

Sygn. akt: KIO 1500/15

**WYROK**  
**z dnia 22 lipca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**   **Emil Kawa**  
                                  **Marek Koleśnikow**  
                                  **Daniel Konicz**

**Protokolant:**       **Paulina Zielenkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Dekada Sp. z o.o., ul. Świętojańska 91/3, 81-381 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Krzeszyce, ul. Skwierzyńska 16, 66- 435 Krzeszyce**.

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje badanie i ocenę oferty odwołującego Dekada Sp. z o.o., ul. Świętojańska 91/3, 81-381 Gdynia,
2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Krzeszyce z siedzibą w Krzeszycach** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od **Gminy Krzeszyce z siedzibą w Krzeszycach** na rzecz **Dekada Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Zielonej Górze.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....

**UZASADNIENIE**

Gmina Krzeszyce, ul. Skwierzyńska 16, 66- 435 Krzeszyce, zwana dalej „Zamawiającym” prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego polegające na sfinansowaniu zobowiązań Gminy poprzez przejęcie długu w kwotach 3 510 000,00 zł oraz 3 450 000,00 zł (art. 518 § 1 pkt. 3 Kodeksu cywilnego).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 30 kwietnia 2015 r. i opublikowane w DUUE Nr 2015/S 086-155892 z dnia 5 maja 2015 r.

W dniu 6 lipca 2015 roku Zamawiający poinformował wykonawcę Dekada Sp. z o.o., ul. Świętojańska 91/3, 81-38 Gdynia, zwanego dalej „Odwołującym” o unieważnieniu postępowania w przedmiotowej sprawie bez przeprowadzenia czynności badania i oceny złożonej oferty.

Wobec takiej czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w którym zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 poprzez dokonanie unieważnienia postępowania pomimo, iż nie zachodzą przesłanki określone w tym przepisie;
- 2) naruszenie art. 7 ust. 3 w związku z brakiem udzielenia zamówienia wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy;
- 3) brak wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

W postępowaniu, jego zdaniem Zamawiający naruszył: art. 93 ust. 1 pkt 6 i art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp w brzmieniu:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 6, który 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
- 2) art. 91 ust. 1, który stanowi, iż: Zamawiający wybiera ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 3) art. 7 ust. 3, zgodnie z którym: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 2) nakazanie dokonanie wyboru oferty z zachowaniem zasad określonych Pzp i kryteriami określonymi w SIWZ, w szczególności uczciwej konkurencji
- 3) zwrot kosztów postępowania zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964).

Uzasadniając powyższe zarzuty Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie, jako jedyny w tym postępowaniu złożył ofertę, która nie została odrzucona przez Zamawiającego, jak również oferta opiewała na kwotę niższą niż Zamawiający postanowił przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego podanego w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania wskazał, że umarżając przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 Zamawiający powołuje się na zmiany przepisów prawa, tj. wejście w życie dnia 1 lipca 2015 r. ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o obligacjach. Zmianą, na którą się powołuje się w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania Zamawiający jest to, że dotychczas obowiązująca ustawa o obligacjach nie przewidywała możliwości zmiany warunków emisji, a to z kolei powodować miało wątpliwości w zakresie dopuszczalności i skuteczności takiego działania.

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego art. 7 nowej ustawy o obligacjach stanowi, iż zmiana warunków emisji wymaga uchwały zgromadzenia obligatariuszy oraz zgody emitenta. Dodaje także, że warunki emisji mogą zostać zmienione również w następstwie jednobrzmiących porozumień zawartych przez emitenta z każdym z obligatariuszy.

