

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 25 lipca 2017 roku

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 19 czerwca 2017 r. roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego

Międzyzdrojskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. ul. Cicha 2
72 – 500 Międzyzdroje

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej znak **UZP/DKD/KND/28/16** w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Rozbudowa i nadbudowa budynku mieszkalnego, wielorodzinnego położonego na działce nr 605 w Międzyzdrojach przy ulicy Marii Skłodowskiej – Curie 41, zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym oraz warunkami decyzji Starosty Kamieńskiego nr 157/2010 z dnia 02.04.2010r., o pozwoleniu na budowę oraz aneksami do wskazanej decyzji „*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kawa
Członkowie:	Dagmara Gałczewska -Romek
	Piotr Kozłowski

Wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Zamawiający Międzyzdrojskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. ul. Cicha 2, 72 – 500 Międzyzdroje dalej zwane „Zamawiającym” prowadziło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Rozbudowa i nadbudowa budynku mieszkalnego, wielorodzinnego położonego na działce nr 605 w Międzyzdrojach przy ulicy Marii Skłodowskiej – Curie 41.*

Ustalona wartość zamówienia wynosiła 5.737.882,86 zł co stanowi równowartość 1.374.376,12 euro. Wszczęcie postępowania nastąpiło 21 marca 2016 roku. Zamówienie nie było finansowane ze środków UE.

W dnia 11 maja 2016 roku Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu ww. postępowania. W przesłanej Wykonawcom informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający podał, że *„Podstawą prawną unieważnienia jest art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający unieważnia postępowanie, 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.”*

Z treści wyjaśnień Zamawiającego, udzielonych w odpowiedzi na wezwanie Urzędu o wskazanie podstawy prawnej oraz faktycznej unieważnienia ww. postępowania wynikało, że postępowanie zostało unieważnione 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. Zamawiający podał, że *„przygotował postępowanie z należytą dbałością, a mimo to zaszła zewnętrzna, niemożliwa do przewidzenia okoliczność podważająca celowość kontynuowania postępowania w postaci otrzymania od mieszkańców okolicznych budynków informacji o odnajdywaniu w przeszłości, na terenie przeznaczonym na realizację zamówienia publicznego, ludzkich kości oraz materiałów wybuchowych. W ramach podjętych działań przez Zamawiającego informacja o istnieniu pod ziemią na przedmiotowej nieruchomości dużej ilości ludzkich szczątków została potwierdzona, natomiast doniesienie dotyczące materiałów wybuchowych nie potwierdziło się za wyjątkiem odnalezienia w ziemi tylko jednej dużej bomby lotniczej z okresu II Wojny Światowej.*

Zdaniem Zamawiającego zaszła ważna okoliczność powodująca, że wykonanie zamówienia będzie się mogło wiązać z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Kwestie bezpieczeństwa jak i ochrony należytego szacunku dla ludzkich szczątków, prochów i miejsca spoczynku zmarłych stanowią w ocenie Zamawiającego przesłankę o charakterze istotnym i nadzwyczajnym oraz nieprzewidywalną w chwili wszczęcia postępowania, a także powodującą, że wykonanie umowy w danej chwili nie leży w ogólnym interesie publicznym”.

W toku kontroli doraźnej ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione przez Zamawiającego na dzień przed wyznaczonym terminem, w którym miało dojść do zawarcia umowy w sprawie zamówienia z Wykonawcą – BPP Budownictwo Pożytku Publicznego Sp. z o.o., którego oferta została uznana w dniu 2 maja 2016 r. za ofertę najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. Z ustaleń dokonanych w toku kontroli wynika również, że 12 dni po unieważnieniu ww. postępowania, tj. w dniu 24 maja 2016 r. zostało zamieszczone przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 132022-2016 ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane pn.: „Rozbudowa i nadbudowa budynku mieszkalnego, wielorodzinnego położonego na działce nr 605 w Międzyzdrojach przy ulicy Marii Skłodowskiej – Curie 41, zgodnie z zatwierdzonym projektem na budowę oraz aneksami do wskazanej decyzji”. Przedmiot zamówienia oraz jego zakres, w nowo ogłoszonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, był tożsamy z przedmiotem i zakresem zamówienia objętego unieważnionym postępowaniem, na co wskazywała treść ogłoszenia o zamówieniu. Podkreślić należy iż w powtórzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający zmienił warunki udziału w postępowaniu. Zmiana warunków polegała na dodaniu warunku dotyczącego sytuacji ekonomiczno – finansowej. Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania środków w wysokości 1 mln zł lub zdolności kredytowej w tej wysokości. Zamówienie zostało udzielone w dniu 1 lipca 2016 r.

Odnosząc się do powyższych ustaleń faktycznych Kontrolujący podał, że obligatoryjne przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zostały określone w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Katalog tych przesłanek jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco i nie jest możliwe unieważnienie postępowania w sytuacji kiedy brak jest podstawy prawnej wskazanej w art. 93 ust.1 i 2 Pzp. Nadto że unieważnienie przez zamawiającego postępowania możliwe jest tylko wtedy, gdy zmian okoliczności faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie gdy zmiana ta stanowiła zmianę istotną, czyli na tyle znaczącą, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp dotyczy zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Przy tym, decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania powinna być pozbawiona jakiegokolwiek uznaniowości. Podkreślił, że stan faktyczny sprawy ustalony na podstawie przekazanej dokumentacji oraz udzielonych wyjaśnień nie wykazał wystąpienia okoliczności, która nosi znamiona zmiany nadzwyczajnej, tj.: niemożliwej wcześniej do przewidzenia, wpływającej na brak potrzeby dalszego prowadzenia postępowania lub realizację zamówienia w interesie publicznym.

Reasumując powyższe ustalenia Prezes UZP uznał, że w wyżej ustalonym stanie faktycznym oraz prawnym Zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, czym naruszył przepisy art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Należy także stwierdzić, że w ustalonych okolicznościach faktycznych oraz prawnych Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zawiadomienie w piśmie z dnia 11 maja 2016 r. wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o unieważnieniu postępowania bez podania uzasadnienia faktycznego, do czego Zamawiający był zobowiązany na gruncie ww. przepisu ustawy.

Zamawiający w odpowiedzi na wynik kontroli przesłał do Prezesa UZP zastrzeżenia do ustaleń kontroli w których podał, że unieważnienie postępowania, które nastąpiło na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 P.z.p., było umotywowane tym, że Zamawiający dowiedział się o wystąpieniu na budowie szczątków ludzkich oraz o możliwości wystąpienia niewybuchów.

Podkreślił, że Zamawiający nie mógł wymienionych okoliczności przewidzieć, ponieważ na wskazanym terenie nie było wcześniej odkrywek, a okoliczności podawane przez mieszkańców były to tylko hipotezy, nie poparte żadnymi dowodami, gdyż nie było na ten temat wzmianek na mapach, wzmianek historycznych. Ponadto wcześniej nikt z mieszkańców nie zgłaszał, że na wskazanych terenach mogą znaleźć się szczątki, czy niewybuchy. Na marginesie należy wspomnieć, że w przeszłości, podczas realizacji poprzednich inwestycji z udziałem MTBS sp. z o.o. nigdy nie zdarzyło się znalezienie szczątków ludzkich, czy znalezienie niewybuchów. Zamawiający działając w interesie publicznym, który w niniejszej sprawie przedłożył nad interesem uczestników postępowania był zmuszony do unieważnienia przetargu, ponieważ przede wszystkim nie był w stanie przewidzieć ile szczątków ludzkich znajduje się na terenie inwestycji oraz do kiedy te szczątki zostaną z tego terenu przewiezione. W dniach od 12.05.2016 r. do 20.05.2016 r. Zakład Ochrony Środowiska prowadził prace niwelacyjno-porządkowe na terenie nieruchomości przy ul. Skłodowskiej Curie 41 w Międzyzdrojach. Na terenie wskazanej nieruchomości dokonano 20 odkrywek gruntowych, wyrównania części terenu i częściowej rozbiórki skarpy. W wyniku tych czynności natrafiono na kości oraz płyty nagrobne, które zostały przeniesione na cmentarz komunalny w Międzyzdrojach. Zatem podjęcie takiej decyzji leżało w interesie publicznym ze względu na obowiązek oddania czci zmarłym.

Wskazał także, iż za unieważnieniem postępowania przemawiał także obowiązek prawny ochrony miejsc pochówku i możliwości znieważenia go w wyniku prowadzonych prac budowlanych.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska Zamawiającego podniesionego w złożonych zastrzeżeniach, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Prezesa UZP uznając podniesione w zastrzeżeniach stwierdzenia za niezasadne.

Zamawiający unieważnił postępowanie w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 6, gdyż jego zdaniem wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający powyższą podstawę do unieważnienia utożsamiał z tym, iż miał otrzymać od sąsiadów nieruchomości na której miała być prowadzona inwestycja informacje " *informacji o odnajdywaniu w przeszłości, na terenie przeznaczonym na realizację zamówienia publicznego, ludzkich kości oraz materiałów wybuchowych*".

W zakresie możliwości unieważnienia postępowania, Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego można unieważnić, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Za z Wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2003 r. sygn. akt V Ca 2224/03 Izba wskazuje, że *"istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie"*. Omawiana przesłanka unieważnienia postępowania stanowi wyraz ochrony interesu publicznego, wyrażającego się w gospodarnym i efektywnym wydatkowaniu środków publicznych. Często się bowiem zdarza, że wskutek nadzwyczajnych okoliczności już po wyborze najkorzystniejszej oferty realizacja zamówienia na określonych w niej warunkach byłaby niecelowa lub w skrajnych wypadkach wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. W takim wypadku Zamawiający, powołując się na interes publiczny, ma możliwość unieważnienia postępowania. Omawiana przesłanka powinna być przez Zamawiających wykorzystywana wyjątkowo i tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach.

Jednakże w każdej takiej sprawie Zamawiający powinien wykazać, że zmiana ta faktycznie wystąpiła i jest istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też jego wykonanie, nie leży już w interesie publicznym. Do unieważnienia postępowanie o zamówienie nie wystarczy sama możliwość zmiany okoliczności. Ponadto skutek w postaci niecelowości dalszego prowadzenia postępowania winien być trwały, a nie przemijający. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 27 lutego 2009 r. sygn. akt, KIO/UZP 176/09 uznała, iż *okoliczności nieprzewidziane o których mowa w art. 93 ust.1 pkt*

6 Pzp muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny dla zamawiającego w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Natomiast sytuacja w przedmiotowym postępowaniu nie miała charakteru trwałego, a w szczególności takiego, który powodowałby sytuację, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w chronologii zdarzeń jakie nastąpiły przed i po unieważnieniu postępowania, otóż: pismem z dnia 2 maja 2016 r., Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, termin podpisania umowy po zmianie, ustalono na 12 maja 2016 roku, pismem z dnia 11 maja 2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W dniu 24 maja 2016 r., a więc 12 dni po unieważnieniu postępowania w Biuletynie Zamówień Publicznych zamieszczone zostało pod numerem 132022-2016 ogłoszenie o zamówieniu na ten sam przedmiot zamówienia.

Dodać należy, iż w drugim postępowaniu Zamawiający dodał warunek dotyczący sytuacji ekonomiczno-finansowej, wymagając od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania środków w wysokości 1 mln zł lub zdolności kredytowej w tej wysokości. Powyższa zmiana najprawdopodobniej spowodowała, że wybrany w pierwszym postępowaniu wykonawca nie złożył oferty w drugim postępowaniu i została wybrana oferta innego wykonawcy z którym w dniu 1 lipca 2016 roku została podpisana umowa o udzieleniu zamówienia z zachowaniem takiego samego, jak w pierwszym postępowaniu, terminu wykonania zamówienia.

Izba uznaje, że sytuacja jaka powstała po uzyskaniu informacji o możliwości występowania na terenie inwestycji szczątków ludzkich czy też niewybuchów nie jest zdarzeniem wyjątkowym, które zmuszałoby Zamawiającego do zaprzestania inwestycji na tym terenie. Prawo polskie w sposób szczegółowy reguluje te kwestie co wskazał Prezes UZP w protokole kontroli. Te ustalenia i wskazania Izba potwierdza i uznaje jako własne bez potrzeby ponownego ich przywoływania.

