

Sygn. akt: KIO/UZP 606/11

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Magdalena Grabarczyk
Członkowie:	Izabela Kuciak Anna Chudzik
Protokolant:	Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **DRAGADOS S.A., 28-050 Madryt, Avda. Del Camino de Santiago 50, adres do korespondencji: DRAGADOS S.A., Oddział w Polsce, 31 – 272 Kraków, ul. Krowoderskich Zuchów 12** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, 03-808 Warszawa, ul. Mińska 25** protestu z dnia 4 marca 2011r.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża DRAGADOS S.A., 28-050 Madryt, Avda. Del Camino de Santiago 50 DRAGADOS S.A., adres do korespondencji: Oddział w Polsce, 31 – 272 Kraków, ul. Krowoderskich Zuchów 12 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **DRAGADOS S.A., 28-050 Madryt, Avda. Del Camino de Santiago 50, adres do korespondencji: Oddział w Polsce, 31 – 272 Kraków, ul. Krowoderskich Zuchów 12;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **DRAGADOS S.A., 28-050 Madryt, Avda. Del Camino de Santiago 50, adres do korespondencji: Oddział w Polsce, 31 – 272 Kraków, ul. Krowoderskich Zuchów 12.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych Autostrad, Oddział w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa drogi krajowej Nr S7 o parametrach drogi ekspresowej na odcinku: koniec obwodnicy Radomia - granica województwa mazowieckiego.

Pismem z 22 lutego 2011 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Wobec czynności unieważnienia odwołanie, poprzedzone protestem, wniósł DRAGADOS S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania, Oddział w Polsce.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przez unieważnienie postępowania, mimo niewystąpienia przesłanek określonych w tym przepisie;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp przez niezachowanie uczciwej konkurencji, polegające na przedłużaniu postępowania, a co najmniej opieszałości w działaniu zamawiającego prowadzącej do utraty finansowania zamówienia ze środków dostępnych w chwili wszczęcia postępowania oraz sprzeczne z przepisami unieważnienie postępowania.

Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonania badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert i dokonanie wyboru oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej, zapłaty na rzecz odwołującego się kwoty 20.000 złotych tytułem zwrotu kosztów wpisu od niniejszego odwołania, a także nakazanie zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołujący się wskazał na istotę stosunków prawnych powstających w ramach postępowania o zamówienie publiczne, w tym na obowiązek zamawiającego zapewnienia środków niezbędnych dla sfinansowania zamówienia, leżący wyłącznie w sferze jego odpowiedzialności i ryzyka. Podkreślił, że unieważnienie postępowania jest instytucją

wyjątkową, zatem przesłanki dokonania tej czynności mają charakter ścisły i podlegają wykładni restrykcyjnej,

Wskazując na brak ziszczenia przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp odwołujący się wywodził, że interes publiczny to nie to samo, co interes zamawiającego, w szczególności interes ekonomiczny. Powołał stanowisko doktryny, poglądy orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych oddzielające kwestię interesu publicznego od braku środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Zgodnie z nimi dopiero wykazanie, że zamówienie będzie godzić w interes publiczny, zdefiniowany m. in. w uchwale Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., (sygn. akt W 8/96) może powodować, że środki nań przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone.

Odwołujący się wywodził, że w badanej sprawie interes publiczny nie polega wybranym dysponowaniu środkami publicznymi, lecz na zaspokojeniu określonych potrzeb społecznych związanych z brakiem odpowiedniej infrastruktury drogowej, o których to potrzebach świadczy stanowisko władz samorządowych i organizacji pozarządowych.

Odwołujący się zarzucił również powołując ogłoszenia zamieszczane na stronie internetowej zamawiającego, że zamawiający kontynuuje postępowania, a nawet ogłasza nowe postępowania lub otwiera oferty, a w niektórych przypadkach podpisuje umowy o udzielenie zamówień publicznych na budowę odcinków dróg. Odwołujący się podniósł, że zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub realizacji zamówienia nie leży w interesie publicznym musi mieć także charakter trwały, co stanowi element jej istotności. Tymczasem wypowiedzi w prasie przedstawicieli rządu świadczą, że przewiduje się realizację robót w późniejszym terminie, co jednoznacznie przesądza, że realizacja zamówienia leżała i nadal leży w interesie publicznym.

