

WYROK

z dnia 16 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28.06.2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Certyfikacja Infrastruktury Transportu Sp. z o. o., INFRACERT TSI Sp. z o.o., CERTA Sp. z o. o. sp. k., Pl. Solny 16, 50-062 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa.

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołujące Konsorcjum: Certyfikacja Infrastruktury Transportu Sp. z o. o., INFRACERT TSI Sp. z o.o., CERTA Sp. z o. o. sp. k., Pl. Solny 16, 50-062 Wrocław.
3. Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 (osiemnaście tysięcy sześćset) złotych tytułem zwrotu kwoty wpisu i kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2019 poz.730) na niniejszy wyrok- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie.

Przewodniczący.....

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, zwane dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, sektorowego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przeprowadzenie procedury służącej wykazaniu zgodności istniejącej linii kolejowej nr 9 (E65) z podstawowymi parametrami przyjętymi w technicznych specyfikacjach interoperacyjności dla podsystemu „Infrastruktura” oraz „Energia” w oparciu o Zalecenie Komisji z dnia 18 listopada 2014 r. 2014/881/UE (Dz. Urz. UE L 356/520)” (numer ref.: 6060/1LG 7/26231/07577/18/P oraz ILG7g-231-16/2018). Wszczęcie postępowania zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 26.12.2018 r., nr2018/S 248-574787.

Zamawiający w dniu 18.06.2019 r. poinformował wykonawcę Konsorcjum: Certyfikacja Infrastruktury Transportu Sp. z o. o., INFRACERT TSI Sp. z o.o., CERTA Sp. z o. o. sp. k., Pl. Solny 16, 50-062 Wrocław, zwanego dalej „Odwołującym” o unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93. ust. 1 pkt 6 Pzp w zakresie zadań 1, 2, 3, 4, 5 i 6. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż „wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć”.

Od takiej czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez brak zachowania uczciwej konkurencji, polegający na bezpodstawnym unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego, oraz unieważnieniu postępowania na podstawie pozornych okoliczności;
2. art. 91. ust. 1 Pzp, poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego oraz brak dokonania jej wyboru, mimo, że jest to oferta najkorzystniejsza i nie podlega odrzuceniu,
3. art. 93. ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez bezpodstawne zastosowanie przepisu i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo, że nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania,
2. wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że Zamawiający prowadził postępowanie, którego przedmiotem jest przeprowadzenie przez niezależnego rzeczoznawcę procedury służącej wykazaniu zgodności istniejącej linii kolejowej nr 9 (E65) z podstawowymi parametrami przyjętymi w technicznych specyfikacjach interoperacyjności dla podsystemu „Infrastruktura” oraz „Energia” w oparciu o Zalecenie Komisji z dnia 18 listopada 2014 r. 2014/881/UE (Dz. Urz. UE L 356/520) z przyjętymi w TSI dla prędkości 160 km/h. Zamawiający przewidział możliwość przeprowadzenia oceny dla zwiększonej do 200 km/h prędkości ruchu pociągów w związku z wykorzystaniem instytucji prawa opcji”.

Wskazał iż Zamawiający w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania podał, że: „Zamawiający w zakresie Zadań 1, 2, 3, 4, 5 oraz 6 w dniu 08 maja 2019 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - tj. wyboru oferty wykonawcy konsorcjum firm: Certyfikacja Infrastruktury Transportu Sp. z o.o., CERTA Sp. z o.o. sp. k., INFRACERTTSi sp. z o.o. (Konsorcjum). Konsorcjum zaoferowało, w ramach kryterium oceny ofert „Termin realizacji” wykonanie zamówienia w terminie 180 dni od dnia podpisania umowy. Niemniej jednak pomimo dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający w związku z pojawieniem się okoliczności, które nie były mu znane na etapie prowadzenia postępowania, jest obowiązany unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp”,

„Powyższa decyzja jest podyktowana faktem nałożenia przez Ministerstwo Infrastruktury oraz Urząd Transportu Kolejowego na Zamawiającego obowiązku uzyskania zezwoleń na dopuszczenie podsystemów strukturalnych do eksploatacji, niezbędnych dla założenia zwiększenia prędkości ruchu pociągów do 200 km/h. Powyższe zadanie Zamawiający zobowiązany zrealizować już dla rozkładu jazdy 2019/2020 (pierwsza niedziela grudnia 2019 roku)”,

„W przypadku zwiększenia prędkości do 200 km/h czas realizacji zamówienia wzrasta zgodnie z OPZ, o kolejne 60 dni. Innymi słowy - czas wykonania zamówienia przy

założeniach przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji to 240 dni. Tym samym realizacja przedmiotowego zamówienia uniemożliwia wykonanie założeń Ministerstwa oraz

Urzędu Transportu Kolejowego”.

„Podsumowując: czas podstawowego działania niezależnego rzeczoznawcy tj. 180 dni oraz czas realizacji prawa opcji 60 dni + bliżej nieokreślony czas wykonania badań na koszt Zamawiającego dla prędkości do 200 km/h znacząco wykracza po za termin, zgodnie z którym prace mają zostać zrealizowane”,

„W konsekwencji dla realizacji założeń Ministerstwa Infrastruktury oraz Urzędu Transportu Kolejowego Zamawiający jest zobowiązany do zaangażowania jednostki organizacyjnej, spełniającej kryteria określone w art. 22g ustawy o transporcie kolejowym (prawo krajowe), która będzie zobowiązana do podjęcia czynności w zakresie badań i ekspertyz identyfikujących możliwości podwyższenia prędkości na linii kolejowej nr 9 ode. Warszawa Wschodnia - Gdynia Chylonia”,

„Zadaniem tej jednostki organizacyjnej, w tym przypadku, jest przeprowadzenie badań i prób umożliwiających ocenę geometrii linii kolejowej, geometrii sieci trakcyjnej oraz ocenę stanu obiektów inżynierskich, a także weryfikację dokumentów dopuszczających poszczególne budowle i urządzenia dla możliwości eksploatacji z prędkością do 200 km/h (uzyskanych zgodnie z przepisami prawa krajowego)

Podkreślił, że zamawiana usługa dotyczy przeprowadzenia przez uprawniony niezależny podmiot sprawdzenia istniejącej linii kolejowej nr 9 (E65) [Warszawa Wschodnia - Gdynia Chylonia] w zakresie jej interoperacyjności (zgodności) dla poruszania się na tej trasie pociągów z prędkością 160 km/h oraz 200 km/h.