Za istotny zdaniem Odwołującego należy uznać fakt, że w związku z powyższymi zmianami ustawowymi, już po ogłoszenia przetargu Gmina Krzeszyce otrzymała ofertę banku, który jest emitentem obligacji stanowiących dług Gminy. Z dniem 1 lipca 2015 r. Bank zaoferował zmniejszenia marży banku z 2.4% na 1.7% + jednorazowa opłata w kwocie 10.000.00 zł za sporządzenie aneksu i memorandum informacyjnego. Natomiast oferta Odwołującego ustalała zmianę ceny marży z 2,4% do 1,95% oraz prowizję jednorazową w kwocie 34.800,00 zł. Tym samym Zamawiający uznał, że oferta banku w tych warunkach jest korzystniejszą od oferty Odwołującego o około 200 tys. złotych. W swoim stanowisku o unieważnieniu postępowania Zamawiający podkreślił, że zmiana uregulowań prawnych tj. ustawy o obligacjach była czynnikiem zewnętrznym, niezależnym od woli Zamawiającego.

Podniósł, że odnosząc się do przesłanki interesu publicznego Zamawiający podał iż w toku postępowania nastąpiły istotne i niemożliwe do wcześniejszego przewidzenia zmiany okoliczności które sprawiają, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Kontynuowanie postępowania w takiej sytuacji miałyby prowadzić do nieuzasadnionych wydatków środków publicznych z budżetu Gminy, które są przeznaczane na wykonywanie zadań własnych związanych z zaspokajaniem potrzeb mieszkańców w zakresie oświaty, opieki społecznej, kultury, porządku publicznego, ochrony środowiska i tym samym godziłoby w interes publiczny. Unieważnienie takiego postępowania było zdaniem Zamawiającego korzystne dla interesu publicznego i stanowi wyraz dbałości Gminy o dobro ogółu jej mieszkańców.

Odwołujący odnosząc się do powyższego stanowiska Zamawiającego oraz uzasadniając podniesione zarzuty podał m.in., że wbrew twierdzeniom Zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie zaistniały podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o przesłanki, wynikające z treści art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Podkreślenia wymaga, że unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i powinno być stosowane w

szczególnych sytuacjach, jako odstępstwo od zasady, że wszczęte postępowanie winno zakończyć się zawarciem umowy z wybranym wykonawcą. W żadnym razie przesłanek unieważnienia, w tym także określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, nie można interpretować rozszerzająco.

Podniósł, że przede wszystkim należy mieć na uwadze, że celem postępowania jest, zgodnie z art. 2 pkt 7a Pzp, wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Wskazał na wyrok SO Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie z IV Ca 527/11, zgodnie z którym *zmiana okoliczności, o której mowa w przywołanym przepisie (art. 93 ust 1 pkt 6) musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego. Zmiana taka może wynikać z aktu prawnego wiążącego zamawiającego i stanowiącego źródło prawa.*

Wskazał także, że bezspornym jest, że ustawa o obligacjach była znana Zamawiającemu zanim podjął on decyzję o wszczęciu postępowania o zamówienie publiczne w przedmiotowej sprawie. Ponadto z przepisów tejże ustawy nie wynika obowiązek zawarcia aneksu do umowy ustalającej emisję obligacji, o którym pisze on w uzasadnieniu unieważnienia postępowania. Zamawiający mógł zatem zamiast wszczynać postępowanie w sprawie zamówienia publicznego, prowadzić negocjacje z bankiem i po dniu 1 lipca br. podpisać z nim zmianę umowy emisyjnej. Jeżeli jednak Zamawiający doskonale znając postanowienia ustawy o obligacjach wszczął postępowanie o zamówienie publiczne w przedmiocie sfinansowania zobowiązań Gminy poprzez przejęcie długu na zasadach określonych w art. 518 § 1 pkt. 3 Kodeksu cywilnego, to tym samym zdecydował się na inną usługę rezygnując z możliwości zmiany warunków emisji. Zauważył także, że nie jest prawdą, że dotychczasowa ustawa o obligacjach nie pozwalała na zmianę umowy emisji obligacji.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie podniósł iż Zamawiający pismem z dnia 06.07.2015 r. złożył oświadczenie o unieważnieniu postępowanie, powołując się na zapis art. 93 ust. 1. pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004. Prawo zamówień publicznych, wskazując, że unieważnienie postępowania podyktowane było faktem wystąpienia w toku postępowania istotnych zmian okoliczności, powodujących, że kontynuowanie postępowania nie leżało w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Podał także iż w dniu 9 czerwca w postępowaniu o udzielenie zamówienia została złożona jedyna oferta- Odwołującego, a w dniu 08.06.2015 r. Zamawiający otrzymał od banku DNB Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, będącego emitentem obligacji, propozycję obniżenia kosztów emisji obligacji.

