. W uzasadnieniu pisma zamawiający podał, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, powodem ma być cyt.: „Zamawiający – Gmina Mrozy – uzyskała informacje dotyczące możliwości sfinansowania

przedsięwzięcia z udziałem środków Unii Europejskiej w perspektywie finansowej na lata 2014-2020 na poziomie 80% wartości inwestycji. Ewentualna oszczędność może wynieść nawet 1 000 000,00 zł (jeden milion)”.

Zamawiający ma prawo powołać się na fakt, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności, w wyniku których prowadzenie postępowania o zamówienie publiczne oraz jego realizacja nie leży już w interesie publicznym i unieważnić przetarg. Przy czym, jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, musi to odpowiednio umotywić (wyrok KIO z 4 marca 2014 r. sygn. akt KIO 293/14 KIO 294/14).

Przesłanka unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp wyraźnie wskazuje na okoliczności powodujące taką decyzję zamawiającego nie mogły być wcześniej do przewidzenia. Natomiast interes publiczny, jak wskazuje Izba, nie może być utożsamiany z własnymi potrzebami danej jednostki. Zmiana okoliczności, która powodowałaby, że dane postępowanie staje się w tym momencie bezcelowe, może być spowodowane np. zmianą zakresu przedmiotu zamówienia lub jego ilości. Nie można natomiast uznać za nie nowych możliwości technicznych lub też lokalowych zamawiającego. Przy czym przy powoływaniu się na przesłankę zawartą w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp nie wystarczy wskazanie jedynie, że prowadzenie postępowania jest wbrew interesowi publicznemu. Zamawiający zobowiązany jest do uzasadnienia takiego stanowiska. Aby móc stwierdzić, że prowadzenie postępowania o zamówienie publiczne lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, zamawiający musi wykazać wystąpienia istotnej zmiany okoliczności w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przeciwnym razie dopuszcza się on naruszenia prawa przez nierówne traktowanie wykonawców np. odwołującego, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą wobec przystępującego, który przegrał przetarg, a pomimo tego niekorzystnego wyniku postępowania wykonawca ten liczył na uzyskanie zamówienia publicznego w inny sposób, (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 kwietnia 2012 r. KIO 572/12). Analizując argumentację podaną przez zamawiającego w piśmie z 08.05.2015 r. odwołujący zwraca uwagę:

po pierwsze: na datę unieważnienia postępowania przetargowego. Różnica pomiędzy upublicznieniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a decyzją o unieważnieniu przedmiotowego postępowania to od 5 miesięcy. A zatem zamawiający pozyskiwał informacje o możliwości sfinansowania zamówienia ze środków unijnych – aż kilka miesięcy?

po drugie: już w dniu uruchomienia postępowania przetargowego w 2014 r. znana była podmiotom zainteresowanym możliwość finansowania przetargów z udziałem środków z Unii Europejskiej w perspektywie finansowej na lata 2014-2020 mimo to zamawiający nie skorzystał z takiej możliwości i ogłosił przetarg. Należy także zaznaczyć, że już 23.05.2014 r.

Komisja Europejska zatwierdziła Umowę Partnerstwa, najważniejszy dokument określający strategię inwestowania Funduszy Europejskich w nowej perspektywie. Najważniejszym aktem prawnym, który zapewni ramy prawne po stronie polskiej dla realizacji postanowień Umowy Partnerstwa jest ustawa o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (tzw. ustawa wdrożeniowa). 11 lipca 2014 r. dokument został uchwalony przez Sejm RP, w życie wszedł 13 września 2014 r.

Trudno w tej sytuacji wywieść przesłankę o wystąpieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Wiedza bowiem o możliwości współfinansowania i pozyskiwania środków unijnych jest wiedzą powszechnie dostępną i upublicznią dla podmiotów sektora finansów publicznych, w tym gmin.

po trzecie: zamawiający w uzasadnieniu powołuje się wyłącznie na uzyskanie/pozyskanie informacji. Co oznacza słowo pozyskiwać? „Pozyskiwanie” za słownikiem języka polskiego to m.in.: przekonywanie; organizowanie; wciąganie; nakłanianie; przyciąganie zwolenników. A zatem jest to tryb przypuszczający, określający tylko pewien zamiar, który nie musi się w ogóle ziścić.