Odwołujący się ocenił, że zamawiający powinien unieważniać te spośród toczących się postępowań, które znajdują się na najmniej zaawansowanym etapie (w takim przypadku wykonawcy ponoszą najmniejsze koszty, podlegające zwrotowi w myśl art. 93 ust. 4 Pzp) i w żadnym przypadku nie powinien ogłaszać nowych postępowań. Tymczasem przywołane wcześniej postępowania były ogłaszane często nawet rok później, niż postępowanie objęte odwołaniem. Odwołujący się wskazał, iż w prowadzonych przez zamawiającego postępowaniach po części zostały poczynione oszczędności w stosunku do budżetu zamówienia, a po części wartość złożonych najkorzystniejszych ofert daje duże szanse osiągnięcia takich oszczędności (S 3 odcinki 1 i 3, odcinek 2, S 17 odcinek 2 - w których oferty zostały otwarte 15 marca 2011 r.). Podniósł, że łączne oszczędności zamawiającego mogą wynieść około 1.400.000.000,00 zł., co pozwala na sfinansowanie zamówienia. O kwotach

złożonych ofert zamawiający mógłby się dowiedzieć, gdyby dołożył należytej staranności i powstrzymał się niecały miesiąc z decyzją o unieważnieniu postępowania.

Odwołujący się zarzucił również, że zamawiający znając już treść nowego programu wiedział, że może finansować przedmiot zamówienia objętego nim, o ile wystąpią oszczędności w innych przetargach, a postąpił zupełnie arbitralnie, unieważniając postępowanie, które praktycznie zostało doprowadzone do końca i w którym ponadto istniała możliwość (ponownego) zapewnienia finansowania. Odwołujący się zarzucił też, że przy dołożeniu należytej staranności zamawiający mógł przewidzieć zmianę programu. Możliwość zmiany wynika z natury prawnej aktu, który przyznał środki na przedmiotowe zamówienie – t.j. możliwości jego zmiany.

Podniósł, że utrata przez zamawiającego środków z pewnością nie wystąpiłaby w przypadku, gdyby zamawiający nie prowadził postępowania tak długo, a w szczególności gdyby niezwłocznie przystąpił do wyboru najkorzystniejszej oferty. Okres od dnia otwarcia ofert do dnia uchwały Rady Ministrów był zupełnie wystarczający do zakończenia postępowania i zawarcia umowy. Postępując w sposób opieszaly, zamawiający spowodował utratę finansowania zamówienia.

Za naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp odwołujący się uznał sposób prowadzenia postępowania przez zamawiającego, prowadzący do utraty finansowania, a także dowolny wybór postępowania, jako te, które jego zdaniem należało unieważnić muszą być uznane za naruszenie zasad uczciwej konkurencji.:

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 4 marca 2011 r., odwołanie 23 marca 2011 r., z zachowaniem obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, zatem zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp protest należy uznać za oddalony w dniu 14 marca 2011 r.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący się podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 października 2009 r., pod numerem 2009/S 211-303389.

Termin do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został wyznaczony na 30 listopada 2009r. 28 stycznia 2010r. odwołujący się został poinformowany, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Termin składania ofert był przesuwany, ostatecznie został wyznaczony na 22 września 2010 r.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający poinformował, iż na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 742.898.900,00 zł brutto.

Odwołujący się złożył ofertę z ceną 676.693.832, 72 zł brutto i dwukrotnie w wyniku wezwania zamawiającego przedłużał termin związania ofertą dokonując przedłużenia ważności wadium.

Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, a 22 lutego 2011r. przesłał informację o unieważnieniu postępowania, powołując się na przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt. 6 Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał na uchwalenie przez Radę Ministrów dnia 25 stycznia 2011 r. nowego programu wieloletniego dla rozwoju sieci dróg krajowych, który został dostosowany do aktualnych możliwości finansowych państwa oraz wyznaczonych limitów finansowych na realizację zadań inwestycyjnych.