W dniu 06.07.2015 r. Gmina zawarła z bankiem będącym emitentem obligacji aneks nr 2 do umowy organizacji emisji obligacji z dnia 25.06.2013 r., w którym koszty emisji obligacji zostały obniżone.

W tym samym dniu pismem z dnia 06.07.2015 r. Zamawiający unieważnił postępowanie w sprawie zamówienia publicznego, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy. Odnosząc się do zarzutów odwołania podał, że unieważnienie postępowania podyktowane było faktem wystąpienia w jego toku istotnej zmiany okoliczności, powodujących, że kontynuowanie postępowania nie leżało w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Podkreślił, że z analizy przepisu art. 93.ust.i pkt 6 wyraźnie wynika, że w przypadku zaistnienia przesłanek opisanych w tym przepisie unieważnienie postępowania jest dla Zamawiającego obligatoryjne i Zamawiający nie ma możliwości wyboru drogi postępowania.

Stwierdził, że istotne zmiany okoliczności o których mowa ww. przepisie polegały po pierwsze na zmianie regulacji prawnej tj. wejściu w życie z dniem 01.07.2015 r. ustawy z 20.02.2015 r. o obligacjach, która w całości zastąpiła dotychczas obowiązująca ustawę o obligacjach z dnia 29.06.1995 . Dotychczas obowiązująca ustawa do dnia 30.06.2015 r. nie przewidywała według Zamawiającego możliwości zmiany warunków emisji, co powodowało liczne wątpliwości w zakresie dopuszczalności i skuteczności takiego działania.

Bank będący emitentem obligacji odmawiał Gminie zmiany warunków emisji, właśnie z powołaniem na te wątpliwości. Art. 7 „nowej” ustawy wyraźnie wprowadził możliwość zmiany warunków emisji, uzależniając ją od podjęcia przez zgromadzenie obligatariuszy stosownej uchwały oraz zgody emitenta. Dodatkowo przepis ten dopuścił możliwość zmiany warunków emisji w następstwie jednobrzmiących porozumień zawartych przez emitenta z każdym z obligatariuszy.

W związku z powyższymi zmianami prawa, już po ogłoszenia przetargu Gmina Krzeszyce otrzymała w dniu 08.06.2015 r ofertę Banku, którą oceniła jako atrakcyjną i którą przyjęła.

Dla zaistnienia podstawy do umorzenia postępowania istotnym było to, że Zamawiający nie mógł przewidzieć, że wskazana „istotna zmiana okoliczności” spowoduje taką zmianę stanowiska banku, tym bardziej, że wcześniej prowadzone pomiędzy Zamawiającym, a bankiem rozmowy dotyczące zmiany warunków emisji nie przyniosły żadnego skutku.

Powyższe okoliczności sprawiły, iż Zamawiający uznał, iż kontynuowanie dalej w tej sytuacji, tego postępowania nie leży w interesie publicznym z uwagi na wystąpienie w toku postępowania zmiany przepisów prawnych, czego nie można było wcześniej przewidzieć (art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych). Dodał, że gdyby wskazana wyżej „istotna zmiana okoliczności” nastąpiła przed rozpoczęciem procedury związanej z postępowaniem w sprawie zamówienia publicznego to Zamawiający postępowania takiego w ogóle by nie wszczywał, albowiem nie miałyby to żadnego sensu ekonomicznego.