Zamawiający nie poinformował w specyfikacji ani w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania o możliwości unieważnienia przetargu, w przypadku nie uzyskania dofinansowania. Zamawiający nie podał również informacji, że stara się pozyskać środki z instytucji zewnętrznej np.: w celu refundacji własnych, co w przypadku odmowy skutkuje unieważnieniem postępowania. Powzięcie pewnej informacji nie gwarantuje w tym przypadku ani pozyskania środków z budżetu unijnego, ani też oszczędności na poziomie miliona złotych. Zamawiający w swym piśmie nie informuje o aplikowaniu, promesie, otrzymaniu lub przyznaniu dotacji finansowej. Zamawiający nie wykazał nawet informacji o złożeniu wniosku o pozyskanie środków finansowych. Zamawiający pisze wyłącznie o „możliwości”, czyli o czasie być może przyszłym niedokonanym, a zatem nie można w tym przypadku mówić o tym, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Nie sposób zatem nie odnieść wrażenia, że zamawiający z pełną świadomością i w sposób przemyślany przedłużał termin podpisania umowy, dążąc tym samym do unieważnienia postępowania przetargowego. Świadczy o tym chociażby niczym nieumotywowane wydłużanie terminu związania ofertą i brak wyznaczenia daty na zawarcie umowy. Można również domniemać, że działania zamawiającego mogły mieć także na celu zmuszenie odwołującego do rezygnacji z realizacji zamówienia, również ze względu na realność jego wykonania w terminach określonych w SIWZ. Zamawiający bez podania przyczyny, po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej wnosił kilkakrotnie o przedłużenie terminu związania ofertą, pomimo wpłacenia przez odwołującego w pieniądzu zabezpieczenia

należytego wykonania umowy. Istotnym jest również fakt, że kwota brutto oferty odwołującego mieści się w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający jest związany kwotą, którą zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp podał przed otwarciem ofert. Tak więc unieważniając postępowanie zamawiający nie może uzasadniać swojej decyzji koniecznością przeznaczenia na zamówienie mniejszego budżetu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2804/13; KIO 2821/13). W tezie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 7 lutego 2008 r., sygn. akt IA Ca 1050/07 można przeczytać: po wybraniu najkorzystniejszej oferty zamawiający nie jest uprawniony do odstąpienia od zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, jeśli nie występuje żadna z przesłanek unieważnienia postępowania (wymienionych w art. 93 ust. 1 Pzp). Wykonawcy, którego oferta w wyniku postępowania w sprawie zamówień publicznych została wybrana jako najkorzystniejsza, przysługuje roszczenie o zawarcie umowy, w której zakres jego zobowiązania będzie identyczny jak warunki wskazane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i złożonej przez niego ofercie. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego nie może budzić również wątpliwości fakt, że upływ terminu związania ofertą, także obecnie, nie stanowi przeszkody do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego – orzekli sędziowie Trybunału Konstytucyjnego w postanowieniu z 24 lutego 2010 roku. W sprawie tej Trybunał zwrócił się do Sądu Najwyższego oraz Urzędu Zamówień Publicznych o przedstawienie praktyki stosowania przepisów. Prezes Urzędu wskazał, że wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zdeterminowany jest wyborem oferty najkorzystniejszej, a późniejsze zawarcie umowy jest jedynie konsekwencją tego wyboru. Oznacza to, że zawarcie umowy po upływie terminu związania ofertą nie ma wpływu na wybór oferty, a co za tym idzie na wynik postępowania. Ponadto, Prezes Urzędu wyjaśnił, że od początku obowiązywania Pzp, tj. od 2 marca 2004 r. przepis ten był interpretowany w ten sposób, że pomimo upływu terminu związania ofertą możliwe było zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, o ile wykonawca składający ofertę najkorzystniejszą wyraziłby na to zgodę. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że celem wprowadzenia instytucji związania ofertą na gruncie zamówień publicznych nie było ograniczenie możliwości zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą. Dodatkowo, Prezes Urzędu wskazał, że upływ terminu związania ofertą nie może być oceniany jako przesłanka wystarczająca do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, analiza przepisu art. 94 ust. 1 Pzp, w brzmieniu obowiązującym wskazuje, że ustawodawca zrezygnował z wyznaczenia maksymalnego terminu, w którym powinna zostać zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, poprzestając jedynie na określeniu terminów minimalnych, przed upływem których umowa taka nie może zostać zawarta. Zamawiający powinien również pamiętać, że zgodnie z art. 17 ust. 2 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów

publicznych, unieważnienie przetargu z naruszeniem przepisów jest naruszeniem dyscypliny finansów. Ponadto w orzecznictwie sądowym i Krajowej Izby Odwoławczej przyjęta została jedna linia interpretacyjna.

