

Sygn. akt: KIO/457/11

WYROK
z dnia 18 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Aneta Mlącka

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 4 marca 2011 r. przez **konsorcjum firm: Egis Poland Sp. z o.o. 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182, EGIS ROUTE-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce, 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** występujący w imieniu **EGIS ROUTE-Scetauroute S.A. z siedzibą we Francji**, wobec czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, 03-808 Warszawa, ul. Mińska 25**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **konsorcjum firm: Egis Poland Sp. z o.o. 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182, EGIS ROUTE-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce, 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** występujący w imieniu **EGIS ROUTE-Scetauroute S.A. z siedzibą we Francji** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **konsorcjum firm: Egis Poland Sp. z o.o. 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182, EGIS ROUTE-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce, 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** występujący w imieniu **EGIS ROUTE-Scetauroute S.A. z siedzibą we Francji**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad na *zarządzanie projektem unijnym w zakresie budowy drogi krajowej nr S7 o parametrach drogi ekspresowej na odcinku koniec obwodnicy Radomia – granica województwa mazowieckiego w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót* (znak sprawy: 55/2010), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 1 czerwca 2010 r., 2010/S 104-158256, wobec czynności unieważnienia postępowania, w dniu 4 marca 2011 r. wykonawca konsorcjum firm: Egis Poland Sp. z o.o. oraz EGIS ROUTE – Scetauroute S.A. Oddział w Polsce wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO/457/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 4 marca 2011 r. Informację o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, odwołujący powziął z treści informacji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, przekazanej odwołującemu w dniu 22 lutego 2011 r.

Odwołujący zakwestionował stanowisko zamawiającego, który w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania wskazał na mającą wypełniać przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy okoliczność przyjęcia uchwałą Rady Ministrów z dnia 25 stycznia 2011 r. nowego programu wieloletniego dla rozwoju sieci dróg krajowych, który inwestycję objętą postępowaniem umieścił na liście inwestycji, które mogą zostać rozpoczęte do 2013 r., ale na które nie ma zapewnionego finansowania (załącznik nr 1a do Programu). Rozpoczęcie inwestycji uzależnione zostało od uzyskania oszczędności pozwalających na sfinansowanie zadania albo uzyskania akceptacji Rady Ministrów dla przekroczenia ustalonego w Planie limitu 82,8 mld zł. na realizację wszystkich inwestycji objętych Planem. Odwołujący wskazał na rozumienie interesu publicznego prezentowane w orzecznictwie arbitrażowym oraz sądów powszechnych, jak również Trybunału Konstytucyjnego, utożsamianego z potrzebami ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców charakteryzującej się jakąś wspólną cechą. Za interes publiczny należy uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego (uchwała TK z dnia 12 marca 1997 r., sygn. akt W 8/96). Tak rozumianym interesem publicznym w niniejszej sprawie jest wybudowanie drogi krajowej Nr S7, przy czym realizacja tego zadania leży zarówno w interesie ogółu osób korzystających z dróg, jak i w interesie społeczności lokalnej miasta Radomia, dla której brak wskazanego odcinka drogi wiąże się ze