To właśnie brak zgody ze strony DNB Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na zmianę warunków emisji obligacji zmusił Zamawiającego do tego, żeby poszukiwał źródeł finansowania w formie opisanej w postępowaniu. Podpisanie umowy z wykonawcą wybranym w trybie zamówieniowym w tej sytuacji co najmniej pogorszyłoby sytuację finansową Gminy.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie, uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania wyrażone na piśmie i ustanie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

### **Odwołanie jest zasadne i zostaje uwzględnione**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł wobec Odwołującego zarzut niewykazania interesu prawnego w złożeniu odwołania. Pomijając przedstawioną przez Zamawiającego argumentację, gdyż jest oparta na nieobowiązujących już w tym zakresie przepisach ustawy Pzp, Izba stwierdza niezasadność tego zarzutu.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że Odwołujący jako jedyny wykonawca złożył ofertę w tym postępowaniu, nie został wykluczony, a jego oferta nie została odrzucona. Tym samym bezspornie wykonawca ten na moment wnoszenia odwołania spełniał przesłankę posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz niewątpliwie wystąpiła przesłanka możliwości poniesienia szkody w związku unieważnieniem postępowania. Interes wykonawcy w każdym przypadku łączony jest z niemożnością uzyskania zamówienia, a jego wykazanie sprowadza się w istocie do wykazania przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy oraz związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy naruszeniem ustawy, a niemożnością uzyskania zamówienia. Kwestia badania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy momentu wniesienia odwołania. Powyższe jest podyktowane faktem, iż wykonawca w momencie wnoszenia odwołania ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego i podejmuje decyzję o skorzystaniu z drogi odwoławczej. Wobec powyższego na ten moment następuje badanie przez Izbę istnienia interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej.

Na wstępie rozważań co do zasadności podniesionych zarzutów wskazać należy, że osią sporu pomiędzy stronami jest kwestia, czy Zamawiający miał podstawy prawne do unieważnienia postępowania w trybie przepisu art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp.

Odnosząc się do instytucji unieważnienia postępowania stwierdzić należy, że powoduje ona zakończenie postępowania, bez zawarcia umowy o wykonanie zamówienia. Tym samym zostaje zniweczony sens i cel prowadzonego postępowania, gdyż celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie z wybranym wykonawcą umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia. Dlatego też katalog przesłanek unieważnienia postępowania jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco,

tzn. stosowanie podstaw do umorzenia postępowania nie może być poprzez analogie czy wywodzenie podobieństwa, rozciągane na sytuacje podobne do tych wskazanych w ustawie Pzp.. Za wyrokiem KIO z dnia 5 października 2011 r. sygn. akt KIO 2047/11 stwierdzić należy, że *Polski system prawa przewiduje ochronę prawną 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, a dopuszcza taką możliwość jedynie po zaistnieniu podstaw enumeratywnie wskazanych przez ustawodawcę.*

Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazując jako podstawę przepis art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp. Przesłanka, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp zachodzi w sytuacji, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności:

1) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, oraz 2) istotnej zmiany okoliczności której nie można było wcześniej przewidzieć.

Wskazane przesłanki muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. Przesłankę wystąpienia istotnej zmiany okoliczności należy zaliczyć do kategorii przesłanek zobiektywizowanych. Oznacza to, że przy zachowaniu należytej staranności istotnej zmiany okoliczności, które wystąpiły w postępowaniu Zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć, ponadto interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem Zamawiającego.

Na Zamawiającym ciąży zatem obowiązek wskazania, o jaki interes publiczny chodzi oraz wykazania, że jest on na tyle ważny, że postępowanie musi być unieważnione. Naruszeniem interesu publicznego nie będą zdarzenia powstałe wskutek niedbalstwa czy braku profesjonalizmu Zamawiającego. Dla możliwości umorzenia postępowania o udzielenie zamówienia z przesłanki z pkt.6 ww. przepisu art. 93 ust. 1 Pzp. konieczne jest stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Przepis ten może dotyczyć sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności, już po wyborze najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowaniu warunków zamówienia, wykonanie zamówienia będzie niecelowe lub wiązać się będzie z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym - dotyczy zatem zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach.