Przyjmuje się, że „zmianę okoliczności” należy rozumieć jako zaistnienie pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, że kontynuowanie postępowania przetargowego nie leży w interesie publicznym (SO w Warszawie V Ca 1187/2009). Interes publiczny z kolei nie powinien być utożsamiany z interesem samego zamawiającego (GKO BDF1/4900/64/69/13/RWPD-57591), ale raczej należy go rozumieć jako cel dla którego zaspokojenia realizowane miało być zamówienie, który to cel zaspokajają konkretnie wskazane potrzeby społeczne (KIO 601/11). Tak więc interes publiczny jest potrzebą ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą (KIO/UZP 262/08). Zmiana okoliczności musi mieć charakter istotny, czyli faktycznie uniemożliwiający (a nie utrudniający) realizację zamówienia według dotychczasowych założeń (SO w Lublinie IX Ga 30/2008), co bywa rozumiane jako zmiana będąca następstwem zdarzeń nadzwyczajnych, występujących rzadko (KIO 1001/14). Jednocześnie zamawiający nie był w stanie przewidzieć, spodziewać się że takie zdarzenie zajdzie, w momencie ogłaszania przetargu. Jeżeli możliwym było przewidzenie wystąpienia takiej okoliczności to wówczas zamawiający nie ma prawa unieważnić postępowania (KIO/UZP 398/09). Co więcej zmiana okoliczności musiała już wystąpić w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu. Nie wystarcza więc samo zagrożenie taką zmianą, konieczne jest aby unieważnienie postępowania było reakcją na zdarzenie, które już zaszło (SO w Gliwicach X Ga 45/2008 czy wprost KIO/UZP 114/07).

Podjmując decyzje o unieważnieniu zamawiający ma obowiązek szczegółowego podania wszystkich okoliczności uzasadniających unieważnienie, a więc określić interes publiczny, który chciał zaspokoić, opisać niespodziewane zdarzenie które zaszło, wykazać, że ma ono charakter istotny a także, że nie był w stanie przewidzieć jego zajścia (SO w Lublinie IX Ga 30/2008 czy KIO 293/14). Co ważne okoliczności uzasadniające zaistnienie braku interesu społecznego muszą mieć charakter trwały, czyli nie można ich przewyciężyć np. przez zmianę organizacyjną czy uzgodnień (UZP/ZO/O-1372/05). Kwestionowane były m.in. następujące przyczyny unieważnienia postępowania: brak akceptacji (decyzji) upoważnionego urzędu dla wdrożenia zamawianych rozwiązań (KIO 1001/14); niezadowolenie i brak akceptacji pracowników dla zakupu zamawianych usług (KIO 764/13); zmiana koncepcji wykonania przedmiotu zamówienia (KIO 304/13); zmiana sposobu finansowania przedsięwzięcia, ale bez utraty części środków (KIO 1171/12); zmniejszenie ilości środków finansowych na sfinansowanie zamówienia (KIO/UZP 628/10); powzięcie wiadomości, że usługi które są przedmiotem zamówienia można gdzie indziej kupić taniej (KIO/UZP 458/08); wydanie pieniędzy przeznaczonych na zamówienie na inny cel

(UZP/ZO/O-1343/06); błąd w dokumentacji przetargowej (SO w Lublinie IX Ga 30/2008). Nie ulega wątpliwości, że zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania powinien czynić to ostrożnie i dopiero po przeprowadzeniu gruntownej analizy prawnej oraz stanu faktycznego mającego uzasadnić taki krok. W orzecznictwie i literaturze podkreślana jest wyjątkowość stosowania omawianej przesłanki. Nie powinna ona zatem być lekiem na niezdecydowanie zamawiającego czemu wielokrotnie z resztą dawała wyraz Krajowa Izba Odwoławcza oraz sądy okręgowe.

Kluczową czynnością w świetle możliwości zawarcia umowy jest wybór najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę. Wybór swój zamawiający opiera na podstawie kryteriów określonych uprzednio przez siebie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. Nie sposób zatem zachowanie i działanie Zamawiającego zinterpretować inaczej, jak tylko, jako uchylenie się od zawarcia umowy z odwołującym. Uchylenie się jest świadomym działaniem lub zaniechaniem, zmierzające do bezpodstawnego nie zawarcia umowy (Wyrok SN z 26 września 2001 r., IV CKN 461/00, LEX nr 52767.) Należy z całą stanowczością stwierdzić, że zarówno zamawiający jak i wykonawca wyłoniony w wyniku przeprowadzonego postępowania, zobowiązani są do zawarcia umowy, która finalizuje postępowanie. Pierwszy w Polsce wyrok sądu powszechnego zastępujący w całości umowę w sprawie zamówienia publicznego. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 lipca 2009 r. (sygn. akt: XVI GC 682/08) stwierdzono istnienie możliwości zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ i w ofercie wykonawcy. Wynika z niego potwierdzenie zasady, że można dochodzić zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdy wykonawca lub zamawiający uchylił się od jej zawarcia. W takiej sytuacji wyrok sądu zastępuje umowę.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 20.05.2015 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający nie przesłał kopię odwołania innym wykonawcom, bo odwołujący był jedynym wykonawcą w postępowaniu).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba podkreśla, że art. 36 ust. 1 pkt 17 Pzp nakazuje zawarcie w specyfikacji pouczenia o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy w toku postępowania. Przepis art. 36 ust. 1 pkt 17 Pzp brzmi »Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej [...] pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia«. Żaden inny przepis nie nakazuje zamawiającemu zamieszczania takich oświadczeń w innych dokumentach zamawiającego.