Zamawiający na rozprawie złożył odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, w tym między innymi uchwałą Nr 10/2011 Rady Ministrów z dnia 25 stycznia 2011 r. w sprawie ustanowienia programu wieloletniego pod nazwą „Program Budowy Dróg Krajowych na lata 2011 – 2015”. Stanowi ona w § 1 ust. 2, iż ustanowiony w niej program wieloletni ma być realizowany od dnia 1 stycznia 2011 do dnia 31 grudnia 2015 r. Zgodnie z § 4 uchwała weszła w życie z dniem jej podjęcia i postanowieniem zawartym w § 5 uchyliła 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.

Inwestycja stanowiąca przedmiot postępowania nie została ujęta w liście zadań wskazanych do realizacji (załącznik nr 1), wskazana została jako zadanie priorytetowe, którego realizacja może się rozpocząć do 2013 r. (poz. 11 załącznika 1a).

Możliwość realizacji zadań wymienionych w załączniku nr 1a uwarunkowana jest uzyskaniem 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).

§ 2 ust. 1 ustanawia zamawiającego wykonawcą Programu

Izba dokonała ustaleń na podstawie informacji o unieważnieniu postępowania oraz protokołu ZP-1, znajdujących się w formie kopii potwierdzonych z oryginałem przez zamawiającego, w aktach postępowania odwoławczego oraz po rozważeniu stanowisk stron.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 219, poz. 1706) oraz 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) (stosownie do odpowiednio do art. 4 oraz art. 4 ust. 1 przywołanych ustaw.

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Unieważnienie postępowania powoduje, że odwołujący się, który złożył ofertę z najniższą ceną, traci możliwość uznania swojej oferty za najkorzystniejszą oraz szansę na uzyskanie zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Z punktu widzenia zasad prowadzenia procedury udzielenia zamówień - szybkości i efektywności - można negatywnie oceniać zachowanie zamawiającego, który mimo prowadzenia postępowania przez znaczny czas, nie doprowadził do rozstrzygnięcia. Można też zrozumieć ujawnione w czasie rozprawy emocje odwołującego się – wykonawcy działającego w zaufaniu do stanu rzeczy istniejącego w dacie wszczęcia postępowania. Odwołujący się przygotował i złożył ofertę, która mogła być uznana za najkorzystniejszą oraz pozostawał w gotowości do zawarcia umowy i rozpoczęcia jej wykonywania ponosząc związane z tym koszty obciążające jego działalność.

Powyższe nie odnosi się jednak do oceny przesłanek unieważnienia postępowania.

Okoliczności faktyczne nie są sporne.

Przedmiotem sporu jest możliwość powołania się przez zamawiającego na art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Przywołany 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 oceny ziszczenia się przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp bez znaczenia pozostają zarzuty dotyczące opieszałości zamawiającego w prowadzeniu procedury. Przywołany przepis opisuje zobiektywizowane podstawy unieważnienia i nie odwołuje się do winy zamawiającego, która mogłaby być badana w postępowaniu przed sądem powszechnym.

Argumentacja odwołującego się odnosząca się do znacznego stanu zaawansowania postępowania jest nerelevantna w stosunku do zarzutów odwołania, dotyczących unieważnienia postępowania ze szczególnych przyczyn wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. W ocenie Izby odnosić się ona może ewentualnie do celowości umieszczenia inwestycji stanowiącej przedmiot zamówienia w załączniku Nr 1a do uchwały Rady Ministrów z 25 stycznia 2011 r. Tymczasem Izba, zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp, w toku rozpatrywania odwołania, poddaje ocenie wyłącznie czynności zamawiającego przy uwzględnieniu stanu prawnego na dzień jej dokonania.

Czynność unieważnienia postępowania stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa zamknięty katalog podstaw unieważnienia postępowania podlega regułom wykładni ścieśniającej.

Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp jedynie w razie zaistnienia okoliczności w których doszło do kumulatywnego ziszczenia trzech przesłanek połączonych adekwatnym związkiem przyczynowo - skutkowym:

1. zmiany o istotnym charakterze,
2. powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym,
3. braku możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia tej okoliczności.

Zauważyć trzeba wstępnie, że ustawodawca nie przesądził charakteru okoliczności uzasadniających czynność unieważnienia postępowania. Przyjąć zatem należy, że mogą mieć one charakter okoliczności faktycznych lub prawnych.

Oceny czynności unieważnienia postępowania dokonać należy, na dzień jej dokonania, według stanu prawnego oraz stanu rzeczy istniejących w tej dacie, z zastrzeżeniem, iż przyczyny unieważnienia były niemożliwe do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania.

Ad 1. Izba uznała, iż skutkiem uchwalenia nowego programu budowy dróg krajowych na lata 2011-2015, jest utrata przez zamawiającego środków, które mogłyby przeznaczyć na realizację zamówienia oraz zmiana stanu prawnego w stosunku do istniejącego w dacie wszczęcia postępowania, co stanowi zmiany o charakterze istotnym.

Zmiana programu uchwalonego na lata 2008 – 2012 w trakcie jego realizacji spowodowała, iż możliwość wykonania inwestycji stanowiącej przedmiot zamówienia została wstrzymana do momentu uzyskania oszczędności w ramach środków przewidzianych w Krajowym Funduszu Drogowym na kwotę 82,8 mld zł począwszy od 2010 r.

Niewątpliwie w dacie unieważnienia postępowania zamawiający nie posiadał środków umożliwiających zawarcie umowy z odwołującym się. Na dzień wydania wyroku przez Izbę zawarcie umowy z odwołującym się również skutkowałoby naruszeniem programu. Zamawiający oświadczył, że nie uzyskał akceptacji Rady Ministrów na przekroczenie ustalonego limitu środków przeznaczonych w Krajowym Funduszu Drogowym oraz budżecie państwa na ten cel. Wyniki postępowania odwoławczego nie wskazały istnienia oszczędności umożliwiających realizację zamówienia na inwestycjach objętych załącznikiem nr 1.

Odwołujący się nie przedstawił dowodów na twierdzenie przeciwne.

Wskazywane przez odwołującego się oszczędności poczynione już przez zamawiającego w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, mają charakter hipotetyczny, choćby z tego względu, że część wskazywanych przez odwołującego się postępowań nie została jeszcze rozstrzygnięta.

Brak podstaw do przyjęcia, że w każdym z nich zostanie dokonany wybór oferty z ceną przyjętą jako podstawa kalkulacji odwołującego się. Przywołać trzeba możliwość złożenia w tych postępowaniach oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub oferujących cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w obu przypadkach niesie skutek niedopuszczalności wyboru takiej oferty.

Zatem na dzień wydania wyroku zamawiający nie dysponuje rezerwą finansową umożliwiającą mu zawarcie umowy z odwołującym się.

Nadto w programie przewidziano możliwość realizacji zadań objętych załącznikiem nr 1a nie tylko po uzyskaniu oszczędności na skutek kolejnych rozstrzygnięć przetargów, ale również wskutek ostatecznego rozliczenia i zamknięcia finansowania inwestycji oddawanych do użytku. Zamawiający zobowiązany jest do działania na podstawie przepisów prawa oraz w jego granicach. Zatem aktualny status inwestycji stanowiącej przedmiot postępowania, przeznaczonej warunkowo do realizacji oraz zastrzeżenie, że postępowanie go dotyczące może zostać rozpoczęte jedynie w razie uzyskania oszczędności lub akceptacji Rady Ministrów, stanowią zmiany okoliczności o charakterze istotnym, z punktu widzenia dalszego prowadzenia procedury, których nie sposób pominąć.

Wbrew twierdzeniom odwołującego się nie można też z całą pewnością przyjąć, że odłożenie w czasie realizacji inwestycji stanowiącej przedmiot zamówienia ma przemijający, a nie trwały charakter. Spełnienie warunków umożliwiających jej rozpoczęcie ma charakter zdarzeń przyszłych i warunkowych – uzyskania oszczędności lub akceptacji Rady Ministrów dla przekroczenia limitu wydatków – uzależnionych od stanu finansów państwa

Ad 2. Izba uznała, że zmiana okoliczności miała charakter nieprzewidywalny.

Izba uznaje za chybioną argumentację odwołującego się, że sama natura uchwały Rady Ministrów powoduje, że przesłanka nieprzewidywalności upada. Wskazać trzeba, że co do zasady, wszystkie akty prawne stanowiące źródło finansowania inwestycji publicznych, w tym budżet państwa, mają charakter zmienny.

Zmiana wieloletniego programu rozwoju dróg krajowych na lata 2008 -2012 w trakcie jego realizacji, ograniczenie finansowanych lub współfinansowanych z budżetu państwa inwestycji infrastrukturalnych, które weszły już w fazę realizacji (wszczęcie procedury wyłonienia wykonawcy), ma charakter wyjątkowy, a tym samym nieprzewidywalny.

Kategoria przewidywalności referuje się bowiem do zwykłych warunków prowadzenia działalności, w których czynniki zewnętrzne nie mają przesadzającego wpływu na wykonanie zamierzonych planów.

Zamawiający wszczynając postępowanie działań na podstawie obowiązującej uchwały Rady Ministrów dotyczącej realizacji programu wieloletniego, mógł więc racjonalnie przypuszczać, że w wyniku rozstrzygnięcia postępowania będzie mógł zrealizować zamierzoną inwestycję.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do przyjęcia, że zamawiający nawet przy zachowaniu należytej staranności mógł przewidzieć, że nie będzie dysponował środkami wystarczającymi do zrealizowania tego konkretnie zamówienia. W dacie wszczęcia postępowania zamawiający dysponował wszak stosownymi środkami umożliwiającymi zawarcie umowy z odwołującym się, za cenę wskazaną w ofercie. Również czynności zamawiającego, który podjął działania zmierzające do przedłużenia ważności oferty odwołującego się oraz zabezpieczenia jej wadium, wskazują na zamiar ukończenia postępowania.

Z punktu widzenia zamawiającego utrata posiadanych środków nastąpiło skutkiem decyzji podmiotu zewnętrznego - Rady Ministrów. O zaistnieniu tej okoliczności można mówić najwcześniej w dacie podjęcia uchwały.

Ad 3. Izba uznała, że spełniona została również przesłanka braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania.

Podtrzymując dotychczasowe poglądy orzecznictwa dotyczące braku tożsamości interesu publicznego z interesem zamawiającego, wskazać trzeba, że nie mają one zastosowania w okolicznościach sprawy. Stwierdzenie istnienia lub braku spełnienia przesłanek do unieważnienia postępowania jest badane *ad casum* w okolicznościach konkretnego przypadku.

Izba uznała, że budowa dróg leży w interesie publicznym. Jednak wobec ograniczenia środków na ten cel nie jest możliwa realizacja wszystkich uprzednio zamierzonych inwestycji w jednym czasie. W uchwale Rady Ministrów z dnia 25 stycznia 2011 r. zawarta została, przez podział na załączniki Nr 1 i 1a, swoista gradacja postępowań. Z tego też powodu w

interesie publicznym leży przestrzeganie dokonanego podziału, tak by prawidłowa realizacja inwestycji uznanych przez Radę Ministrów za najistotniejsze nie była narażona na szwank. Wskazać też trzeba, że o ile zrealizowanie zamierzonych inwestycji w zakresie infrastruktury drogowej wychodzi naprzeciw potrzebom społecznym (mieści się w szeroko pojmowanym interesie publicznym), o tyle zaciąganie przez zamawiającego zobowiązań, z których na dzień ich podjęcia nie mógłby się wywiązać przeczy interesowi publicznemu wprost. Interes publiczny w badanej sprawie winien być oceniany z uwzględnieniem sytuacji finansowej państwa i uwarunkowanej nią możliwości realizacji przedsięwzięć.