Tym samym zgodnie z tym przepisem postępowanie należy unieważnić w sytuacji kiedy po wszczęciu postępowania zaistnieją pewne nadzwyczajne okoliczności, które mają zasadniczy wpływ na prowadzone postępowanie w całości, bądź na sam przedmiot zamówienia. Istotą obu ww. sytuacji jest zaistnienie jako przesłanki ochrony interesu publicznego. Unieważnienie postępowania może nastąpić ze względu na interes publiczny, którego potrzeba ochrony sprawia, że dalsze prowadzenie



postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby wbrew temu interesowi. Za wyrokiem KIO z dnia 20 lutego 2013 roku sygn. akt KIO 256/13 stwierdzić należy, że *przesłanka unieważnienia postępowania, zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., stanowi wyraz ochrony interesu publicznego (...). Jednak może to odnosić się tylko do sytuacji, gdy na skutek zaistnienia nadzwyczajnych okoliczności realizacja danego zamówienia byłaby niecelowa lub wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym.*

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający dla wykazania spełnienia przesłanek dla unieważnienia postępowania wskazuje przede wszystkim na zmianę przepisów powszechnie obowiązującego prawa, a konkretnie wejścia w życie z dniem 1 lipca 2015 roku ustawy o obligacjach (Dz.U z 2015 r poz 238). Podkreślenia w tym zakresie wymaga w szczególności fakt, że ustawa ta została uchwalona w dniu 15 stycznia 2015 roku i opublikowana w Dzienniku Ustaw w dniu 20 lutego 2015 roku. Tym samym poza sporem jest fakt, że treść tej ustawy była (mogła być znana) Zamawiającemu już od daty jej publikacji. Dlatego też jakiegokolwiek rozważania iż ustawa mogła nie wejść w życie, czy mogła zostać jeszcze zmieniona przed tą datą – jak podnosił na rozprawie Zamawiający nie mają znaczenia, gdyż przed wszczęciem przedmiotowego postępowania, Zamawiającemu i innym podmiotom były znane planowane od 1 lipca 2015 roku zmiany w ustawie o obligacjach.

Ponadto zmiana okoliczności- jak stwierdził w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 lipca 2011 roku Sąd Okręgowy w Warszawie sygn. akt V Ca 772/11 musi mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny. W tym przypadku zmiana przepisów była znana Zamawiającemu od kilku miesięcy przed wszczęciem postępowania, a ponadto trudno tą zmianę uznać za zmianę istotną, gdyż w żaden sposób nie została ograniczona możliwość wyboru sposobu finansowania działalności Gminy, gdyż w tym zakresie Zamawiający mógł poza bankiem DNB Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie skorzystać także z usług innych banków czy instytucji finansowych. Trudno nie zauważyć również kwestii iż w tej sprawie Zamawiający postępował nie według własnego wyboru, ale według woli Banku DNB. Na str. 5 odpowiedzi na odwołanie wskazał iż, cyt.” *Możliwość zmiany oprocentowania obligacji była tylko negocjowana w relacji z bankiem DNB Bank Polska S.A., a nie z każdym innym podmiotem. To wola tego konkretnego kontrahenta miała znaczenie dla decyzji Zamawiającego o zmianie kredytującego i ogłoszeniu postępowania przetargowego. DNB Bank Polska S.A. pod rządami „starej” ustawy nie był skłonny do podpisania aneksu,... i dalej ... niezbędnym czynnikiem było zaistnienie po stronie banku woli zawarcia z Gminą Krzeszyce porozumienia zmieniającego warunki emisji. Zaistnienia takiej woli Zamawiający nie mógł przewidzieć, aż do czasu złożenia przez bank stosownej oferty tj. do dnia 08.06.2015 r.”*

Z powyższego należy wywieść wniosek, że to bank DNB nie był skłonny do obniżenia marży od emisji obligacji Zamawiającego. Można domniemywać iż bank nie chciał doprowadzić do

zmniejszenia swoich wpływów z tego tytułu. Dopiero sytuacja ogłoszenia przedmiotowego postępowania i fakt złożenia oferty w postępowaniu doprowadził do sytuacji, że Bank bojąc się utraty dochodów zmienił swoje zdanie w tym zakresie. Zauważenia wymaga także iż Bank czyni to w dniu 8 czerwca 2015 roku, a więc także przed dniem 1 lipca 2015 roku tj. wejściem w życie ustawy o obligacjach. Tym samym argumentacja Zamawiającego, że Bank nie mógł tego uczynić wcześniej tj. pomiędzy 20 lutego, a 8 czerwca 2015 roku tj. przed wszczęciem przedmiotowego postępowania, ponieważ nie była znana sytuacja prawna jaka powstanie po wejściu w życie ustawy o obligacjach, jest nieracjonalna.