Dlatego sugestia odwołującego dotycząca utrudniania skorzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę ze względu na niezamieszczenie przez zamawiającego w piśmie z 11.05.2015 r. informacji o środkach ochrony prawnej nie może być uwzględniona przez Izbę.

Izba stwierdza, że do wniesienia odwołania nie jest konieczne zamieszczenie odpowiedniego komunikatu w jakimkolwiek piśmie zamawiającego. Prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej wynika z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i jest dokładnie unormowane w dziale VI Pzp zatytułowanym »Środki ochrony prawnej« i prawo to nie może być ograniczone żadnymi działaniami zamawiającego. W związku z tym Izba stwierdza, że niezamieszczenie w dokumentach zamawiającego informacji o środkach ochrony prawnej lub zamieszczenie niewłaściwego komunikatu o tych środkach nie wpływa na możliwość wniesienia odwołania przez wykonawcę.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut trzeci – naruszenia art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie czynności, do której zamawiający był zobowiązany ustawą, a polegającej na wezwaniu odwołującego do podpisania umowy – nie zasługuje na uwzględnienie.

W rozpoznawanym postępowaniu przetargowym zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty 05.12.2014 r. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający zawiadomił wybranego wykonawcę o zamiarze zawarcia z nim umowy. Jednak następnie

zamawiający nie wzywał do podpisania umowy ani nie podpisał umowy przez długi czas i zamawiający 08.05.2015 r. zawiadomił o unieważnieniu postępowania.

Izba stwierdza, że żaden przepis nie wymaga zawarcia umowy w jakimś maksymalnym terminie od powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jedynie strony nie mogą zawrzeć umowy w terminie krótszym niż wynika to z przepisów art. 94 ust. 1 pkt 1 lub 2 Pzp. Przepis art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp brzmi »Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183, w terminie [...] nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo 15 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób – w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8«.

Ponadto Izba podkreśla, że zamawiający prowadzi postępowanie przetargowe do czasu zawarcia umowy, które to zawarcie umowy kończy postępowanie. Tak m.in. uchwała Sądu Najwyższego z 17 lutego 2010 r., sygn. akt III CZP 103/10, cyt. »Postępowanie „o udzielenie zamówienia publicznego” na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy [Pzp] [...], da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego«. Do czasu zawarcia umowy zamawiający może w ramach prowadzonego postępowania przeprowadzać czynności, dokonywać unieważnień czynności, powtarzać czynności nawet w wielu przypadkach nie informując o tym wykonawców. Dlatego – zdaniem Izby – postępowanie zamawiającego nie narusza wskazanego przez odwołującego przepisu art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp. i z tego powodu Izba nie może uwzględnić zarzutu trzeciego – naruszenia art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut drugi – naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przez bezpodstawne unieważnienie postępowania przetargowego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający po około 5 miesiącach od zawiadomienia wykonawcy o wyborze najkorzystniejszej oferty dokonał 11.05.2015 r. pismem z 08.05.2015 r. unieważnienia postępowania. W tym czasie zamawiający przyjmował od wykonawcy oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i przedłużenia gwarancji wadialnej. Unieważniając postępowanie zamawiający powołał się na art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, który to przepis brzmi »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«.

Zamawiający uzasadnił swoją decyzję wskazując na nieprzewidywaną wcześniej zmianę okoliczności – uzyskaniem informacji o możliwości sfinansowania przedsięwzięcia z udziałem środków Unii Europejskiej i związaną z tym możliwością wystąpienia oszczędności dla zamawiającego w wysokości około 1 000 000 zł [przy wartości zamówienia około 3 000 000 zł].

Izba stwierdza, że uzasadnienie unieważnienia postępowania było lakoniczne, co także przyznał na rozprawie zamawiający, chociaż obejmowało najistotniejsze kwestie potwierdzające zasadność unieważnienia postępowania ze względu na wystąpienia przesłanki unieważnienia postępowania określonej w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Dlatego Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, a odwołujący stawiał tylko zarzut bezpodstawnego unieważnienia postępowania, w związku z tym w ocenie Izby, zarzut drugi – naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy – naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie uzasadnił w odwołaniu ani w wystąpieniu ustnym do protokołu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, a także nie wykazał naruszenia żadnego przepisu ustaw. W związku z powyższym zarzut pierwszy – naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – nie może zastać uwzględniony.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: