

Sygn. akt: KIO 1804/16

WYROK

z dnia 10 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września br. przez wykonawcę ATA-TECHNIK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna w Budzynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającą Gminę Piła

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającej Gminie Piła unieważnienie unieważnienia postępowania z dnia 15 września 2016 r., dokonane na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Piła i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez ATA-TECHNIK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna w Budzynie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Gminy Piła na rzecz ATA-TECHNIK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna w Budzynie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 w Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Gmina Piła (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Rewitalizacja obszarów przemysłowych i powojkowych na terenie miasta Piły - rozwój strefy przemysłowej Piła południowo-wschodnia (rejon ul. Wawelskiej)“- przebudowa i rozbudowa ul. Wawelskiej - od km 0+000,00 (od przejazdu kolejowego linii kolejowej nr 203 Tczew - Kostrzyn) do km ok. 2+000,00”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 15 kwietnia 2016 r., poz. 2016/S 074-128280. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 26 września 2016 r. wykonawca ATA-TECHNIK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna w Budzynie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, skutkujące unieważnieniem postępowania w sytuacji, gdy nie wystąpiły przesłanki unieważnienia, wskazane w tym przepisie.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu nieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania i przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych. Na dzień złożenia odwołania oraz na dzień wydania wyroku Zamawiający nie dokonał powtórzenia czynności badania i oceny ofert nakazanej orzeczeniem sygn. akt KIO

1145/16. Wobec braku wyniku postępowania, nie można było jednoznacznie ustalić, że po zakończeniu czynności badania i oceny ofert oferta Odwołującego nie miałaby szansy na uzyskanie zamówienia. W takich okolicznościach, wobec hipotetycznej szansy na uzyskanie zamówienia, w ocenie Izby Odwołujący miał prawo skarżyć unieważnienie postępowania.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy uwzględnić.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W punkcie 2.13) Ogłoszenia o zamówieniu (przywołanym w pkt I powyżej, odpis ogłoszenia i innych dokumentów powołanych w uzasadnieniu – w aktach sprawy) zatytułowanym „Informacje o funduszach Unii Europejskiej” Zamawiający stwierdził, że zamówienie nie dotyczy projektu ani programu finansowanego ze środków Unii Europejskiej. W kolejnym punkcie 11.2.14) Ogłoszenia pt. „Informacje dodatkowe” Zamawiający wskazał natomiast, że przewiduje współfinansowanie przedmiotu zamówienia ze środków Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014-2020 (dalej „WRPO 2014”). Już w tym miejscu należy podkreślić, że Zamawiający wszczynając postępowanie nie przewidywał jego obligatoryjnego finansowania ze środków pochodzących z Unii Europejskiej, a jedynie przewidywał częściowe pokrycie kosztów realizacji zamówienia ze środków zewnętrznych.

2. W dniu 15 września 2016 r., bez zakończenia czynności badani i oceny ofert, Zamawiający unieważnił postępowanie z powołaniem się na przesłankę wynikającą z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

W uzasadnieniu zawiadomienia o unieważnieniu Postępowania Zamawiający podniósł m.in., że:

1) w momencie publikacji ogłoszenia o zamówieniu, tj. w dniu 15 kwietnia 2016 r., Zamawiający przewidywał współfinansowanie przedmiotu zamówienia ze środków WRPO 2014, przy czym zamiar ten miał podstawy w zapisach Szczegółowego Opisu Osi Priorytetowych WRPO 2014;

2) w dniu 13 sierpnia 2015 r. Instytucja Zarządzająca WRPO 2014 opublikowała wytyczne w sprawie kwalifikowalności kosztów objętych dofinansowaniem ze środków Europejskiego Rozwoju (dalej: „Wytyczne”), przy czym w punkcie 2.1 Wytycznych przewidziano: „Zasięg czasowy. W ramach WRPO koszty są kwalifikowalne, jeżeli zostały poniesione nie wcześniej niż w dniu 1 stycznia 2014 r. (niezależnie od terminu złożenia wniosku o dofinansowanie i od terminu podpisania umowy o dofinansowanie - z wyjątkiem projektów objętych schematami pomocy publicznej) i nie później niż w dniu 31 grudnia 2023

r. Terminy ponoszenia kosztów kwalifikowalnych w ramach każdego projektu określa umowa o dofinansowanie tego projektu. Terminy te nie mogą wykraczać poza daty graniczne: 1 stycznia 2014 r. i 31 grudnia 2023 r. Termin kwalifikowalności kosztów ponoszonych w ramach projektów objętych schematami pomocy publicznej wyznacza regulamin konkursu

3) w dniu 30 sierpnia 2016 roku Instytucja Zarządzająca WRPO ogłosiła konkurs, w ramach którego Zamawiający zamierzał starać się o pozyskanie zewnętrznego dofinansowania do realizacji m.in. przedmiotu zamówienia, przy czym w punkcie VII regulaminu ww. konkursu wskazano, że okres realizacji projektu, rozumiany jako zakończenie realizacji projektu, to data 30 czerwca 2018 r.

2.15. W oparciu o powyższe okoliczności Zamawiający stwierdził, że ze względu na określone w Ogłoszeniu ramy czasowe realizacji zamówienia nie ma on możliwości złożenia poprawnego wniosku o uzyskanie środków w ramach ww. konkursu. Jak stwierdza Zamawiający „Perspektywa braku aplikowania o zewnętrzne środki finansowe i automatycznie utrata możliwości pozyskania dofinansowania w wysokości do 85% wydatków kwalifikowalnych, co dla całości przedsięwzięcia może stanowić wiele milionów złotych, jest wprost okolicznością stanowiącą, iż kontynuowanie obecnego postępowania czy też zawarcie umowy i wykonanie zamówienia na obecnych warunkach nie leży w interesie publicznym Gminy Piła”.