Podał, że z uwagi na wchodzenie ww. linii kolejowej w ciąg europejskiego korytarza transportowego E-65 (sieć TEN-T) Zamawiający jako zarządca sieci zobowiązany jest potwierdzić spełnienie wymagań interoperacyjności. Obowiązek prawny w tym zakresie wynika z rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1315/2013 z dnia 11 grudnia 2013 r. w sprawie unijnych wytycznych dotyczących rozwoju transeuropejskiej sieci transportowej i uchylające decyzję nr 661/2010/UE (Dz. Urz. UE L 348 z 20.12.2013 r., s. 348). Dla takich właśnie sytuacji zostało przyjęte unijne: Zalecenie Komisji 2014/881/UE z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie procedury służącej wykazaniu poziomu zgodności istniejących linii kolejowych z podstawowymi parametrami przyjętymi w technicznych specyfikacjach interoperacyjności (Dz. Urz. UE L 356 z 12.12.2014 r., s. 520). Jednym z wariantów działania w takim przypadku jest zlecenie takiej oceny tzw. „Niezależnemu Rzeczoznawcy”, który oceniając wybrane parametry z TSI potwierdza tym samym interoperacyjność istniejącej linii kolejowej.

Odnosząc się do samej czynności unieważnienia postępowania podał, że celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zniweczenie tego celu może nastąpić wyłącznie w okolicznościach wskazanych w Pzp. Zatem Zamawiający po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia zobowiązany jest, zgodnie z zasadami wynikającymi z Pzp, prowadzić postępowanie, którego finalnym efektem powinno być udzielenie zamówienia wybranemu wykonawcy. Zakończenie postępowania, którego rozstrzygnięcie nie jest możliwe w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty, podlega unieważnieniu na podstawie ustawowych przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 Pzp, mających charakter numerus clausus (katalogu zamkniętego) i nie może podlegać wykładni rozszerzającej, celem zweryfikowania, legalności czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania należy ustalić czy łącznie: 1. wystąpiła istotna zmiana okoliczności, 2. której nie można było wcześniej przewidzieć, 3. powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Wskazał, iż Zamawiający podał, że istotna zmiana okoliczności wystąpiła, bowiem Ministerstwo Infrastruktury oraz Urząd Transportu Kolejowego nałożyły na Zamawiającego obowiązek uzyskania dla rozkładu jazdy 2019/2020 (pierwsza niedziela grudnia 2019 roku) zezwoleń na dopuszczenie podsystemów strukturalnych do eksploatacji, niezbędnych dla założenia zwiększenia prędkości ruchu pociągów do 200 km/h. Zamawiający podnosił przy tym, iż nie mógł wcześniej przewidzieć, iż zamówienie musi zostać zrealizowane szybciej, niż wcześniej zakładał.

W tej materii Odwołujący zauważył, że argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego dla potwierdzenia wystąpienia warunku zawartego w punkcie 1) i 2) powyżej, jest pozorna. Zamawiający nie wyjaśnił, co się zmieniło i dlaczego realizacja zamówienia musi nastąpić do końca tego roku. Nałożenie rzekomych nowych obowiązków, o których mowa w piśmie Zamawiającego nie zostało udowodnione, nadto żaden z przepisów nie stanowi o legitymacji ustawowej ww. podmiotów do wydawania Zamawiającemu poleceń w zakresie objętym zamówieniem. Nadto należy uznać na podstawie argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego nałożenie obowiązku przez Ministerstwo Infrastruktury oraz Urząd Transportu Kolejowego można oceniać wyłącznie w kategorii „pilności”, ale nie „istotności”. Niezrozumiała jest przy tym argumentacja Zamawiającego w zakresie „bliżej nieokreślonego czasu wykonania badań”. Odwołujący uważa, że skoro realizacja zamówienia wymaga współdziałania ze strony Zamawiającego w zakresie wykonania niezbędnych badań, a Zamawiający nie wie ile czasu potrzebuje na ich wykonanie, to okoliczność ta nie zmieni się nawet w przypadku wszczęcia nowego postępowania i wyboru nowego wykonawcy.

W uzasadnieniu pkt 3 ww. wymagań dla możliwości unieważnienia postępowania z

przywołanej podstawy prawnej podniósł, że pojęcie interesu publicznego nie zostało zdefiniowane ani w Pzp, ani w żadnym innym akcie prawa. Wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w orzecznictwie przyjmuje się powszechnie rozumienie tego pojęcia wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96), w której uznano, że 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". Wskazał także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2008 r., sygn.: KIO/UZP 262/08, gdzie Izba orzekła, iż „Interes publiczny jest to potrzeba ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców charakteryzującej się jakąś wspólną cechą np.: koniecznością dojazdu do miejsca pracy. Czyli interes publiczny to nie potrzeba jednostki czy mniejszości w jakiejś zorganizowanej grupie osób, tylko potrzeba ogółu".

Podał, iż Zamawiający planuje zatem ogłosić nowy przetarg, na nowych zasadach tj. z krótszym terminem realizacji i przy zastosowaniu procedury weryfikacyjnej przeprowadzonej przez jednostkę o której mowa w art. 22g ustawy o transporcie kolejowym, a nie norm europejskich. Cel zamówienia ma być zatem taki sam, ale sposób realizacji tego celu ma być inny. Powyższe stwierdzenia zdaniem Odwołującego potwierdza, iż Zamawiający uznaje wykonanie zamówienia za celowe i w interesie publicznym, zatem okoliczność podniesiona w piśmie o unieważnieniu postępowania jest całkowicie pozorna. Natomiast wada powodująca unieważnienie postępowania powinna mieć charakter obiektywny i nieprzewidywalny. Nie może być zatem uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron.

Podkreślił, iż Zamawiający wszczął postępowanie publikując ogłoszenie o zamówieniu w dniu 27.12.2018 r. Wszczęcie postępowania poprzedzone było procedurą dialogu technicznego, prowadzoną od 31 sierpnia 2018 r. do 21 grudnia 2018 r. (numer dialogu technicznego ogłoszonego na <https://zamowieniaz.plk-sa.pl:6060/IL69/000002/18/D>). Zakładać zatem należy, że przeprowadzony przed ogłoszeniem zamówienia dialog techniczny prowadzony był zasadniczo w celu, który miał umożliwić po stronie Zamawiającego zidentyfikowanie wszystkich istotnych przesłanek niezbędnych do właściwego przeprowadzenia postępowania przetargowego. Niezrozumiałe jest zatem dlaczego Zamawiający po przeprowadzeniu pełnego postępowania (które trwało 6 miesięcy) i wyborze wykonawcy, postanawia je unieważnić i przeprowadzić nowe - mimo, że przecież przygotowania postępowania rozpoczęły się już 31 sierpnia 2018 r. Zakończenie z sukcesem postępowania przetargowego zależne jest od wielu czynników, jednakże to Zamawiający jako gospodarz postępowania ma największy wpływ na dynamikę jego przeprowadzenia.

