

Sygn. akt: KIO/UZP 497/09

**WYROK**  
z dnia 28 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Członkowie: Barbara Bettman**  
**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Grontmij Polska Sp. z o.o., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53** protestu z dnia 1 kwietnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy "**GD&K Consulting**" Sp. z o.o., 31-511 Kraków, ul. Rakowicka 7 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i nakazuje wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 168/09, KIO/UZP 189/09.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Grontmij Polska Sp. z o.o., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 00 zł** ( słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53** na rzecz **Grontmij Polska Sp. z o.o., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Grontmij Polska Sp. z o.o., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający - Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest prowadzenie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad przebudową miejskiego stadionu piłkarskiego Wisła Kraków przy ul. Reymonta w Krakowie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2008/S 224-298437 z dnia 18.11.2008 r.

W dniu 1.04.2009 roku Wykonawca - Grontmij Polska Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym, złożył protest na czynność Zamawiającego z dnia 23.03.2009 roku, polegającą na

unieważnieniu przedmiotowego postępowania oraz na zaniechanie dokonania czynności polegającej na powtórzeniu badania i oceny ofert z uwzględnieniem procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na następujące fakty: w dniu 19.01.2009 roku został poinformowany o wyborze jako najkorzystniejszej oferty GD&K Consulting Sp. z o.o. Wyrokiem z dnia 3.03.2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołania złożone przez Odwołującego oraz Ove Arup & Partners International Limited, jednak Zamawiający nie dokonał nakazanych czynności i w dniu 23.03. 2009 roku poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp czyli z uwagi na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W ocenie Odwołującego przywołana w treści pisma z dnia 23.03.2009 roku argumentacja nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania. Zamawiający nie wskazał (nie mówiąc o udowodnieniu), że łącznie wystąpiły przesłanki warunkujące unieważnienie postępowania, określone w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie przyjmuje się, że przepis ten ma zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy wystąpiła istotna, a więc znacząca zmiana okoliczności, powodująca, że prowadzone postępowanie lub wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym (a nie interesie zamawiającego), co oznacza, że w interesie publicznym leży wykorzystanie środków publicznych, z których przedmiot zamówienia miał być sfinansowany, na inny cel publiczny, przy czym wystąpienia zmiany tych okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć, czyli było to obiektywnie nieprzewidywalne, a nie tylko dla zamawiającego.

Zamawiający planując udzielenie zamówienia publicznego powinien również oszacować czas potrzebny na przeprowadzenie postępowania w sposób uwzględniający korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej w pełnym zakresie. Również niezabezpieczenie środków finansowych na realizację wszczętego i prowadzonego postępowania nie może być kwalifikowane jako zmiana okoliczności, lecz jedynie jako zaniedbanie Zamawiającego, podlegające odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Według uzyskanych przez Odwołującego informacji, Zamawiający nadal posiada środki finansowe, na co wskazuje również fakt, że w rozstrzygnięciu postępowania poinformował Wykonawców, że dnia 29 stycznia 2009 r. rozpoczęła się realizacja trybuny wschodniej, a trybuny zachodniej - w dniu 9 marca 2009 r.

Rozpoczęcie robót budowlanych nie jest więc równoznaczne ze zniweczeniem celu prowadzenia postępowania na zastępstwo inwestycyjne, ponieważ będzie ono jeszcze trwać przez co najmniej 24 miesiące. Prowadzenie przedmiotowego postępowania nadal więc leży

w interesie publicznym, a cel, dla którego postępowanie to zostało wszczęte nie zmienił się, nie mówiąc już o jego zniweczeniu.