3. Zamawiający, w odpowiedzi na pytanie składu orzekającego, zadane na rozprawie, czy utrata dofinansowania spowoduje uniemożliwienia realizacji zadania, odpowiedział, że może spowodować realizację zadania w mniejszym zakresie. Następnie wyjaśnił, że na stronie 8 odpowiedzi na odwołanie powołuje się na budżet pisząc o zabezpieczeniu środków, jednak jest to omyłka pisarska, bo chodzi o wieloletnią prognozę finansową przywołaną jako dowód. Podniósł, że wobec zmiany warunków w regulaminie konkursu w stosunku do założeń programowych za te same pieniądze będzie mógł zrealizować tylko część planowanych zadań.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są zasadne.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym 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. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że zmiana, która nastąpiła, związana z zewnętrznym źródłem finansowania, była istotna i nieprzewidziana (zmiana regulaminu konkursu znacznie skracająca termin realizacji zadania kwalifikującego się do dofinansowania). Jednak w ocenie Izby nie jest uprawnione twierdzenie, że „prowadzenie

postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym". Zamawiający bowiem nadal, zgodnie z oświadczeniem na rozprawie, zamierza zrealizować zamówienie, być może w niepełnym zakresie, ponieważ „wobec zmiany warunków w regulaminie konkursu w stosunku do założeń programowych za te same pieniądze będzie mógł zrealizować tylko część planowanych zadań”. Powyższe w ocenie Izby nie świadczy o braku interesu publicznego, ale interesu samego Zamawiającego. Nawet, jeśli Zamawiający wykonuje zadania publiczne i podlega dyscyplinie finansów publicznych, jego własnego interesu (możliwości kupienia więcej za mniej) nie można utożsamiać z interesem publicznym.

Poglądy w tym zakresie są jednolite, zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie.

I tak, "W doktrynie interes publiczny rozumie się jako określoną wartość motywacyjną wspólną dla wielu (ujętych abstrakcyjnie) podmiotów, a konkretyzującą się w razie konfliktu z przeciwstawnymi celami (interesami) prywatnymi. (...) Interesem publicznym jest interes określonej grupy (społeczności, wspólnoty) odpowiadający potrzebom odczuwanym przez członków grupy - często jako reakcja na pojawiające się lub choćby tylko możliwe zagrożenia albo też artykułowanym przez organ publiczny w ramach jego kompetencji formalnych. Konkretyzacja tego interesu następuje zatem albo "oddolnie", albo też jest on kształtowany i wyrażany przez organ państwa, który prowadzi jego politykę w danej dziedzinie (Red.: S. Włodyka, *Prawo handlowe - część ogólna*. Tom 1, Wydawnictwo: C.H. Beck, wyd. 2009 r., s. 296.)" (wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2777/11). Interes publiczny jest to więc pojęcie niedookreślone, którego treść jest wyznaczana przez obowiązujące prawo, wartości przez nie realizowane, wolę polityczną i zespół odniesień pozaprawnych (M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, W-wa 1986 r., s. 44 i n.). Przyjmuje się, że interes publiczny nie powinien stanowić przeciwieństwa interesu prywatnego, nie jest też sumą interesów prywatnych (M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, W-wa 1986 r., s. 32). Interesu publicznego nie można ponadto utożsamiać z interesem Zamawiającego (Wyrok SO w P. z dnia 30 sierpnia 2006 r., sygn. akt: (...)), a ocena czy w danym przypadku występuje okoliczność uzasadniająca jego istnienie dokonywana jest w momencie wszczęcia postępowania (Wyrok KIO z dnia 14 października 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1227/09)".(*Prawo zamówień publicznych. Komentarz.*, Bazan A., Nowicki J.E., LEX, 2015)

Zgodnie z przywołanymi tamże orzeczeniami, nie ulega wątpliwości, że za "wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć", 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 wydanie środków pierwotnie przeznaczonych na realizację zamówienia na inny cel (wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2012 r., KIO 1171/12). Za

przesłankę uzasadniającą zaistnienie podstaw unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 nie może być uznany fakt przesunięcia środków budżetowych i zmiany koncepcji budowy obiektu sportowego na skutek zmiany władz w wyniku wyborów samorządowych (wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r., KIO 601/11). Za "istotną zmianę okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć" nie można uznać możliwości uzyskania oszczędności na inne cele użyteczności publicznej, które powinny być realizowane w normalnej działalności zamawiającego (wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 r., KIO 572/1). Z przywołanych wyżej orzeczeń wynika, że interesem publicznym nie jest utrata samej ewentualności dofinansowania (co mogłoby wypełniać inna przesłankę unieważnienia postępowania). Nie było również wątpliwości, że Zamawiający nie wypełnił przesłanek do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a Prawa zamówień publicznych, na co Zamawiający zresztą się nie powoływał.

Nie można także wykluczyć, że w obecnej sytuacji zaistniały bądź zaistnieją inne przesłanki do unieważnienia postępowania, jednak Izba bada odwołanie wyłącznie w jego granicach.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji, zgodnie z żądaniem odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....