

Sygn. akt IC 1718/17

UZASADNIENIE WYROKU WSTĘPNEGO Z DNIA 18 czerwca 2018r.

J. D., Ł. K. i M. B. w pozwie przeciwko Gminie M. S. wnieśli o zasądzenie od pozwanego na rzecz każdego z powodów po 25.100 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, zasądzenie zwrotu kosztów procesu oraz o wydanie wyroku wstępnego na podstawie art. 318 § 1 k.p.c. poprzez orzeczenie, że pozwany jest zobowiązany do naprawienia szkody powodom (każdemu z nich z osobna) szkody w postaci utraconych przez powodów korzyści za unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia: Rozbudowa Miejskiego Przedszkola Nr (...), (...).271.10.2017. AS.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie zwrotu kosztów procesu.

Sąd ustalił, co następuje:

W toku postępowania w trybie przetargu nieograniczonego - Rozbudowa Miejskiego Przedszkola Nr (...) , (...).271.10.2017.AS., J. D., Ł. K. i M. B. jako konsorcjum trzech firm złożyli ofertę 4.237.350,00 zł (3.445.000,00 zł netto) – bezsporne.

Zamawiający w dniu 2 marca 2017 r. poinformował, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia w budżecie miasta S. wynosiła 5.247.000,00 zł – bezsporne.

Pismem z dnia 27 marca 2017 r. Zamawiający zwrócił się do powodów z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 30 maja 2017 r. W odpowiedzi, pismem z dnia 30 marca 2017 r. powodowie wyrazili na powyższe zgodę – bezsporne – k. 22-23.

Pismem z dnia 30 maja 2017 r. pozwany powiadomił powodów o unieważnieniu postępowania. W uzasadnieniu wskazano, że Rada Miasta S. uchwałą z dnia 25 maja 2017 r. dokonała zmian w planie wydatków budżetowych przenosząc środki 700.000 zł z zadania „Rozbudowa Miejskiego Przedszkola nr (...)” na zadanie: „uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta S. etap II” – bezsporne. Wskazano też na zmianę wieloletniej prognozy Miasta S. na lata 2017-2027, gdzie zmniejszono o kwotę 4.547.000 zł środki przeznaczone na realizację zadania „Rozbudowa Miejskiego Przedszkola nr (...)” przesuwając je na realizację zadania „uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta S.”. Pozwany podkreślił, że bezpośrednim powodem zmian budżetowych były informacje z (...) o wystąpieniu największego płatnika z unii Europejskiej, które mogą prowadzić do ograniczenia środków w ramach Funduszu w 2020 r. W związku z tymi zmianami mogłoby dojść do niewykorzystania lub niepełnego wykorzystania kwoty dofinansowania wynikającej z umowy z (...) bezsporne – zawiadomienie – k 24.

Z sesji otwarcia ofert z dnia 2 marca 2017 r. wynika, że Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 5.247.000,00 zł. Pismem z dnia 27 marca 2017 r. Zamawiający odrzucił ofertę firmy (...) s.c. A. W.P.. Wobec powyższego, oferta powodów była o ponad jeden milion niższa niż kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację przedmiotowego projektu i jednocześnie była ofertą najkorzystniejszą – bezsporne – informacja z sesji otwarcia ofert – k. 19.

Sąd zważył, co następuje:

Pozwany w odpowiedzi na pozew potwierdził, że powodowie złożyli przedmiotową ofertę oraz to, że była to najkorzystniejsza oferta, po odrzuceniu oferty (...) s.c. Pozwany nie zakwestionował też faktu unieważnienia umowy. Wobec powyższego, jedynym na tym etapie postępowania zadaniem stojącym przed sądem było rozstrzygnięcie czy unieważnienie przedmiotowego postępowania było dopuszczalne i zgodne z przepisami ustawy obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2017.1579 ze zm.).

Zgodnie z art. Art. 93. 1. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3;

2) w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu;

3) w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej albo nie została złożona żadna oferta;

4) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty;

5) w przypadkach, o których mowa w art. 91 ust. 5, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie;

6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;

7) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

1a. Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w:

1) ogłoszeniu o zamówieniu - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej albo

2) zaproszeniu do negocjacji - w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, albo

3) zaproszeniu do składania ofert - w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę.

1b. Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki służące sfinansowaniu zamówień na badania naukowe lub prace rozwojowe, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w:

1) ogłoszeniu o zamówieniu - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej albo

2) zaproszeniu do negocjacji - w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, albo

3) zaproszeniu do składania ofert - w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę.

1c. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, do ceny

najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną dolicza się podatek od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami.

1d. Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu liczba wykonawców, których zamawiający zamierzał zaprosić do składania ofert, ofert wstępnych, dialogu konkurencyjnego albo negocjacji.

2. Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio.

3. O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy:

1) ubiegali się o udzielenie zamówienia - w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert,

2) złożyli oferty - w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

4. W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

5. W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający na wniosek wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia, zawiadamia o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

Dokonując unieważnienia przetargu, pozwane Miasto, jako podstawę powołało art. 93 ust. 1 pkt 4 ww. ustawy, a zatem rozważania należy ograniczyć do tej tylko podstawy prawnej.

Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4, zamawiający unieważnia postępowanie, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (z wyjątkiem sytuacji, gdy zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty). Jak się przyjmuje, przepis ten znajduje zastosowanie w dwóch różnych przypadkach. Przypadek pierwszy to sytuacja, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia cena jest jedynym kryterium oceny ofert. W tym przypadku zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że może on zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty (oferty z najniższą ceną). Przypadek drugi to sytuacja, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia kryteriami oceny ofert są cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia publicznego. W tym przypadku zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. W realiach niniejszej sprawy mamy do czynienia z drugą z powyżej wskazanych sytuacji.