Zamawiający pismem z dnia 7.04.2009 roku protest oddalił, wskazując, że w nawiązaniu do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3.03.2009r. (sygn. akt KIO/UZP 168/09 oraz sygn. akt KIO/UZP 189/09), postępowanie zostało unieważnione zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, ponieważ wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Zamawiający wskazał na przedłużającą się procedurę wyboru wykonawcy, która trwa od dnia 30 grudnia 2009, kiedy miało miejsce otwarcie ofert oraz na znaczną „aktywność protestową” wykonawców (złożenie 2 odwołań), która przyczyniła się do skutecznego zablokowania postępowania. W jego ocenie w wyniku znacznego upływu czasu wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, a tym samym Zamawiający nie jest już zainteresowany podpisaniem umowy zważywszy iż uwzględniono odwołania wykonawców (nawet tego wykonawcy, który nie posiadał w opinii zamawiającego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia -brak środków finansowych). Wskazał, że powtórna ocena ofert otwierałaby ponownie terminy na korzystanie z środków ochrony prawnej a Zamawiający nie ma już czasu na „zmarnowanie” kolejnych 35 dni w przedmiotowym postępowaniu w oczekiwaniu na podpisanie umowy, w sytuacji gdy realizacja trybuny wschodniej na stadionie Wisła rozpoczęła się 29 stycznia 2009 r., a realizacja trybuny zachodniej 9 marca 2009 r. Podniósł, że w wyniku przesunięć budżetowych, które nastąpiły po zakończonym 2008 roku nie dysponuje już środkami finansowymi w 2009 r. na przedmiotowe zadanie.

Zamawiający dodał, że posiada możliwość nie skorzystania z art. 26 ust. 3 ustawy pzp w sytuacji gdy konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Wykorzystując możliwość nakazania dokonania powtórnej oceny ofert a zatem realizując wyrok KIO z dnia 3.03.2009 roku, Zamawiający unieważnił postępowanie.

Dodatkowo wskazał, że Wykonawca GD&K Group złożył samodzielnie wyjaśnienia w dniu 12.03.2009 roku, ale Zamawiający nie jest już nimi zainteresowany z uwagi na wyżej wskazaną argumentację. Podniósł także, że wadium przedłożone przez GD&K Group wygasło w dniu 28.03.2009 roku.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, Odwołujący w dniu 17.04.2009 roku złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, a jego kopię przekazał tego samego dnia Zamawiającemu. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu;

1. unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem zapadłego w niniejszym postępowaniu wyroku KIO z dnia 03.03.2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 189/09,
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego postępowania oraz po wysłuchaniu stanowisk stron, zgłoszonych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia zostało wszczęte w dniu 18.11.2008 r. (data publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej), otwarcie ofert nastąpiło w dniu 30.12.2008 roku.

W postępowaniu złożono 10 ofert (druk ZP-12, zbiorcze zestawienie ofert).

W dniu 19.01.2009 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez GD&K Consulting Sp. z o.o. Czynność ta stała się przedmiotem protestów a następnie odwołań wniesionych przez Odwołującego się oraz przez Ove Arup & Partners International.

Ostatecznym rozstrzygnięciem odwołań był wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3.03.2009 roku, w którym Izba uwzględniła oba odwołania.

Izba ustaliła, że oferta Odwołującego pozostaje nadal zabezpieczona wadium.

W dniu 23.03.2009 roku Zamawiający unieważnił postępowanie, powołując się na przesłankę zawartą w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

#### **Izba zważyła co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba, uznała, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w art. 187 ust. 4 ustawy a Odwołujący posiada interes prawny, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniający go do wniesienia odwołania.

Uwzględnienie zarzutów Odwołującego skutkowałoby bowiem unieważnieniem czynności unieważnienia postępowania, co stwarza możliwość uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Aby zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania na tej podstawie muszą zaistnieć łącznie trzy przesłanki:

1. zmiana okoliczności musi faktycznie zaistnieć, nie wystarczy możliwość jej zaistnienia.
2. zmiana musi być na tyle istotna, że musi powodować, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
3. zmiany okoliczności nie można było wcześniej obiektywnie przewidzieć (przy zachowaniu przez zamawiającego należytej staranności).

Decyzja o unieważnieniu postępowania godzi w uzasadnione interesy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i składających oferty, zatem to na Zamawiającego ciąży obowiązek starannego przeanalizowania i udowodnienia czy sytuacja będąca powodem unieważnienia postępowania spełnia przesłanki unieważnienia postępowania. Ocena czy w konkretnej sprawie zachodzi określona w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, musi być traktowana jako wyjątkowa i wymaga rzetelnego uzasadnienia ze strony Zamawiającego, podejmującego decyzję o unieważnieniu postępowania.

W trakcie trwania procedury z uwagi na upływ czasu zmianie może ulec wiele czynników mających wpływ na zamówienie, również takich które będą podważały nawet celowość udzielenia przedmiotowego zamówienia. Ciężar udowodnienia zaistnienia tych okoliczności spoczywa w całości na Zamawiającym.

