

Sygn. akt: KIO 755/13

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę: **Trias S.A. w Toruniu (87-100), ul. Równinna 11/13** w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Łódzką w Łodzi (90-924), ul. Żeromskiego 116**

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Politechnice Łódzkiej w Łodzi (90-924), ul. Żeromskiego 116 unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Politechnikę Łódzką w Łodzi (90-924), ul. Żeromskiego 116 i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Trias S.A. w Toruniu (87-100), ul. Równinna 11/13** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Politechniki Łódzkiej w Łodzi (90-924), ul. Żeromskiego 116** na rzecz wykonawcy: **Trias S.A. w Toruniu (87-100), ul. Równinna 11/13** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Wyposażenie i uruchomienie sali i multimedialnej w budynku Centrum Technologii Informatycznych Politechniki Łódzkiej wraz z wymaganymi projektami w ramach projektu współfinansowanego przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Politechnikę Łódzką w Łodzi, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2012/S 228-375534) w dniu 27 listopada 2012 r.

Odwołanie w powołanym postępowaniu wniósł wykonawca: Trias S.A. w Toruniu, zwany dalej Odwołującym. Zostało ono wniesione wobec czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Odwołującego czynność ta stanowiła naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp, a także art. 387 § 1 kodeksu cywilnego (kc) w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego argumentacja Zamawiającego zawarta w piśmie z dnia 21 marca 2013 r., mająca uzasadnić decyzję o unieważnieniu postępowania, nie uwzględnia istotnych okoliczności zaistniałych w sprawie. Jak twierdził Odwołujący, fakt nieuzyskania do dnia 21 marca 2013 r. decyzji o pozwoleniu na użytkowanie budynku Centrum Technologii Informatycznych (CTI), nie czyni niemożliwym realizacji przedmiotu umowy w zakresie sporządzenia projektu wykonawczego. Podnosił on, iż brak wspomnianej decyzji jest okolicznością przemijającą (nie jest trwała i nieusuwalna), zaś po jej uzyskaniu możliwym będzie zrealizowanie całego przedmiotu umowy, a zatem także dostawy i montażu kompletnego wyposażenia sali wideo-projekcyjnej 3D. Zaznaczał on również, iż opóźnienie w uzyskaniu tejże decyzji nie przesądza samo w sobie o ustaniu interesu publicznego w wykonaniu zamówienia zlecanego w unieważnionym postępowaniu. Powołując się na sposób określenia przez Zamawiającego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) terminu realizacji przedmiotu zamówienia (113 dni od dnia podpisania umowy), Odwołujący twierdził, iż możliwe jest wykonanie zamówienia bez dokonywania jakichkolwiek zmian w treści wzoru umowy (jednocześnie wskazując, iż jego zdaniem postanowienia wzoru umowy dopuszczają dokonanie takiej zmiany), zgadza się on bowiem na odłożenie podpisania umowy do czasu uzyskania przez Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie budynku CTI.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz wybranie oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 2.1 SIWZ zakres zamówienia obejmuje przygotowanie projektu wykonawczego sali wideo-projekcyjnej 3D (SW-3D), wykonanie instalacji okablowania sygnałowego i sterowania, wykonanie brakującego okablowania zasilającego, dostawę, montaż i uruchomienie kompletnego wyposażenia, dostawę foteli audytoryjnych wraz z wyposażeniem, wykonanie ścian i sufitów akustycznych, szkolenie z zakresu obsługi zainstalowanego systemu oraz wykonanie dokumentacji powykonawczej.

Zgodnie z pkt 3.10 SIWZ zamówienie powinno zostać zrealizowane w terminie 113 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy. Zapis ten został powtórzony w § 3 wzoru umowy stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ.

Przed upływem terminu składania ofert trzech wykonawców, w tym Odwołujący, złożyło Zamawiającemu swoje oferty.

Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie wybrał oferty najkorzystniejszej, natomiast pismem z dnia 21 marca 2013 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu prowadzonego przez siebie postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem, 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. Tym samym w prowadzonym postępowaniu ma zaistnieć zmiana okoliczności, istotna ze swej natury, której skutkiem będzie to, że wykonanie zamówienia, a nawet dalsze prowadzenie postępowania, nie leży w interesie publicznym. Istotnym przy tym jest to, aby powołanej zmiany okoliczności i wskazanych w tym przepisie jej konsekwencji, nie można było wcześniej przewidzieć.

W ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie omówiona powyżej przesłanka unieważnienia postępowania nie została spełniona.

Jak wywodził Zamawiający, przyczyną niemożliwości zawarcia ważnej umowy, którą stwierdził on w prowadzonym przez siebie postępowaniu, było nieuzyskanie przez niego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie budynku CTI. Przyznał on, iż w chwili wszczęcia postępowania nie dysponował on taką decyzją. Zaznaczył jednak, że spodziewał się ją uzyskać w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Do dnia rozprawy, nie tylko decyzja taka nie została wydana, ale nie został nawet przez Zamawiającego, zgodnie z jego oświadczeniem, złożony odpowiedni wniosek o jej wydanie. Jak twierdził Zamawiający, niemożliwym jest zrealizowanie przedmiotu zamówienia przed uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, tym samym zawarcie umowy w tym stanie faktycznym pociągać za sobą będzie musiało uznanie, że zgodnie z art. 387 kc umowa ta od początku będzie nieważna, z uwagi na fakt, iż jej przedmiotem będzie realizacja świadczenia niemożliwego. Nie leży w interesie publicznym zawarcie nieważnej umowy. Jak podkreślał Zamawiający, z uwagi na fakt, iż obecnie toczy on spór z projektantem, niemożliwym do określenia jest termin, w którym będzie on mógł uzyskać niezbędną do realizacji decyzję o pozwoleniu na użytkowanie budynku CTI.

Oczywistym, w ocenie Izby, jest w rozpatrywanym przypadku, iż to na Zamawiającym spoczywał ciężar udowodnienia w sporządzonym przez niego uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania zgodności z przepisami tej decyzji. Podobnie Izba w wyroku

KIO 154/13. W rozpoznawanej sprawie brak podstaw, aby uznać, że Zamawiający udowodnił zaistnienie istotnej zmiany okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć. Już bowiem w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiającemu wiadome było, że decyzja o pozwoleniu na użytkowanie budynku CTI nie została wydana. Jak twierdził Zamawiający, do dnia rozprawy takiej decyzji nie uzyskał. W tym zakresie, brak podstaw dla uznania, że jakakolwiek zmiana okoliczności zaistniała – tak w dniu wszczęcia postępowania, jak i w dniu jego unieważnienia, brak było powołanej decyzji. Stąd też samo nieuzyskanie tej decyzji, nie było zmianą okoliczności. Można byłoby jedynie uznać, iż zmienił się stan świadomości Zamawiającego – nie sprawdziły się bowiem jego przypuszczenia i założenia, iż przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej uzyska on odpowiednią decyzję administracyjną. Stan faktyczny pozostał jednak bez zmian, decyzja nie została bowiem wydana. Zamawiający wszczynając postępowanie powinien liczyć się z tym, iż decyzji takiej nie zdąży uzyskać w odpowiednim czasie, szczególnie w sytuacji, gdy nie złożył on nawet wniosku o jej wydanie. Stąd też niemożliwym było, w tych okolicznościach, przyjęcie, że fakt nieuzyskania przez Zamawiającego odpowiedniej decyzji, pozwala stwierdzić zaistnienie istotnej zmiany okoliczności, której nie można było przewidzieć. Skoro zatem nie zaistniała taka zmiana, nie mogła ona tym samym oddziaływać na ocenę istnienia interesu publicznego w dalszym prowadzeniu postępowania, czy też w wykonaniu zamówienia. Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby spełniona została przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ustanowiona w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp.

Za istotną zmianę okoliczności, której nie można było przewidzieć, Izba nie uznała również zaistnienia sporu z projektantem, na który powoływał się Zamawiający. Twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie pozostały bowiem gołosłowne. Nie przedstawił on żadnego dowodu na potwierdzenie prowadzenia takiego sporu. Nie wykazał on, w jaki sposób spór ten, o ile rzeczywiście miał miejsce, oddziałuje na proces uzyskania przez niego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie budynku CTI. Jak stwierdził Zamawiający w toku rozprawy, nie dysponował on dowodem potwierdzającym wszczęcie tegoż sporu. Podważa to, w ocenie Izby, wiarygodność twierdzeń Zamawiającego. Proces budowlany, począwszy od sporządzenia dokumentacji projektowej, przez uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę, prowadzenie budowy, aż po uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, jest procesem w znacznym stopniu sformalizowanym. Należy tu przywołać chociażby obowiązek prowadzenia dziennika budowy, w którym powinien znaleźć swe odzwierciedlenie pełen przebieg robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót. W dokumencie tym, spór na jaki powołuje się Zamawiający, niewątpliwie pozostawiłby swój ślad, ponadto Zamawiający dysponowałby korespondencją z projektantem