Jak się przyjmuje, co do zasady przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 odnieść należy do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert. Jest to kwota minimalna, gwarantująca przejrzystość postępowania i chroniąca interesy wykonawców. Zamawiający, składając oświadczenie co do kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, zobowiązuje się przyjąć ofertę najkorzystniejszą, pod warunkiem, że zaofferowana cena nie przekroczy podanej przez niego wysokości środków. Jest to bardzo istotna gwarancja legalności działań zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania. Należy przypomnieć, że nowelizacja z 22.06.2016 r. wprowadziła w tym zakresie dodatkowy obowiązek zamawiającego, a mianowicie w ramach niezwłocznego zamieszczania na stronie

internetowej, w oparciu o art. 86 ust. 5 p.z.p., informacji z otwarcia ofert podaje się również kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zasadą wynikającą z art. 93 ust. 1 pkt 4 jest to, że zamawiający nie może unieważnić postępowania na podstawie tego przepisu, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert. Natomiast jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie, chyba że może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

W sprawie, co jest między stronami bezsporne – w dniu otwarcia ofert, na sfinansowanie przedmiotowego projektu przeznaczono 5.247.000,00 zł brutto. Zatem, kwota zaoferowana przez powodów z pewnością tej sumy nie przekraczała. Zresztą, co istotne – nie przekraczała też tej kwoty nawet pomniejszonej o 700.000 zł (w uzasadnieniu stanowiska Miasto poddało, że o tyle przesunięto środki w planie wydatków – k. zawiadomienie o unieważnieniu postępowania – k 24).

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 może nastąpić wtedy, gdy zamawiający przed unieważnieniem postępowania dokona wyboru najkorzystniejszej oferty ale i również przed wyborem najkorzystniejszej oferty, gdy po otwarciu ofert zamawiający stwierdzi, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie będzie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Zatem, dokonanie wyboru oferty nie jest warunkiem koniecznym przy procedurze unieważniania przetargu, a może – tak jak w sprawie niniejszej odbywać się to na etapie jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty.

Jak się przyjmuje, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 jest możliwe ze względu na zmniejszenie się kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jeżeli zmniejszenie to wynika z okoliczności nieprzewidzianych i niezależnych od zamawiającego (zob. wyrok (...) z 8.10.2010 r., KIO/UZP 2091/10, LEX nr 686600). Wobec powyższego zasadniczym było rozważenie czy zmniejszenie kwoty w sprawie niniejszej było skutkiem zewnętrznych, obiektywnych, nieprzewidzianych i niezależnych od zamawiającego okoliczności.

Ubocznie należy wskazać, że w sytuacji zmniejszenia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamawiający powinien zbadać, czy w złożonych ofertach nie występują oczywiste omyłki rachunkowe i inne omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3. W przypadku poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych i innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3, może bowiem wystąpić sytuacja, gdy kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wprawdzie uległa zmniejszeniu ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on wcześniej przewidzieć, ale oferta z najniższą ceną ustaloną po poprawieniu omyłek, nie będzie przewyższać tej kwoty (tak: J.E. N. – w komentarzu do art. 93 ustawy –praw zamówień publicznych – LEX).

Z przeprowadzonych w sprawie dowodów nie wynika, by doszło do utraty środków, na skutek okoliczności zewnętrznych, których zamawiający nie mógł przewidzieć. Pozwany, jako taką okoliczność podał konieczność przesunięcia środków wobec wystąpienia z UE największego płatnika. Jednocześnie jedynym potwierdzeniem jest notatka służbowa z 21 kwietnia 2017r. sporządzona przez Kierownika Referatu Programowania i Finansowania, z powołaniem się na bliżej niedookreślone informacje z (...) (notatka – k 246). Ponadto, co zresztą wie i przyznaje w odpowiedzi na pozew pozwana, w sprawie wystąpienia Wielkiej Brytanii z UE miało miejsce 23 czerwca 2016 r., więc trudno powiedzieć, że na etapie ogłaszania przetargu była to okoliczność nieznaną. Z przedstawionych dokumentów wynika, że możliwość ograniczenia środków na przedmiotowy projekt była tylko hipotetyczna i leżała w sferze bliżej nieokreślonych i niepewnych przypuszczeń. Nie może zatem być mowy o możliwości potraktowania je w kategorii „okoliczności zewnętrznych, niemożliwych do potwierdzenia”. Dodatkowym uzasadnieniem tego stanowiska jest dodatkowo to, że w maju 2018r. ponownie ogłoszono przetarg „Rozbudowa Miejskiego Przedszkola Nr (...)”, zatem

należy wnioskować, że ostatecznie środki na ten cel zostały przeznaczone. Należy też podkreślić, że zmniejszenie tej kwoty i unieważnienie przetargu nastąpiło w ostatnim dniu związania ofertą i to w okresie przedłużenia nią związania, co nastąpiło za zgodą powodów. Powyżej ma znacznie również z punktu widzenia zasad uczciwości i lojalności. Należy bowiem pamiętać, że sama instytucja związania ofertą (w tym przedłużenie tego terminu) służy temu, aby wykonawca, który złoży ofertę, nie mógł się z niej wycofać. W innej sytuacji działania zamawiającego są obdarzone dużą dozą ryzyka, że wybrany wykonawca nie tylko uchyli się od zawarcia umowy, ale także z tego tytułu nie poniesie żadnych materialnych konsekwencji. Zatem, w realiach niniejszej sprawy, instytucja mająca chronić interesy zamawiającego została wykorzystana przeciwko interesom wykonawcy.

Ze względu na zakres wyroku wstępnego, ograniczono uzasadnienie do jego podstaw.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w wyroku wstępnym z dnia 18 czerwca 2018 r.