W tej kwestii zwrócenia uwagi wymaga także fakt, że w aktach sprawy znajduje się Uchwała Rady Gminy Krzeszyce z dnia 16 kwietnia 2015 roku nr VI/31/2015 w sprawie wyrażenia zgody na usługę spłaty i restrukturyzacji zobowiązań Gminy (art. 518 § 1 pkt. 3 Kodeksu Cywilnego, z której jednoznacznie wynika, że zostaje: *wyrażona zgoda na zawarcie umów przejęcia długu Gminy na podstawie art. 518 § 1 pkt. 3 Kodeksu cywilnego, przez osobę trzecią wyłonioną w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 poz. 907 z późn. zm.), z tytułu zobowiązań wobec DNB Bank Polska S.A. wynikających z wyemitowanych obligacji komunalnych, z których zobowiązania główne na dzień przejęcia wierzytelności nie przekroczą 6.960.000 zł.*

W paragrafie 4 tejże Uchwały Rada zleca wykonanie tej Uchwały Wójtowi Gminy. Tak więc Wójt Gminy – kierownik Zamawiającego, był nie tylko uprawniony, ale także zobowiązany tym aktem prawa do wyboru wykonawcy we wszczętym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zarówno w aktach sprawy jak i na stronie internetowej Gminy Krzeszyce nie odnaleziono Uchwały, która dokonywałaby uchylecia ww. Uchwały Rady Gminy Krzeszyce, tak więc to zobowiązanie nadal wydaje się być aktualne.

Dlatego też oceniając powyższe Izba stwierdza, że w sprawie nie zaistniała żadna istotna zmiany okoliczności, których Zamawiający nie mógł przewidzieć przed wszczęciem postępowania lub, aby istniała przeszkoda w kontynuacji przedmiotowego postępowania uzasadniająca unieważnienie przedmiotowego postępowania. To przywiązanie Zamawiającego do woli Banku DNB spowodowało, że zaprzestał on poszukiwać innych rozwiązań na usługę spłaty i restrukturyzacji zobowiązań Gminy.

Nie została spełniona także kolejna przesłanka wystąpienia ważnego interesu publicznego, który uzasadniałby unieważnienie tego postępowania. Powołanie się na tą przesłankę unieważnienia wymaga od Zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem interesu publicznego, który nie musi być tożsamy z interesem Zamawiającego. Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny, może powodować, że zamówienie nie powinno być udzielone. Ponadto nie zawsze interes publiczny musi przeważać nad interesem indywidualnym. Aby taka sytuacja miała miejsce, interes publiczny musi być na tyle istotny, że niezbędne jest jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania.

Izba dokonując oceny dokumentacji postępowania, odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiska Zamawiającego prezentowanego na rozprawie jednoznacznie stwierdziła, że

Zamawiający nie udowodnił zaistnienia takiej wagi naruszenia interesu publicznego, która uzasadniałaby unieważnienie postępowania. Wskazanie w odpowiedzi na odwołanie argumentacji, że *„na skutek wystąpienia w toku postępowania omówionych powyżej istotnych i niemożliwych do wcześniejszego przewidzenia okoliczności, kontynuowanie postępowania prowadziłoby do nieuzasadnionych wydatków środków publicznych z budżetu Gminy, które są przeznaczane na wykonywanie zadań własnych Gminy związanych z zaspokajaniem potrzeb mieszkańców w zakresie oświaty, opieki społecznej, kultury, porządku publicznego, ochrony środowiska i tym samym godziłoby w interes publiczny”* jest na tyle ogólne, że może być przypisane niemalże każdemu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto Zamawiający wskazał, że już podpisał – przed rozstrzygnięciem przez KIO przedmiotowego odwołania, umowę z Bankiem w zakresie zmian kosztów emisji obligacji i podał, że w takiej sytuacji wyrok KIO uwzględniający odwołanie, *” byłby zatem bezapelacyjnie sprzeczny z interesem publicznym i narażałby Zamawiającego na wydatki, które spowodują pogorszenie kondycji finansowej, a w konsekwencji wymuszą obciążenie społeczeństwa tymi kosztami”*.