Nie można pominąć, że art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp pozwala na unieważnienie postępowania jeśli prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym. Przesłanka ta opisana została z użyciem funktora alternatywy rozłącznej „lub”, do jej ziszczenia wystarczające jest ziszczenie jednej z opisanych sytuacji albo obu z nich.

Zatem, o ile wykonanie umowy stanowiącej przedmiot zamówienia - budowy drogi krajowej Nr S7 o parametrach drogi ekspresowej na odcinku koniec obwodnicy Radomia - granica województwa mazowieckiego leży w interesie publicznym, o tyle obecnie dalsze prowadzenie postępowania, z uwagi na brak środków umożliwiających sfinansowanie wykonania umowy, jest z tym interesem sprzeczne.

Teza zawarta w uchwale Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., sygn. W/96 – wielokrotnie podnoszona w orzecznictwie Izby, na którą powołują się tak odwołujący się, jak i zamawiający, głosi „za interes publiczny należy bez wątplenia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego” Uznać zatem trzeba, że interes publiczny wyraża się przede wszystkim w bezpieczeństwie finansowym państwa, którego zachwiane powodować będzie zagrożenie zaniechaniem wykonania obowiązków ciężących na państwie z mocy ustaw – wypłaty świadczeń socjalnych, finansowania świadczeń zdrowotnych oraz świadczenia innych usług wskazanych przykładowo w powołanej uchwale.

Korzyści uzyskane w wyniku wykonania zamówienia w danych wyjątkowych okolicznościach sprawy nie mogą przeważać nad koniecznością zapewnienia stabilności finansowej państwa. Podnieść też trzeba, że prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz wykonywanie umów w sprawie zamówienia publicznego nie stanowią celu samego w sobie, który może być postrzegany w oderwaniu od szerszego kontekstu. Zamawiający udzielając zamówień gospodarują, co do zasady środkami publicznymi, służącymi zaspokojeniu potrzeb szerszej zbiorowości, następuje to jednak w ramach realizacji budżetu (*vide*: art. 18

ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych – Dz. U. z 2007 r., poz. 115 ze zm.). Nad realizacją budżetu czuwa Rada Ministrów.

Uznać zatem należy, że wobec zaistniałych wyjątkowych okoliczności, unieważnienie postępowania mieści się w interesie publicznym. Sprzyja bowiem zachowaniu bezpieczeństwa finansowego państwa oraz pozwala na realizację umów w zakresie rozwoju infrastruktury drogowej, wskazanych przez Radę Ministrów, możliwych do wykonania w aktualnej sytuacji finansów publicznych.

Ciężar udowodnienia zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania spoczywa na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny ze swoich twierdzeń (art. 188 ust. 1 Pzp, art. 6 kc.) Izba uznała, mając na względzie wyniki postępowania odwoławczego, że powołanie uchwały Rady Ministrów z 25 stycznia 20011 r. obowiązkowi temu czyni zadość. Rozpatrując odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zamawiający unieważnił postępowanie zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych..

Podobna wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp znalazła swój wyraz w wyroku Izby z dnia 18 marca 2011r., sygn. KIO 457/11.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Przywołany przepis odnosi się do relacji między zamawiającym a ogółem wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Zabrania zamawiającemu wybiórczego stosowania instytucji ustawowych, w odniesieniu do jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia lub w odniesieniu do części z nich, przy pominięciu pozostałych.

Czynność unieważnienia postępowania nie wywiera skutku jedynie między zamawiającym a odwołującym się. Niesie ona ze sobą skutek *erga omnes* – znosi wszelkie czynności dokonane w postępowaniu, wobec wszystkich jego uczestników oraz podmiotów zewnętrznych.

Wbrew twierdzeniom odwołującego się zamawiający nie dokonał unieważnienia postępowania w sposób arbitralny. Zamawiający unieważnił wszystkie postępowania dotyczące inwestycji wskazanych w załączniku Nr 1a do uchwały Rady Ministrów, czemu odwołujący się nie zaprzeczył.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach postępowania stosownie do jego wyniku na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....