zwiększeniem ruchu drogowego na drogach przebiegających przez miasto. Istnienie tego interesu jest niezależne od dysponowania przez podmiot odpowiedzialny za budowę dróg środkami finansowymi na jego realizację. Stąd, utrata przez zamawiającego środków na sfinansowanie zadania nie oznacza jeszcze sama w sobie, że kontynuowanie postępowania, czy też zawarcie umowy, nie leży w interesie publicznym. Odwołujący wskazał na istotę planów wieloletnich, które powinny wspierać, a nie zastępować realizację wydatków publicznych ujętych w budżecie państwa. Mają one odrębny od budżetu państwa, status prawny, a realizacja rzeczowa i finansowa programu wieloletniego nie jest objęta reżimem gospodarki budżetowej. Przywołania przez zamawiającego uchwała Rady Ministrów nie może w sposób władczy przesądzać o wysokości wydatków z budżetu Państwa, czy odpowiednio jednostki budżetowej, jest ona bowiem jedynie planem działań rządu i nie ma żadnej mocy wiążącej. Zamawiający w dacie ogłoszenia postępowania posiadał środki na realizację inwestycji i nie wskazał na żadną nadzwyczajną sytuację, która zmuszałaby go do przesunięcia środków. W tej sytuacji nie mógł znaleźć zastosowania również przepis art. 93 ust. 1a Pzp. Wskazuje na niebezpieczeństwo sankcjonowania praktyki zamawiającego, który zwlekając z zawarciem umowy z wybranym wykonawcą (jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie) mógłby zwalniać się z odpowiedzialności za niewywiązanie się ze swojego zobowiązania. Nie może być uznane za szczególny przypadek uzasadniający unieważnienie postępowania, zmiana polityki finansowej Państwa. Wykonawcy nigdy nie mogliby mieć pewności, czy zamawiający nie unieważni postępowania z uwagi chociażby na zmianę polityki rządu, będącą przykładowo wynikiem zmian układu sił politycznych. Zamawiający od wyboru oferty odwołującego, co nastąpiło 20 września 2010 r. zwlekał z zawarciem umowy, co wskazuje na przyczynę leżącą po stronie zamawiającego, która nie może uzasadniać unieważnienia postępowania.

W oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, w tym w szczególności uchwałę nr 10/2011 Rady Ministrów z dnia 25 stycznia 2011 r., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. W związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie. W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W związku z czynnością unieważnienia postępowania odwołujący, którego ofertę zamawiający wcześniej uznał za najkorzystniejszą, utracił możliwość wykonania zamówienia. Doprowadziło to do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia.

Zarzut podniesiony przez odwołującego sprowadza się do oceny prawidłowości decyzji zamawiającego, który uznał, iż wystąpiła istotna zamiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć i na tej podstawie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy).

W niniejszej sprawie, zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego we wrześniu 2010 r. jednak nie zawarł z wykonawcą umowy i w dniu 22 lutego 2011 r. unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał na uchwalenie przez Radę Ministrów nowego programu wieloletniego dla rozwoju sieci dróg krajowych na lata 2011 – 2015, który został dostosowany do aktualnych możliwości finansowych Państwa oraz wyznaczonych limitów finansowych na realizację zadań inwestycyjnych. Zamawiający na rozprawie złożyły do akt sprawy pismo zawierające jego odpowiedź na odwołanie wraz z załączonymi dokumentami, w tym między innymi uchwałą Nr 10/2011 Rady Ministrów z dnia 25 stycznia 2011 r. W oparciu o treść uchwały, Izba ustaliła, iż ustanowiony w niej program wieloletni ma być realizowany od dnia 1 stycznia 2011 do dnia 31 grudnia 2015 r. Uchwała zaczęła obowiązywać z dniem jej podjęcia. Uchwała uchyliła poprzednią uchwałę Rady Ministrów nr 163/2007 z dnia 25 września 2007 r. w sprawie ustanowienia programu wieloletniego pod nazwą „Program Budowy Dróg Krajowych na lata 2008-2012”, obowiązującą w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W nowym Programie przedmiotowa inwestycja została przesunięta z zadań wskazanych do realizacji (załącznik nr 1) do zadań priorytetowych, których realizacja może się rozpocząć do 2013 (poz. 11 załącznika 1a). W Programie przewidziano możliwość realizacji zadań objętych załącznikiem nr 1a po uzyskaniu oszczędności, na skutek kolejnych rozstrzygnięć przetargów, ostatecznego rozliczenia i zamknięcia finansowania inwestycji oddawanych do użytku lub w wyniku decyzji Rady