Odnosząc się do wskazanego przez Zamawiającego w sposób ogólnikowy interesu publicznego, Izba stwierdza, że gdyby przyjąć tą argumentację jako racjonalną, to można by unieważnić z takich powodów niemalże każde postępowanie, gdyż po złożeniu ofert w postępowaniu wielu uczestników rynku zamówień mogłoby zadeklarować Zamawiającemu wykonanie tego zamówienia za mniejszą cenę, a poczynione oszczędności Zamawiający mógłby zadeklarować na inny społeczny cel.

Podkreślenia wymaga fakt iż stosownie do treści przepisu art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp unieważnienie postępowania może nastąpić ze względu na wykazany interes publiczny, taki który sprawia, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby wbrew temu interesowi. Sam możliwość zaoszczędzenia na wydatkach na realizację przedmiotu zamówienia, nie może być z powodu możliwości przeznaczenia zaoszczędzonych środków na cele społeczne, utożsamiana z wystąpieniem przesłanki interesu publicznego uzasadniającego unieważnienie postępowania. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 22 września 2009 roku sygn. III CA 418/09 stwierdzić należy, że *możliwość zmniejszenia wydatków przez zamawiającego na realizację zamówienia nie świadczy jeszcze o tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym Nie można automatycznie utożsamiać interesu publicznego z interesem ekonomicznym zamawiającego.*

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający argumentował iż unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, bo uzyskał oszczędności z tego tytułu i powierzenie obsługi długu Gminy bankowi, pozwoli Gminie na osiągnięcie na przestrzeni

kilku lat oszczędności w kwocie około 200 tysięcy złotych, które Gmina będzie mogła przeznaczyć na realizację wszelkiego rodzaju zadań społecznych.

Tego rodzaju unieważnianie postępowań przetargowych, należy uznać za niedopuszczalne i sprzeczne z prawem.

Odnosząc się do możliwości zakończenia wszczętego postępowania o udzielenie zamówienia jego unieważnieniem, Izba podkreśla, że punktem wyjścia przy ocenie całości unormowań dotyczących zamówień publicznych pozostaje zasada lojalności, oznaczająca iż Zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w celu jego udzielenia. Tym samym należy zawsze mieć na względzie, że Zamawiający winien uczynić wszystko co możliwe, aby do udzielenia zamówienia publicznego doszło( por. wyrok SO w Warszawie z dnia 29 maja 2012 roku sygn. akt V Ca 527/11).

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 i będzie się mieścić 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.

Podkreślić należy po raz kolejny, że 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 i byłoby sprzeczne z tym interesem, 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 na Zamawiającym, czemu Zamawiający w tym postępowaniu nie sprostał.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że w sprawie brak było jakichkolwiek podstaw do unieważnienia postępowania z przyczyn wskazanych w przepisie art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp,. Dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonania czynności badania i oceny złożonej oferty i podjęcia dalszych czynności wynikających z dokonanej oceny tej oferty.

Natomiast odnosząc się do wskazanych w odwołaniu naruszeń przez Zamawiającego przepisów art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp Izba stwierdza brak

podstaw do zarzucania Zamawiającemu ich naruszenia, gdyż w sytuacji unieważnienia postępowania nie został dokonany wybór oferty jakiegokolwiek wykonawcy, jak również zamówienie nie zostało udzielone jakiegokolwiek wykonawcy.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust.1 ; 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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: .....

Członkowie: .....

.....