Zauważenia wymaga fakt, że Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach próbuje nadać zaistniałemu zdarzeniu szerszy i głębszy wymiar podając, iż na terenie inwestycji zostały odnalezione zwłoki ludzkie, kiedy w rzeczywistości jak wynika z załączonego do zastrzeżeń pisma Zakładu Ochrony Środowiska w Międzyzdrojach, że *„w ramach przeprowadzonych czynności, na terenie posesji dokonano dwudziestu odkrywek gruntowych, wyrównania części terenu w miejscu planowanej rozbudowy oraz częściowej rozbiórki skarpy. W trakcie dokonywanych odwiertów w trzech miejscach natrafiono na pozostałości płyt nagrobnych i pojedyncze kości”*.

Jak wynika z powyższego zaistniała sytuacja miała krótkotrwały charakter, gdyż jak wynika z pisma Zakładu Ochrony Środowiska w Międzyzdrojach rozwiązanie powstałej

sytuacji polegającej na przebadaniu terenu budowy i okolicznej skarpy wraz z przeniesieniem znalezionych części kości na miejsce nowego pochówku na cmentarzu komunalnym w Międzyzdrojach, nastąpiło zaledwie w ciągu kilku dni od unieważnienia postępowania.

W tej sytuacji nie wystąpiły podstawy faktyczne do unieważnienia postępowania w oparciu o wskazaną podstawę prawną. Zamawiający winien był jak wskazuje Prezes UZP w wyniku kontroli Zamawiający *podpisać z Wykonawcą umowę w sprawie przedmiotowego zamówienia, gdyż nie stało bowiem na przeszkodzie, aby plac budowy został przekazany Wykonawcy z chwilą zneutralizowania niewybuchów lub przeprowadzenia ekshumacji, bądź aby do rozminowania terenu lub wykonania ekshumacji doszło już po rozpoczęciu robót budowlanych, w sytuacji faktycznego wykrycie szczątków ludzkich lub niewybuchów przez Wykonawcę. Wskazać należy także na postanowienia projektu umowy, gdzie w treści § 5 pkt 8 wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 8 do SIWZ, wskazano na możliwość, że w razie powstania przeszkód w wykonaniu robót stanowiących przedmiot umowy każda ze stron, w ramach swoich obowiązków, jest obowiązana do usunięcia tych przeszkód po rygorem pokrycia szkód, doznanych z tego powodu przez drugą stronę.* Ponadto Zamawiający w § 14 projektu umowy przewidział możliwość przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy o czas opóźnienia, jeżeli takie opóźnienie jest lub będzie miało wpływ na wykonanie przedmiotu umowy w przypadku m.in. „zawieszenia robót przez zamawiającego”, czy „wykopalisk uniemożliwiających wykonanie robót”.

Nadto wskazać należy, iż Zamawiający w ostateczności mógł także przy porozumieniu z wykonawcą przesunąć termin podpisania umowy, do czasu zakończenia prac przez Zakładu Ochrony Środowiska lub ustalenia zakresu znaleziska. Ustawa Pzp nie wskazuje terminu w jakim umowa Zamawiającego z wykonawcą winna być podpisana, wskazuje tylko minimalne okresy w zależności od wartości zamówienia po upływie których umowa może zostać podpisana.

Reasumując Izba stwierdza, że brak było podstaw do unieważnienia postępowania. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania są wymienione enumeratywnie i mają charakter zamknięty, nie mogą być interpretowane rozszerzająco na sytuacje podobne. Unieważnienie postępowania wymaga od Zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem interesu publicznego, który nie musi być tożsamy z interesem Zamawiającego. Powołując się na przedmiotową przesłankę unieważnienia, Zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania oraz udowodnić jego trwałość. Zamawiający winien udowodnić, iż w zaistniałych okolicznościach faktycznych z których wywodzi podstawę do unieważnienia postępowania brak było możliwości do podjęcia innych alternatywnych czynności, umożliwiających dalsze kontynuowanie postępowania.

Unieważnienie przez Zamawiającego postępowania możliwe jest tylko wtedy, gdy zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, a nie tylko zaistniała możliwość jej wystąpienia.

Mając na względzie powyższe Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....