Oceniając powołane przez Zamawiającego przesłanki faktyczne unieważnienia postępowania, Izba uznała jednak, że nie doszło w przedmiotowym postępowaniu w trakcie trwania procedury do istotnej zmiany okoliczności, która powodowałaby, że wykonanie zamówienia nie leży aktualnie w interesie publicznym. Przede wszystkim przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp nie uzasadniają wskazania na „znaczny upływ czasu” oraz „znaczną aktywność protestową wykonawców”. Czasokres trwania procedur jak również prawo i terminy korzystania ze środków ochrony prawnej wynikają z powszechnie znanych uregulowań ustawowych i w żadnym razie nie można mówić, że są one okolicznością, którą Zamawiający nie mógł przewidzieć. Poza tym sam upływ czasu nie jest zmianą okoliczności zaistniałych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Argumentem nie może być również okoliczność przytoczona przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, że „nie jest on już zainteresowany podpisaniem umowy”. Podkreślić należy, że przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle i nie jest dopuszczalna w tym zakresie arbitralna, nie znajdująca faktycznego oparcia w

przepisach decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Pojęcie interesu publicznego, o którym mowa w rozważnym przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6 należy rozumieć wąsko, a interesu publicznego nie można utożsamiać z interesem strony, w tym przypadku Zamawiającego (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 10 listopada 2005 r. III Ca 855/05.).

Okoliczność podniesiona przez Zamawiającego, że w wyniku przesunięć budżetowych nie dysponuje już środkami, również nie stanowi uzasadnienia do zaistnienia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy. Okoliczność ta nie została w żaden sposób udowodniona i Zamawiający nie wykazał, że na skutek przesunięć finansowych nie dysponuje już kwotą pierwotnie przewidzianą na realizację zamówienia. Na marginesie należy podnieść, że okoliczność ta mogłaby być rozważana w kontekście przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. a takiej podstawy prawnej decyzji o unieważnieniu Zamawiający nie wskazał. Jak wynika z treści § 5 ust. 5 wzoru umowy środki na przedmiotowe zamówienie zostały zagwarantowane w projekcie budżetu Miasta Krakowa na 2009 i 2010 roku. W trakcie rozprawy Odwołujący wykazał, że w oparciu o załącznik nr 4 do uchwały nr LXII/799/09 Rady Miasta Krakowa z dnia 7 stycznia 2009 roku, Zamawiający dysponuje środkami finansowymi na „obiekty sportowe”. W ocenie Izby pismo z dnia 16.02.2009 roku wystawione przez Kierownik Działu Planowania i Pozyskiwania Funduszy do Działu Umów i Zamówień Publicznych nie stanowi dowodu, potwierdzającego brak środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia i nie potwierdza dokonania jakichkolwiek przesunięć w budżecie Zamawiającego. Wręcz przeciwnie potwierdza ono posiadanie przez Zamawiającego środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia w okresie objętym projektowaną umową.

Celem każdego postępowania o zamówienie publiczne jest doprowadzenie do skutecznego podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego a działanie Zamawiającego zmierzające do nieuzasadnionego, nie znajdującego podstawy prawnej unieważnienia postępowania należy uznać za naganne i naruszające przepisy art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ( Dz. U. z 2005, nr 14 , poz. 114 ze zm.).

W ocenie Izby rozpoczęta już realizacja trybun wschodniej od dnia 29.01.2009 roku oraz zachodniej od dnia 9.03.2009 roku, nie powoduje że przedmiotowe zamówienie, obejmujące przecież nadzór inwestorski nad przebudową stadionu piłkarskiego nie leży już w interesie publicznym. Wręcz przeciwnie w dobrym interesie nie tylko Zamawiającego, ale i publicznym, jest aby w związku z trwającą przebudową stadionu zapewnić właściwy nadzoru inwestorski, gwarantujący należyte jego wykonanie i odpowiednią jakość realizowanego zamówienia.

Zdaniem Izby argumentacja Zamawiającego nie potwierdza zaistnienia ww. przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp a wskazany powód unieważnienia przedmiotowego postępowania jest tylko pozorny. Wobec powyższego zasadne jest unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 168/09, KIO/UZP 189/09 z uwzględnieniem zastosowania czynności nakazanych w przywołanym orzeczeniu Izby, polegających na zastosowaniu dyspozycji art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 191 ust.1 a ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy w wysokości 3600 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*