Odwołujący zauważył, iż skoro Zamawiający potrzebował pół roku na przeprowadzenie postępowania to zupełnie nielogiczna jest argumentacja o konieczności wszczęcia nowego postępowania celem wykonania zamówienia do końca tego roku. Nie sposób nie zauważyć, iż uzasadnienie zawarte w piśmie o unieważnieniu postępowania to szereg ewentualności, bowiem Zamawiający nie może mieć pewności ile czasu będzie trwało nowe postępowanie, czy zostanie wyłoniony wykonawca, a jeśli tak to, czy realizacja zamówienia nastąpi w terminie tj. do końca tego roku. Podsumowując, pewność osiągnięcia celów Zamawiającego - przy przeprowadzeniu nowej procedury - jest obciążona dużo większym poziomem ryzyka, niż sytuacja w której nie tak dawno znajdował się Zamawiający tj. miał wybranego wykonawcę, który był gotów podpisać umowę oraz rozpocząć realizację zamówienia.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego o potrzebie wszczęcia nowego postępowania, iż zakładane przez Zamawiającego zlecenie badań jednostce, o której mowa w art. 22g ustawy o transporcie kolejowym będzie nieuprawnione w zakresie przedmiotowym. Wyjaśnić należy w tym miejscu różnicę pomiędzy poszczególnymi jednostkami:

a) Jednostka notyfikowana (która zgodnie z zaleceniem 2014/881 pełnić może również objętą zakresem przedmiotowego Zamówienia funkcję „niezależnego rzeczoznawcy”), dokonuje oceny zgodności inwestycji podlegającej modernizacji/odnowieniu na zgodność z TSI (Technicznymi Specyfikacjami Interoperacyjności) na tzw. poziomie podsystemu - czyli w odniesieniu do całości inwestycji. W przypadku działania jako „niezależny rzeczoznawca”, działanie jest analogiczne, z tym zastrzeżeniem, że dotyczy tylko wybranych parametrów z TSI i dotyczy istniejącej linii kolejowej. Jednak również w tym przypadku ocena dokonywana jest na tzw. poziomie podsystemu, zatem dotyczy całego zakresu inwestycji/linii kolejowej. Co szczególnie istotne, jednostka notyfikowana sprawdza wymagania TSI (działa zatem, co do zasady, głównie na poziomie przepisów europejskich).

b) Jednostka, o której mowa w art. 22g ustawy o transporcie kolejowym prowadzi natomiast ocenę w odniesieniu do konkretnej budowli czy urządzenia kolejowego (np. rozjazdów, sygnalizatora kolejowego, urządzenia systemu sygnalizacji przejazdowej). W

praktyce jeżeli dany producent danego rozjazdu, czy sygnalizatora kolejowego chce wprowadzić na rynek nowy typ (nowe rozwiązanie techniczne), zgłasza się do jednostki, o której mowa w art. 22g o ocenę takiego rozwiązania. Jednostka, o której mowa w art. 22g nie ma jednak żadnych uprawnień do dokonywania oceny całości inwestycji (czyli działania na tzw. poziomie podsystemu). Jednostka, o której mowa w art. 22g bada konkretne (pojedyncze) typy budowli urządzeń z punktu widzenia krajowych wymagań technicznych. Jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 22g ustawy o transporcie kolejowym, działając w ww. trybie nie ma kompetencji do dokonywania jakiejkolwiek oceny na poziomie podsystemu (całej inwestycji), bo może prowadzić badania techniczne tylko na potrzeby konkretnego (pojedynczego) typu budowli czy urządzenia (jak np. rozjazd kolejowy, czy sygnalizator kolejowy). Podkreślił, że ocena samych urządzeń i budowli w żadnym przypadku nie może zastępować oceny parametrów podstawowych podsystemu przez jednostkę notyfikowaną, ponieważ ocena budowli i urządzeń na danej linii to nie ocena podsystemu na danej linii (charakterystyki podsystemu biorą pod uwagę powiązania i zależności nie tylko pomiędzy samymi wyrobami, ale też inne właściwości, jak np. przywołana geometria linii kolejowej).

Zwrócił uwagę na treść stanowiska Zamawiającego, gdzie Zamawiający wskazuje, iż Zwiększenie prędkości ruchu pociągów do 200 km/h wiąże się z przejściem z wymagań dla systemu kolei konwencjonalnej do wymagań dla systemu kolei dużych prędkości, co uwarunkowane jest koniecznością wykonania dodatkowych prac, w tym o charakterze modernizacyjnym oraz badań i sprawdzeń, w celu wykazania zgodności parametrów linii kolejowej z wymaganiami określonymi w Technicznych Wymaganiach Interoperacyjności (TSI). W tym kontekście informacja w zakresie chęci zaangażowania jednostki organizacyjnej, o której mowa w art. 22g ustawy stoi w zupełnej sprzeczności z deklarowanymi założeniami Zamawiającego, z uwagi na fakt, iż do oceny TSI (wymagań europejskich) dedykowana jest jednostka notyfikowana (działająca również jako „niezależny rzeczoznawca”). Jednostka, o której mowa w art. 22g ustawy o transporcie kolejowym oceniać może tylko konkretne (pojedyncze) typy budowli i urządzeń i tylko na poziomie krajowych wymagań technicznych.

Deklarowana przez Zamawiającego konieczność zaangażowania jednostki, o której mowa w art. 22g jest również zupełnie nieuzasadniona w kontekście celu, który jest deklarowanym przez Zamawiającego domniemanym powodem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (tj. uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji dla 200 km/h do pierwszej niedzieli grudnia 2019 r.). Postępowanie o uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji dla podsystemu strukturalnego (czyli w praktyce zakresu danej inwestycji kolejowej) uregulowane zostało w art. 25e ustawy o transporcie kolejowym. Możliwe są w tym zakresie dwa tryby:

1. Tzw. tryb europejski (standardowy) - art. 25e ust. 3 ustawy o transporcie kolejowym, w którym ocena inwestycji na zgodność z TSI dokonywana jest przez zaangażowaną przez wykonawcę inwestycji lub zarządcą infrastruktury (Zamawiającego) jednostkę notyfikowaną,
2. Tzw. tryb krajowy - art. 25e ust. 3a ustawy o transporcie kolejowym, w którym nie ma konieczności zaangażowania jednostki notyfikowanej i zakres wymaganych załączników do składanego do Prezesa UTK wniosku o zezwolenie, został ograniczony. Co, jednak szczególnie istotne również w tym „uproszczonym” trybie konieczne jest wykazanie przez wnioskodawcę przesłanki, o której mowa w art. 25e ust. 1a pkt 1, tj. że podsystem (czyli inwestycja objęta wnioskiem o zezwolenie) jest zbudowana i zainstalowana w taki sposób, że spełnia zasadnicze wymagania dotyczące interoperacyjności systemu kolei oraz jest zapewniona jego zgodność z istniejącym systemem kolei, w skład którego wchodzi.

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie zakładał zaangażowania jednostki notyfikowanej (s. 23 Informacji z 18 czerwca 2019 r.), procedurą umożliwiającą spełnienie wskazanej wyżej przesłanki w ramach tzw. trybu krajowego miało być przeprowadzenie przez Niezależnego Rzeczoznawcę oceny inwestycji z punktu widzenia znajdujących zastosowania zasadniczych wymagań interoperacyjności (co było uzasadnionym prawnie przedmiotem postępowania przetargowego prowadzonego przez Zamawiającego). Natomiast w przypadku podniesienia prędkości eksploatacyjnej na linii do 200 km/h ewidentnie zachodzi przesłanka wystąpienia tzw. „modernizacji”-którą ustawa o transporcie kolejowym definiuje jako: większe prace modyfikacyjne wykonywane w podsystemie lub w jego części, poprawiające całkowite osiągi podsystemu (art. 4 pkt 43 ustawy o transporcie kolejowym). W przypadku modernizacji, w standardowym trybie proceduralnym powinno zostać najpierw przeprowadzone przed

Prezesem UTK (na wniosek Zamawiającego) postępowanie w trybie art. 25k ust. 2 i ust. 4 (ustawowy czas postępowania administracyjnego - 4 miesiące od złożenia wniosku). W przypadku wydania w tym postępowaniu decyzji określającej obowiązek uzyskania zezwolenia (co biorąc pod uwagę praktykę administracyjną Prezesa UTK, byłoby wysoce prawdopodobne), powinna zostać następnie zlecona przez Zamawiającego i przeprowadzona przez Jednostkę Notyfikowaną weryfikacja WE, czyli ocena na zgodność z

TŚI. Weryfikacja WE przeprowadzona przez Jednostkę Notyfikowaną dotyczyłaby w tym zakresie zakresu modernizacji (tj. prac związanych z planowanym podniesieniem prędkości od 160 km/h do 200 km/h). Dopiero po zakończeniu oceny przez Jednostkę Notyfikowaną (standardowo trwa ona przynajmniej kilka miesięcy), mógłby zostać złożony wniosek o wydanie zezwolenia dla tego zakresu prac (tj. podniesienia prędkości od 160 km/h do 200 km/h na linii kolejowej nr 9). Postępowania o wydanie zezwolenia przed Prezesem UTK trwa również przynajmniej kilka miesięcy. Zatem w ocenie Odwołującego - niezależnie od przyjętej procedury - uzyskanie przez Zamawiającego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji dla zakresu prędkości od 160 km/h do 200 km/h do 1 grudnia 2019 r. jest mało prawdopodobne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniosł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Dodał, że podtrzymuje stanowisko, że z uwagi na okoliczności opisane w decyzji o unieważnieniu postępowania, zaistniały przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zamawiający wskazał, że zarzut rzekomego pozornego działania Zamawiającego stanowi subiektywną ocenę Odwołującego. Odwołujący poza przedstawieniem argumentacji własnej, w tym dokonania autorskiej interpretacji przepisów utk., nie przedstawił żadnych dowodów lub nie powołuje się na konkretne okoliczności, które mogłyby potwierdzać wywodzone przez niego stwierdzenia. To na Odwołującym ciąży, zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego, obowiązek udowodnienia zasadności stawianych w odwołaniu zarzutów.

Odnosząc się do pkt II uzasadnienia odwołania dotyczącego przedmiotu zamówienia Zamawiający podał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi polegającej na przeprowadzeniu przez Wykonawcę, czynności polegających na ocenie, czy linia kolejowa nr 9 [E65] Warszawa Wschodnia - Gdynia Chylonia, spełnia zasadnicze wymagania dotyczące interoperacyjności kolei poprzez wykazanie zgodności jej parametrów z określonymi w TŚI dla prędkości 160 km/h. w opcji. miejscowo, do 200 km/h.

Przedmiotowe zadania określone w przedmiocie zamówienia miały charakter pilotażowy i nigdy wcześniej nie były realizowane przez Zamawiającego, jako narodowego zarządcę infrastruktury kolejowej. Z uwagi na publikację Zalecenia Komisji z dnia 18 listopada 2014 r. 2014/881/UE (Dz. Urz. UE L 356/520, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. już w 2017 r. rozpoczęła prace przygotowawcze mające na celu wdrożenie możliwości oceny istniejącej infrastruktury kolejowej zgodnie z ww. przepisem, jako pierwszy odcinek przeznaczony do oceny, wykazania zgodności z podstawowymi parametrami przyjętymi w technicznych specyfikacjach interoperacyjności dla podsystemu „infrastruktura” oraz „Energia” zakwalifikowano istniejącą linię kolejową nr 9 (E65). Założono, że prędkość na wybranych odcinkach tej linii może wynosić powyżej 160 km/h (pkt. 5 zał. nr 1 do SIWZ).

Odnosząc się do kolejnego pkt uzasadnienia odwołania dotyczącego kwestii, czy w przedmiotowym stanie faktycznym nastąpiła zmiany okoliczności, której nie było wcześniej przewidziane, wskazał, że według Zamawiającego Odwołujący konsekwentnie formułuje tezę, że czynności Zamawiającego mają charakter, pozorny, jednocześnie nie precyzując jaka rzekomo jest, rzeczywista, faktyczną intencją Zamawiającego. Odnosząc się do braku „udowodnienia” nałożenia na Zamawiającego nowych obowiązków wskazał, że art. 92 Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku przedstawienia w uzasadnieniu unieważnienia postępowania dowodów, ale wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających podstawy podjętej decyzji. Odwołujący nie określił zarzutu względem samego brzmienia ww. uzasadnienia i tym samym argumentacja w tym zakresie winna zatem zostać uznana za bezpodstawną.

Zamawiający podkreślił, że wszczął przedmiotowe postępowanie (w dobrej wierze) z zamiarem wyłonienia wykonawcy, z którym zostałaby podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego, Jak zauważył sam Odwołujący Zamawiający przeprowadził w tym celu m.in. dialog techniczny na potrzeby pozyskania z rynku informacji na temat technicznych kwestii wykonania zamówienia, jak również oceny możliwości podmiotów działających na rynku dla realizacji inwestycji. Zamawiający - co potwierdza należytą staranność w przygotowaniu dokumentacji przetargowej - przewidział w umowie warianty wykonania zamówienia, w tym również możliwość podniesienia prędkości ruchu pociągów do 200 km/h, o czym mowa powyżej.

Ponadto, w dokumentacji wzięto również pod uwagę konieczność uzupełnienia posiadanej dokumentacji i dokumentów, w tym świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu zabudowanych na tej linii kolejowej budowli i urządzeń. Znalazło to odzwierciedlenie w pkt 5 zał. nr 1 do SIWZ, gdzie ustalono, że Wykonawca jest zobowiązany realizować przedmiot zamówienia w ścisłej współpracy z wykonawcami innych zamówień realizowanych przez Zamawiającego i innymi podmiotami na linii będącej przedmiotem niniejszego Zamówienia, Zasady współpracy z wykonawcami innych zamówień rozstrzyga Zamawiający a Wykonawca ma prawo zwrócić się do Zamawiającego o wiążące pisemne instrukcje w tym zakresie, przy czym zwłoka Zamawiającego wydłuża termin realizacji zamówienia o czas potrzebny na odpowiedź.

Podał, że Zamawiający - z uwagi na bezprecedensowy charakter zamówienia - zarówno w toku przygotowania postępowania, jak i w trakcie jego trwania, prowadził rozmowy i konsultacje z Ministerstwem Infrastruktury oraz Urzędem Transportu Kolejowego, gdzie ww. organy nie wskazywały wytycznych co do czasu wykonania zamówienia. Zatem, Zamawiający przyjął, że wiążące są terminy wskazane w ww. Zaleceniach.

Niemniej jednak w dniu 7 maja 2019 r. odbyło się spotkanie z Ministerstwem Infrastruktury, podczas którego Zamawiający otrzymał polecenie realizacji zamówienia do końca 2019 r. Powyższe, jak wynika z otrzymanych od Ministerstwa informacji, podyktowane faktem zrewidowania założeń planu wykonania poszczególnych inwestycji kolejowych, Ww. okoliczność nie była wcześniej znana Zamawiającemu.

Zamawiający jest związany działaniami Ministerstwa Infrastruktury, co wynika wprost z ustawy z dnia 8 września 2000 r. o komercjalizacji i restrukturyzacji przedsiębiorstwa państwowego "Polskie Koleje Państwowe" czy też ustawy z dnia 16 grudnia 2005 r. o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego (Dz. U. z dnia 30 grudnia 2005 r.). W świetle powyższego ww. polecenie jest wiążące dla Zamawiającego.

Zatem, zmiana koncepcji wykonania zamówienia przez Ministerstwo winna być poczytana jako istotna zmiana okoliczności, a Zamawiający nie miał możliwości przewidzenia jej wystąpienia.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego podanego w uzasadnieniu odwołania, iż Zamawiający nie wie ile czasu potrzebuje na ich wykonanie i Okoliczność ta nie zmieni się nawet w przypadku wszczęcia nowego postępowania i wyboru nowego wykonawcy, Zamawiający pragnie wskazać, że po zrewidowaniu aktualnych potrzeb Zamawiającego oraz oczekiwań ww. organów na potrzeby nowego postępowania wprowadzi mechanizmy umożliwiające skrócenie czasu wykonania badań (np. poprzez określenie sztywnych terminów wykonania poszczególnych prac dostosowanych do wymogów Ministerstwa). Zgodnie z wytycznymi Ministerstwa Infrastruktury (w zakresie konieczności umożliwienia ruchu z prędkością do 200 km/h do końca 2019 roku, z uwagi na krótki termin przewidziany na realizację zadania), a przede wszystkim wytyczne Urzędu Transportu Kolejowego (wskazujące na konieczność uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemów strukturalnych) bezzasadna stała się ocena zgodności przedmiotowej linii kolejowej z podstawowymi parametrami przyjętymi w technicznych specyfikacjach interoperacyjności. Ponadto, procedura uzyskania ww. zezwoleń odbędzie się w trybie art. 25e ust 3a ustawy o transporcie kolejowym, czyli w tzw. trybie krajowym, gdzie zezwolenie wydawane jest na podstawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu dla poszczególnych urządzeń i budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego.

Stwierdził, że z uwagi na fakt, że wzór umowy dla niniejszego postępowania nie przewiduje możliwości wyłączenia z przedmiotu zamówienia ww. zakresu prac, jak również zmiany terminu wykonania poszczególnych etapów, nie jest możliwym konwalidowanie zaistniałych okoliczności poprzez podpisanie aneksu do umowy z Odwołującym, jedyna możliwością wywiązania się z założeń Ministerstwa jest zatem udzielenie nowego zamówienia, które będzie uwzględniać wytyczne Ministerstwa.

Odnosząc się do zaistnienia przesłanki interesu publicznego jako podstawy unieważnienia postępowania podał, że Zamawiający analizując przesłankę interesu publicznego w dalszej realizacji inwestycji miał przede wszystkim na względzie wyroki sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej wydanych w analogicznych stanach faktycznych w których był stroną postępowania odwoławczego!). Izba uznała, że dalsze procedowanie postępowania o udzielenie zamówienia (finansowanego ze środków publicznych), które finalnie nie przyczyni się do polepszenia jakości infrastruktury kolejowej (gdyż już wcześniej zostanie wykonane w ramach innej umowy) oraz które będzie prowadzić do podwójnego zakupu tego samego zakresu zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Interes publiczny w tym zakresie winien być rozumiany jako brak konieczności podwójnego wydatkowania środków związanych z udzieleniem przedmiotowego zamówienia (którego realizacja jest zbędna w świetle ww. założeń). Środki przeznaczone na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia (środki z budżetu Państwa) mogą zostać wykorzystane na potrzeby innych inwestycji związanych z poprawą jakości infrastruktury kolejowej w Polsce. Podkreślił, że brak unieważnienia postępowania przetargowego na realizację usługi stanowiłby pozyskanie, dokumentów, w bliżej nieokreślonym czasie, na podstawie których w dalszej konsekwencji, zgodnie z wytycznymi Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, a także zapisami ustawy o transporcie kolejowym niemożliwe byłoby uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemów strukturalnych. Tym samym niemożliwe stałoby się dotrzymanie terminu podniesienia prędkości. Wskazanego

przez Ministerstwo Infrastruktury, na grudzień 2019 r. w celu zapewnienia komfortu jazdy podróżnych a także zwiększenia przepustowości na linii kolejowej nr 9.

Wskazał także na kilka orzeczeń KIO i Sądu Okręgowego, które zdaniem Zamawiającego uzasadniają podjętą przez niego czynność o unieważnieniu postępowania.

Odnosząc się do wątpliwości Odwołującego co do możliwości przygotowania i przeprowadzenia nowego postępowania tak, aby uzyskać stosowne dokumenty niezbędne do wprowadzenia od m-ca grudnia 2019 roku możliwości poruszania się pociągów na trasie Warszawa - Trójmiasto z prędkością do 200 km/h podał, że zgodnie z treścią oferty przetargowej, Zamawiający zobowiązany był do przekazania niezależnemu rzeczoznawcy kompletu dokumentów wskazanych w p. 2.2.3 Zaleceń Komisji 2G14/881/UB. Konieczne jest także dołączenie dokumentów potwierdzających dopuszczenie do eksploatacji poszczególnych urządzeń i budowli zainstalowanych na linii kolejowej nr 9. Na ich podstawie Wykonawca zobowiązany jest potwierdzić spełnienie zasadniczych wymagań dotyczących interoperacyjności kolei.

Podniesienie prędkości do 200 km/h wymaga przeprowadzenia szeregu prac na linii kolejowej nr 9, np. podbicia toru. Konieczne jest także, zgodnie z informacją przedstawioną powyżej, uzyskanie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu dla poszczególnych urządzeń i budowli dla prędkości 200 km/h. Wszystkie przeprowadzone zabiegi wymagają wykonania odpowiednich badań przez jednostkę do tego uprawnioną, zgodnie z trybem art. 22g ustawy o transporcie kolejowym. Na podstawie uzyskanych, w ramach ww. czynności, dokumentów, zostaną złożone do Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego wnioski, zgodnie z art. 25e, ust. 3a, o wydanie zezwoleń dla podsystemu strukturalnego Energia oraz Infrastruktura. Produktem zamówienia, którego dotyczy przedmiotowe odwołanie są, zgodnie z Zaleceniami Komisji 2014/881./UE, świadectwa wykazania zgodności istniejącej infrastruktury z podstawowymi parametrami określonymi we właściwej TS1. Dokumenty te nie mogą stanowić podstawy, zgodnie z art. 25e, ust. 3 w powiązaniu z art. 25e, ust 2 ustawy o transporcie kolejowym, ubiegania się o zezwolenie na dopuszczenie podsystemów strukturalnych do eksploatacji. Wobec powyższego bezzasadna jest realizacja zadania, którego efekty (dokumenty przygotowane przez wyłonionego Wykonawcę) nie będą potrzebne. Reasumując podkreślił, że wydatkowanie funduszy publicznych na realizację zadania, którego produkty nie będą potrzebne, tzn. nie będą wykorzystane do uzyskania narzuconego celu, jest niezgodne z przepisami prawa.

Wskazany do osiągnięcia cel tj., możliwość prowadzenia (od rozkładu 2019/2020) ruchu na linii kolejowej nr 9 z prędkością do 200 km/h jest- wbrew twierdzeniom Odwołującego - możliwy do osiągnięcia. Od połowy maja trwają prace realizowane przez Spółki zależne od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Przeprowadzono analizę posiadanej dokumentacji i określono konieczne do przeprowadzenia próby i testy, a także wyspecyfikowano konieczne do weryfikacji świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu. Wszystkie te zadania, zgodnie z założeniami, mają zakończyć się w październiku 2019 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie, biorąc pod uwagę treść podniesionych zarzutów okazało się zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba uznała, że Odwołujący wnosząc odwołanie wykazał spełnienie przesłanek interesu, o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.,

Niewątpliwie stwierdzić należy, że podstawową kwestią do oceny Izby jest spór pomiędzy stronami skupiający się na kwestii, czy w stanie faktycznym sprawy zaistniały po stronie Zamawiającego przesłanki, umożliwiające unieważnienie postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp tj. że wystąpiły przesłanki do unieważnienia postępowania z tego powodu, iż 1) wystąpiła istotna zmiana okoliczności, powodująca, że 2) prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, 3) czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Przed merytoryczną oceną zasadności czynności Zamawiającego o unieważnieniu postępowania wskazać należy, że Zamawiający może unieważnić postępowanie w sprawie

zamówienia publicznego tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie Pzp. Zamknięty katalog nie daje możliwości unieważnienia postępowania na podstawie subiektywnej oceny Zamawiającego. Katalog przesłanek z art. 93 ustawy - Prawo zamówień publicznych jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania (wyrok SO w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r. sygn. IV Ca 831/10). Nie ulega wątpliwości, iż do dokonania czynności z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek.

Obowiązująca na gruncie prawa zamówień publicznych zasada celowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nakazuje zamawiającemu zakończyć postępowanie poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcie pisemnej umowy w sprawie zamówienia. Tylko w wyjątkowych wypadkach, ściśle określonych w art. 93 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zamawiający ma możliwość unieważnienia postępowania. Regulacja ustawowa zawarta w art. 93 Pzp pełni wobec tego funkcję gwarancyjną dla ochrony rynku zamówień, zmierzając do zapewnienia braku uznaniowości w działaniu zamawiającego w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania. Ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest porównywane w orzecznictwie KIO jak i sądów ze złożeniem przyrzeczenia publicznego, o którym mowa w art. 919 § 1 kc - ze wskazaniem, że przyrzeczenia tego należy dotrzymać.

Równocześnie wskazać należy, że unieważnienie postępowania, czyli rezygnacja z przygotowywanego zamówienia publicznego, nie jest przywilejem, lecz także obowiązkiem zamawiającego, powstającym w okolicznościach ściśle określonych przez ustawę - Prawo zamówień publicznych. Tym samym jeśli w postępowaniu ziszcza się przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania, to Zamawiający winien to bezwzględnie uczynić. Podkreślenia wymaga, że zamawiający wszczyna i prowadzi postępowanie w pewnych znanych mu w danym momencie uwarunkowaniach i z założoną koncepcją realizacji zadań. Zdarzenia, które powodują zmianę sposobu lub zakresu wykonywanych zadań mogą stanowić o wystąpieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Wskazując na istotne okoliczności stanu faktycznego sprawy podkreślić należy, że w przedmiotowej sprawie podstawę do unieważnienia postępowania Zamawiający wywodzi z ustaleń dokonanych w trakcie spotkania w Ministerstwie Infrastruktury w dniu 7 maja 2019 roku, z którego to spotkania została sporządzona notatka służbowa. Odnosząc się do treści przedmiotowej notatki będącej de facto podstawą do unieważnienia postępowania wskazać należy, że dokument ten nie został sporządzony w sposób jednoznacznie potwierdzający podjęte w trakcie narady ustalenia. Przykładowo nie zawiera daty jego sporządzenia, nie zawiera żadnego potwierdzenia (dowodu), że uczestniczyły w nim wskazane osoby, a przede wszystkim, po pierwsze, nie zawiera jakiegokolwiek adnotacji nakazującej Zamawiającemu realizację ustaleń które z tej notatki wywodzi Zamawiający, a po drugie, nie zawiera jakiegokolwiek decyzji co do dalszego toku prowadzonego już w tej dacie przedmiotowego postępowania. Dokument w postaci notatki służbowej dotyczący spotkania na szczeblu rządowym jest niewątpliwie specyficznym aktem administracyjnym, w którym jednak, biorąc pod uwagę zawartą tam treść nie był związany żaden nakaz określonego zachowania się Zamawiającego wobec toczącego się przedmiotowego postępowania - brak jakiegokolwiek wzmianki w tym zakresie. Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że nastąpiła tylko zmiana koncepcji wykonania zamówienia przez Ministerstwo.

Osią sporu w sprawie pomiędzy stronami była przede wszystkim kwestia wykazania zaistnienia/bądź nie, przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Odnosząc się do pierwszej przesłanki dotyczącej wystąpienia istotnej okoliczności w sprawie wskazać należy, że Zamawiający wskazywał, iż powodem unieważnienia postępowania jest nałożony na Zamawiającego obowiązek przeprowadzenia czynności remontowych oraz sporządzenia dokumentacji tak, aby o grudniowego rozkładu jazdy 2019/2020 na linii 9 pociągi mogły poruszać się z prędkością do 200 km/h. Natomiast Odwołujący podnosił, że zakres przedmiotowego postępowania i tego, które zamierza ogłosić Zamawiający, jest praktycznie taka sama, a różnica polega tylko na terminie realizacji zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu całość czynności wykonawcy wraz z prawem opcji nastąpiłaby do końca marca 2020 roku, a Zamawiający oczekuje, aby prace zostały ukończone do grudnia 2019 roku. Odwołujący nadto podnosił, iż wybrane konsorcjum jest w stanie takie zamówienie w oczekiwanym przez Zamawiającego terminie wykonać, lecz dotychczas Zamawiający z Odwołującym żadnych rozmów czy uzgodnień w tym zakresie nie podjął.

Wskazać należy także na stanowisko Zamawiającego, iż nie jest możliwa realizacja tego zmienionego postępowania, które Zamawiający zamierza ogłosić, gdyż stoją temu na przeszkodzie ustalone w projekcie umowy terminy realizacji poszczególnych faz, czy opcji zamówienia.

Izba zauważyła, że w przepisach Pzp jak również w projekcie umowy, brak jest zakazu, aby wykonawca zrealizował zamówienie przed terminem, chyba, że dana usługa czy dostawa winna być wykonana w konkretnie wskazanej dacie.

Izba wskazuje, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia istotnej zmiany okoliczności w rozumieniu przepisów art. 93 ust. 1 pkt 6. W doktrynie wskazuje się, że dla zastosowania powołanego przepisu należy stwierdzić po pierwsze, że zmiana faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Za wyrokiem Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie (IV Ca 527/11) wskazać należy, że zmiana okoliczności, o której mowa w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp musi mieć charakter zewnętrzny względem Zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego Zamawiającego - zmiana taka może wynikać np. z aktu prawnego wiążącego Zamawiającego i stanowiącego źródło prawa. Natomiast niewątpliwie dokument, na który powołał się Zamawiający nie stanowi źródła prawa i nie ma charakteru zobowiązującego Zamawiającego do odwołania przetargu. Nadto, zdaniem Izby treść notatki była też zmianą zależną od Zamawiającego, gdyż uczestniczył on w spotkaniu zorganizowanym w dniu 9 maja 2019 roku i prezentował na nim wariant koncepcji modernizacji linii. Z notatki nie wynikają jakiegokolwiek informacje, że realizacja ustaleń z dnia 9 maja 2019 roku będzie się wiązać z potrzebą unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W tym stanie faktycznym zasadnym jest przywołanie stanowiska Sądu, który w bardzo podobnym stanie faktycznym, w wyroku z dnia 19 września 2014 r. sygn. akt V Ca 2123/14 uznał, że „Istotna zmiana okoliczności, o której mowa w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych to w przekonaniu Sądu Okręgowego okoliczność zewnętrzna, a nie wykreowana przez jedną ze stron. Ponadto musi być to zmiana rzeczywistości, faktów, a nie jedynie planów czy rozpoczęcie prac nad wdrożeniem koncepcji, co ma również charakter deklaracji politycznej i nie ma pewności, że nie ulegnie kolejnej zmianie. Zauważyć też należy, że autorem obecnie obowiązującego rozwiązania także jest Skarb Państwa, co wyklucza możliwość powołania się na zmianę okoliczności, która spowodowana jest niczym innym, jak tylko własnym działaniem”.

Sam Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że zmiana koncepcji wykonania zamówienia przez Ministerstwo winna być poczytana jako istotna zmiana okoliczności, a Zamawiający nie miał możliwości przewidzenia jej wystąpienia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznaje, iż w sprawie nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności stanowiąca jedną z przesłanek możliwości unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Z powyższego stanowiska Zamawiającego zasadnym jest wywiedzenie tylko wniosku iż Zamawiający wykonując dyspozycje Ministerstwa „planuję”, „zamierza” prowadzić działania w celu uruchomienia linii wysokich prędkości na linii nr 9.

W zakresie wystąpienia kolejnej przesłanki z ww. przepisu tj. jest wykazania, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, wskazać należy, że samo pojęcie interesu publicznego jest nieostre, a pojmowanie go tylko w odniesieniu do kryterium ekonomicznego jest zbyt wąskie. Za stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego (artykuł „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, Zam. Publ. Dor. 2014/3/36-46, uchwała TK z dnia 12 marca 1997 roku, sygn. akt W/96): wskazać należy, że „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. Tym samym nie należy utożsamiać interesu publicznego z interesem zamawiającego. W każdym przypadku zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania.” Wskazać należy, że Zamawiający wystąpienie przesłanki interesu publicznego wskazywał, po pierwsze, na brak potrzeby sfinansowania obecnego zamówienia - kwota około 3,5 ml, złotych oraz korzyści dla podróżnych korzystających z pociągów Pendolino na trasie Warszawa - Trójmiasto po modyfikacji linii.

Nawiązując do sytuacji ekonomicznej Zamawiającego związane z ograniczeniem określonych wydatków Izba, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 22 września 2009 roku sygn. III CA 418/09 uznaje, że możliwość zmniejszenia wydatków przez zamawiającego nie świadczy jeszcze o tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Nie można automatycznie utożsamiać interesu publicznego z interesem ekonomicznym zamawiającego.

Nadto wskazać należy, że Zamawiający nie wykazał, że obecnie prowadzone postępowanie i nowe mające być wszczęte to dwa całkowicie różne zamówienia. Izba nie mogła dokonać oceny w tym zakresie, gdyż brak jest opisu przedmiotu zamówienia nowego postępowania i Zamawiający przedstawił tylko jego zarys. Odwołujący wskazywał, iż według jego fachowej wiedzy „...zarówno w wyniku postępowania unieważnionego, jak i tego, które

ma być wszczęte, Zamawiający otrzymałby taki sam rezultat, czyli przeprowadzenie badań wskazujących, czy po tej linii mogą jeździć pociągi wysokiej prędkości'. Nadto nie zostało jednoznacznie wykazane, że oba postępowania nie mają punktów wspólnych w zakresie przedmiotu. Zauważyć należy, że Zamawiający na rozprawie argumentując brak potrzeby prowadzenia obecnego postępowania stwierdził, że „gdyby Zamawiający zrealizował to zamówienie, jak również to nowe, które jest mu niezbędne, to musiałby zapłacić dwa razy za to samo”. Niewątpliwie na podobieństwo obu postępowań wskazuje pkt 2 notatki, z którego wynika „konieczność ustalenia zgodności parametrów linii kolejowej nr 9 z zasadniczymi wymaganiami i przyjętymi w technicznych specyfikacjach interoperacyjności” o których mowa w przedmiocie unieważnionego postępowania. Publicznoprawny charakter regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych nie może dawać zamawiającemu możliwości dowolności działań motywowanych niedookreślonym interesem publicznym.

W zakresie kolejnej przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 dotyczącej sytuacji, iż zmiana okoliczności, o której mowa w dwóch poprzedzających przesłankach nie była możliwa do przewidzenia. Wskazać należy, iż niespornym pomiędzy stronami był fakt, że planowane uruchomienie na linii nr 9 kolei wysokich prędkości było znane od co najmniej kilku lat. Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, że z uwagi na publikację Zalecenia Komisji z dnia 18 listopada 2014 r. 2014/881/UE (Dz. Urz. UE L 356/520, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. już w 2017 r. rozpoczęła prace przygotowawcze mające na celu wdrożenie możliwości oceny istniejącej infrastruktury kolejowej zgodnie z ww. przepisem, jako pierwszy

odcinek przeznaczony do oceny, wykazania zgodności z podstawowymi parametrami przyjętymi w technicznych specyfikacjach interoperacyjności dla podsystemu „infrastruktura”

oraz „Energia” zakwalifikowano istniejącą linię kolejową nr 9 (E65). Założono; że prędkość na wybranych odcinkach tej linii może wynosić powyżej 160 km/h (pkt. 5 zał. nr 1 do SIWZ

Ponadto Odwołujący przedstawił wydruki ze stron internetowych, z których wynika, że kolej podjęła temat uruchomienia takich połączenia już w 2015 roku. Jeżeli zatem Zamawiający wiedział i jak wskazywał czynił przygotowania w tym zakresie, to zarówno w dacie ogłaszania przetargu, jak i na początku maja 2019 roku jego sytuacja w tym zakresie była taka sama. Dlatego też Izba uznała, że obowiązująca Zamawiającego staranność w wydatkowaniu środków publicznych i lojalność wobec wykonawców wymagała, aby to przed ogłoszeniem postępowania o zamówienie publiczne rozważyć wszelkie możliwe koncepcje tak, aby krótko po wyborze najkorzystniejszej oferty unieważniać postępowanie.

Wskazać należy także, iż Zamawiający w toku rozprawy wielokrotnie podnosił, iż ciężar udowodnienia niezaisnienia przesłanek z art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp obciąża Odwołującego. Izba nie zgadza się z taką argumentacją. Otóż unieważnienie postępowania wywiera skutek ex tunc i znosi wszystkie czynności dokonane w postępowaniu przez zamawiającego, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, tak w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym (por. wyrok z 23 września 2011 r., KIO 1948/11; z dnia 3 czerwca 2014 r sygn. akt KIO 991/14 i 1001/14). Uwzględniając procesową (art. 190 ust. 1 Pzp), jak i materialną zasadę ciężaru dowodu (art. 6 k.c.) spoczywającego na podmiocie, który z danych okoliczności wywodzi skutki prawne, w pewnym sensie

wyrażającą się w paremii ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat (ten przeprowadza dowód, kto twierdzi, nie ten kto przeczy). W przypadku unieważnienia postępowania pozytywne skutki procesowe wywodzi niewątpliwie Zamawiający.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania Izba uznała, że przesłanki unieważnienia postępowania nie zaistniały łącznie (kumulatywnie), co skutkuje

uwzględnieniem odwołania i uznania, że unieważnienie postępowania było w tym przypadku

niedopuszczalne.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190

ust.1 i 7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący.....