Ministrów akceptującej przekroczenie ustalonego limitu 82,8 mld zł., przewidzianego dla zadań inwestycyjnych, których budowa rozpocznie się do 2013 r. (str. 17 Programu). W konsekwencji nowych założeń Programu, zamawiający powziął wiedzę, iż wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny, jakim jest zapewne zrównoważonego budżetu państwa i może powodować niecelowe wydanie środków finansowych, co mogłoby wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Zamawiający wskazał, iż od chwili powzięcia informacji o kształcie nowego Programu, podjął czynności zmierzające do jego realizacji, w tym prowadzi działania związane z zakończeniem postępowań, dla których nowy Program nie zapewnia finansowania. Takie postępowanie stanowi dbałość o finanse publiczne i powinno wymiennie przyczynić się do obniżenia długu publicznego. W interesie publicznym leży troska o bezpieczeństwo finansów publicznych, której przejaw stanowi realizacja założeń Programu Budowy Dróg Krajowych na lata 2011-2015 (str. 3 informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 22.02.2011, nr pisma: GDDKiA-O/WA/R.2?S.C./110/2011).

Mają na uwadze ustalony stan faktyczny, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Spór pomiędzy stronami nie dotyczył stanu faktycznego, lecz jego oceny pod względem wypełnienia przesłanek do unieważnienia postępowania wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazany przepis stanowi, iż zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Dla zastosowania dyspozycji wskazanej normy konieczne jest łączne spełnienie wskazanych w niej przesłanek, a mianowicie: wystąpienie istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, a także brak możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia tej okoliczności. Pomiędzy tymi przesłankami musi zachodzić związek przyczynowo-skutkowy. Należy zauważyć, iż ustawodawca mówiąc o wpływie wystąpienia okoliczności na interes publiczny odnosi ją nie tylko do czynności zamawiającego w postępowaniu ale również do wykonania zamówienia, czyli osiągnięcia jego celu. To w ocenie Izby przesądza o możliwości unieważnienia postępowania o zamówienie również po wyborze oferty najkorzystniejszej, czyli po zakończeniu czynności procedury przetargowej, zgodnie z nową definicją postępowania zawartą w art. 2 ppkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych. Mając powyższe na uwadze, bez znaczenia dla ustalenia wypełnienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, pozostaje zwłoka zamawiającego w zawarciu umowy z wybranym wykonawcą. Nie

zmienia ona bowiem charakteru okoliczności, której wystąpienie skłoniło zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Izba uznała, iż uchwalenie nowego Programu Budowy Dróg Krajowych i Autostrad na lata 2011-2015, stanowiło istotną zmianę okoliczności, której wcześniej nie można było przewidzieć. Zamawiający wszczynając przedmiotowe postępowanie działał w oparciu o obowiązujący wówczas akt normatywny, realizując wskazane w nim zadanie przewidziane wówczas do realizacji. W związku ze zmianą Programu dokonaną uchwałą Rady Ministrów z dnia 25 stycznia 2011 r., realizacja przedmiotowego zadania została uzależniona od uzyskania oszczędności przy realizacji zadań objętych załącznikiem nr 1 lub uzyskania decyzji Rady Ministrów akceptującej przekroczenie limitu środków przewidzianych dla całego Programu. W ocenie Izby, nie ma żadnego uzasadnienia dla twierdzenia odwołującego, iż wystąpienie tej okoliczności było możliwe do przewidzenia. Poza gołosłownym twierdzeniem, odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie tej tezy. Również czynności zamawiającego, który dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazują na jego zamiar realizacji tego zadania. Także wskazywana przez odwołującego okoliczność ustalenia zasad współpracy z wykonawcą po wyborze oferty najkorzystniejszej, potwierdza przypuszczenie, iż zamawiający nie miał wiedzy o mającej nastąpić w przyszłości zmianie Programu, czy też o zakresie tych zmian. Decyzja o zmianie celów inwestycyjnych Ministerstwa Infrastruktury nie była podejmowana przez zamawiającego, który jedynie realizuje założenia przyjęte przez Radę Ministrów w uchwale i które są dla zamawiającego wiążące. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, iż zmiana okoliczności w postępowaniu nie była możliwa wcześniej do przewidzenia przez zamawiającego. Hipotetyczna możliwość zmiany polityki rządu zawsze istnieje, co jednak nie może prowadzić do wniosku o możliwości przewidzenia jej konkretnego kształtu. Dopiero wiążące decyzje, jaką w przedmiotowej sprawie była uchwała Rady Ministrów, pozwalają na stwierdzenie wystąpienia zmiany okoliczności. Nie budziło wątpliwości Izby, iż zmiana Programu Budowy Dróg Krajowych i Autostrad na lata 2011-2015, miała wpływ na celowość realizacji przedmiotowej inwestycji. Zmiana Programu spowodowała, iż realizacja przedmiotowego zadania została wstrzymana do momentu uzyskania oszczędności w ramach środków przewidzianych w Krajowym Funduszu Drogowym na kwotę 82,8 mld zł począwszy od 2010 r. Przy takich założeniach zawarcie umowy z wykonawcą, wiązałoby się z naruszeniem Programu, gdyż na obecną chwilę nie ma możliwości potwierdzenia istnienia oszczędności na inwestycjach objętych załącznikiem nr 1, jak również nie ma wiedzy co do ewentualnej decyzji Rady Ministrów akceptującej przekroczenie ustalonego limitu środków przeznaczonych w Krajowym Funduszu Drogowym oraz budżecie państwa na ten cel. Ostatnią przesłanką, od której spełnienia ustawodawca uzależnia możliwość unieważnienia postępowania, stanowi brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub wykonania umowy. Tezy przywoływane przez odwołującego

były prawidłowe, jednak nie odnosiły się do okoliczności związanych z przedmiotowym zamówieniem. Stwierdzenie istnienia lub braku spełnienia przesłanek do unieważnienia postępowania, wymaga każdorazowo odniesienia się do okoliczności, w jakich zamawiający dokonał unieważnienia postępowania. W przedmiotowej sprawie Izba uznała za logiczne i spójne stanowisko zamawiającego, który wskazywał na potrzebę szerszego spojrzenia na interes publiczny z uwzględnieniem sytuacji finansowej państwa i możliwości realizacji przedsięwzięć. Przyjęcie stanowiska odwołującego, prowadziłoby do zaprzeczenia istoty gospodarowania środkami publicznymi i realizacji założeń polityki rządu, który odpowiedzialny jest za bezpieczeństwo finansowe państwa. Korzyści, z jakimi wiązałoby się wykonanie przedmiotowej inwestycji w żaden sposób nie należy przedkładać nad interes publiczny, jakim jest zapewnienie stabilności finansowej państwa. Izba w całości przyjmuje argumentację zamawiającego, w której wskazuje, iż „nie jest możliwe zrealizowanie wszystkich inwestycji w zakresie infrastruktury drogowej w jednym czasie choć nie budzi wątpliwości, że ich wykonanie mieści się w szeroko pojmowanym interesie publicznym. Celem określenia priorytetów przygotowane są programy budowy dróg i autostrad, które pozwalają na wykonanie takich inwestycji, które dla ogółu społeczeństwa przyniosą korzyści, o których mowa m.in. w uchwale Trybunału Konstytucyjnego”. Zgodnie z uchwałą przytoczoną przez odwołującego „za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego” (uchwała TK z dnia 12 marca 1997 r., sygn. W/96). Podsumowując, Izba wskazuje, iż w interesie publicznym leży unieważnienie przedmiotowego postępowania, gdyż umożliwi to realizację celów przyjętych przez rząd w zakresie rozwoju infrastruktury drogowej, możliwych do udźwignięcia przez budżet państwa.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż zamawiający w sposób zgodny z ustawą dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem odwołanie należało oddalić.

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:

.....

Członkowie:

.....

.....