temu sporowi poświęconej. Stąd też niezrozumiałym wydaje się twierdzenie Zamawiającego, iż nie dysponuje on odpowiednim dowodem potwierdzającym zaistnienie sporu na który się powoływał. Mając to na uwadze Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający toczył jakikolwiek spór z projektantem, który mógłby wpłynąć na ocenę zasadności dalszego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Jak stanowi art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba podzieliła pogląd wyrażony w wyroku KIO/UZP 431/08, zgodnie z którym unieważnienie postępowania jest decyzją unicestwiającą to postępowanie, powodującą daleko idące skutki w sytuacji tak Zamawiających, jak również Wykonawców uczestniczących w postępowaniu, dlatego przesłanki do unieważnienia postępowania stanowią *numerus clausus* i powinny być interpretowane wąsko. Niemniej jednak, skład orzekający nie znalazł podstaw do tego, aby odmówić zamawiającemu możliwości unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie to obarczone jest nieusuwalną wadą, której skutkiem byłoby zawarcie umowy zgodnie z art. 387 kc nieważnej. Przepis ten stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. W świetle doktryny i judykatury, istotne jest to, aby niemożliwość świadczenia miała charakter obiektywny, pierwotny oraz trwały. Za możliwością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 387 kc Izba opowiedziała się m.in. w wyroku KIO 310/13. Zauważenia w tym kontekście wymaga, iż przewidziana *ab initio* nieważność umowy jest bardziej dolegliwą od przewidzianej m.in. w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp możliwość unieważnienia umowy, która rodzi skutki dopiero z chwilą jego orzeczenia. Skoro zatem ustawodawca dopuścił możliwość unieważnienia postępowania przy powołaniu się jedynie na nieważność względną (wzruszalność), to tym bardziej dopuszczalną wydaje się możliwość unieważnienia postępowania przy powołaniu się na nieważność bezwzględną.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie podzieliła przekonania Odwołującego, iż samo niespełnienie się którejkolwiek z przesłanek stwierdzenia nieważności umowy opisanych w art. 146 ustawy Pzp, uniemożliwia Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Niemniej jednak, w ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wykazał, aby zaistniały okoliczności uzasadniające powołanie się na niemożliwość świadczenia. Jak słusznie podnosił Odwołujący, nie zostało wykazane, aby niemożność świadczenia, na którą powoływał się Zamawiający miała charakter trwały, aby była ona niemożliwa do usunięcia w najbliższej, dającej się przewidzieć przyszłości. Jak to już zostało omówione,

Izba uznała, iż nie zostało w ogóle udowodnione zaistnienie sporu pomiędzy projektantem a Zamawiającym. Nie zostały też wskazane inne wiarygodne okoliczności pozwalające stwierdzić, iż niemożliwym jest uzyskanie wymaganej prawem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Co istotne, Zamawiający nie udowodnił zaistnienia faktów, które pozbawiałby go możliwości złożenia wniosku o wydanie przez uprawniony organ takiej decyzji, a tym samym otworzenie sobie drogi o uzyskania tegoż pozwolenia. Dlatego też Izba nie znalazła podstaw dla przyjęcia, iż podnoszona przez Zamawiającego niemożność świadczenia miała charakter trwały, nieprzewidywalny. Biorąc pod uwagę regulację ustawy – Prawo budowlane w połączeniu z kodeksem postępowania administracyjnego, które to przepisy opisują drogę uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku, w szczególności terminy, w jakich odpowiedni organ zobowiązany jest taką decyzję wydać, Izba uznała, iż przeszkoda, na którą powoływał się Zamawiający, w świetle przedstawionych Izbie dowodów, jest przeszkodą przemijającą i krótkotrwałą.

Co istotne, w rozpoznawanej sprawie niemożliwym jest dokładne ustalenie czasu, w jakim możliwe byłoby podpisanie umowy z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą, a nawet czy możliwość taka w ogóle zaistnieje. Mimo, iż wzywał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane mu dostawy wymagań określonych w SIWZ, a Odwołujący takie dokumenty uzupełnił, Zamawiający powstrzymał się od dokonania ostatecznej oceny złożonych mu ofert, a w konsekwencji nie dokonał również wyboru oferty najkorzystniejszej. Wynika to niezbitie z pisemnego protokołu postępowania. Mając to na uwadze, Izba stwierdziła, iż na obecnym etapie postępowania brak możliwości dokładnego określenia momentu, w którym możliwe byłoby podpisanie umowy z wybranym wykonawcą. Tym samym nie sposób ustalić jednoznacznie datę stanowiącą pewny punkt odniesienia dla oceny faktu nieprzewidywalności podnoszonej przez Zamawiającego przeszkody przemawiającej za niemożliwością świadczenia. Jest to kolejna okoliczność, która zdaniem Izby przemawiała za uwzględnieniem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała również, iż wobec nieudowodnienia, że fakt braku decyzji o pozwoleniu na użytkowanie budynku CTI, stanowiłby nieprzewidywalną przeszkodę w zawarciu ważnej umowy, to także to, że o fakcie tym nie została zawarta informacja w treści SIWZ, czy też w ogłoszeniu o zamówieniu, nie mogło zostać ocenione, jako wada postępowania mająca wpływ na jego wynik, która przemawiałaby za unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Na marginesie podkreślenia wymaga, iż skład orzekający podziela przekonanie wyrażone w powoływanym już orzeczeniu KIO 154/13: „*Pogląd o możliwości zmiany terminu wykonania umowy oraz braku podstaw do unieważnienia postępowania z powodu upływu tego terminu kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i znajduje potwierdzenie w wyrokach Sądów Okręgowych, co potwierdzają następujące wyroki: wyrok z dnia 17 lipca 2009 r. (sygn. KIO/UZP 852/09); wyrok z dnia 31 marca 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 333/09); wyrok z dnia 16 października 2007 r. (sygn. akt.: X Ga 158/0/Iza) Sąd Okręgowy w Gliwicach. Powyższe wynika również z uchwał KIO: KIO/KD 86/12, KIO/KD 22/09*”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: