Sygn. akt: KIO 593/17

WYROK
z dnia 11 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2017 r., w W., odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B. S.A., M.K. S.A. z siedzibą w W., (...) W.,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Z.M.P.G. S.A. z siedzibą w G., (...) G.a,**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienie postępowania.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Z.M.P.G. S.A. z siedzibą w G., (...) G.a** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B. S.A., M.K. S.A. z siedzibą w W., (...) W.,** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od zamawiającego **Z.M.P.G. S.A. z siedzibą w G., (...) G.a** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B. S.A., M.K. S.A. z siedzibą w W., (...) W.** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 593/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Z.M.P.G. S.A. z siedzibą w G., (...) G.a prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn. „Pogłębienie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu G.a - Etap I”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 marca 2016 r., pod numerem 2016/S 061-105735.

Dnia 17 marca 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Dnia 27 marca 2017 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: B. S.A., M.K. S.A. z siedzibą w W., (...) W. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, nie nastąpiła bowiem istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie

publicznym, czego nie można było przewidzieć wcześniej, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający jest zobowiązany do kontynuowania procedury, aż do jej prawidłowego zakończenia, poza wyjątkowymi, nadzwyczajnymi sytuacjami określonymi w ustawie. W wypadku, kiedy zamawiający chce się na nie powołać i unieważnić postępowanie, musi szczegółowo udowodnić wystąpienie wszystkich wymaganych przez ustawodawcę przesłanek. W przedmiotowej sprawie nie wystąpiła żadna z kumulatywnie określonych przesłanek, dlatego czynność unieważnienia jest nieprawidłowa.

Ustawodawca wymagając, aby „wystąpiła istotna zmiana okoliczności", wprost wskazuje, że dana okoliczność musiała mieć miejsce w przeszłości - przed chwilą unieważnienia postępowania. W niniejszej sprawie zamawiający powołuje się wyłącznie na okoliczności, które być może nastąpią w przyszłości. Nie wiadomo bowiem w ogóle, czy dojdzie do zakupu przedsiębiorstwa SMW przez PGZ SW. Zamawiający mija się więc z prawdą, twierdząc, że nastąpiła zmiana okoliczności dotyczących konieczności budowy doku. Zdaniem odwołującego, jedyną podstawą unieważnienia postępowania była kwestia ewentualnej zmiany lokalizacji nowego doku przez spodziewanego nowego właściciela przedsiębiorstwa, który, po pierwsze, nie ma żadnej podstawy prawnej do zajmowania jakiegokolwiek stanowiska w tej sprawie, a po drugie, sam nie jest jeszcze przekonany o ewentualnej

zmiany lokalizacji budowy doku, na co wskazuje sam zamawiający w zawiadomieniu z 17 marca 2017 r., pisząc, że PGZ SW prowadzi analizy dotyczące zamierzeń eksploatacyjnych i inwestycyjnych i dopiero w ich wyniku zostanie przez PGZ SW określona docelowa nowa lokalizacja doku pływającego. Zamawiający powołał się pośrednio na oszczędność środków publicznych związaną z zaniechaniem budowy doku. Po pierwsze, nie jest to pewna, trwała i obiektywna okoliczność. Po drugie, interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem ekonomicznym zamawiającego, zwłaszcza, że zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na tę okoliczność w zawiadomieniu. Interes publiczny nie może zawężać się do interesu zamawiającego, a tym bardziej do jeszcze niepewnego interesu zamawiającego - tak wyrok Izby z dnia 20 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 256/13.

Kwestia, że zamawiający zmieni lokalizację nowego doku lub też zrezygnuje z jego budowy, wcale nie świadczy jednoznacznie o „oszczędnościach" w finansach publicznych państwa. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał interesu publicznego w zawiadomieniu, a każde stanowisko w tym zakresie od chwili unieważnienia postępowania należy uznać za spóźnione. Z przedstawionej przez zamawiającego argumentacji wynika, że unieważnienie postępowania nie leży w interesie publicznym, ale tylko w interesie zamawiającego. Nie ma to jednak znaczenia wobec wszczęcia przez niego procedury zamówieniowej, czyli jednocześnie pojęcia zobowiązania zawarcia wynikłej z niej umowy.

Oceny zasadności czynności unieważnienia postępowania dokonać należy według stanu prawnego oraz okoliczności faktycznych istniejących w momencie dokonania danej czynności, z zastrzeżeniem, iż przyczyny unieważnienia były niemożliwie do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania. Przesłanka ta – w ocenie odwołującego, oczywiście nie jest spełniona w przedmiotowej sprawie. Postępowanie upadłościowe obejmujące likwidację toczyło się w sprawie SMW od 2011 r., było więc wiadomo, że majątek spółki zostanie sprzedany przez syndyka, a w konsekwencji że nowy właściciel może mieć inne plany co do przejętego przedsiębiorstwa. Z całą pewnością nieprawdziwe jest więc stanowisko zamawiającego, jakoby nie dało się przewidzieć, że przedsiębiorstwo SMW zostanie sprzedane, a nowy właściciel będzie modyfikował ustalenia dotyczące przedmiotowego postępowania. Co istotne, nabywca przedsiębiorstwa SMW nie ma możliwości niewyrażenia zgody na przedsięwzięcie objęte przedmiotem zamówienia. Warunki przetargu, w którym dokonana ma być sprzedaż przedsiębiorstwa SMW, zostały jasno określone w Regulaminie Przetargu ustalonym przez Sędziego Komisarza. Wskazano w nim, że prawo własności obejmuje m.in. dok pływający DOK-MW-1, wpisany w Rejestrze Okrętowym Stałym ROG/S/761 prowadzonym przez Izbę Morską przy Sądzie Okręgowym w Gdańsku z siedzibą w G. (dalej jako: dok). W części B pkt 7 Regulaminu wskazano: „Nabywca przedsiębiorstwa jest zobowiązany do kontynuacji umów wiążących syndyka masy upadłości, w części niezrealizowanej wg stanu zaawansowania na dzień zawarcia umowy

przyrzeczonej, jeżeli charakter i warunki umowy lub przepisy ustawy nie stanowią inaczej, a strona tej umowy zgłosiła żądanie jej wykonania przez nabywcę przedsiębiorstwa na warunkach uprzednio obowiązujących syndyka masy upadłości". W części B pkt 10 Regulaminu wskazano natomiast: „Organizator przetargu informuje, że Z.M.P.G. SA zamierza przebudować Obrotnicę Nr 2 poprzez zwiększenie jej średnicy do 480 m i użytecznej głębokości 16 m. Przebudowa obrotnicy będzie wymagała wykonania robót budowlanych (hydrotechnicznych, instalacyjno-mechanicznych określonych w wariancie C opracowania Proj. Nr 425/2012/1 pt. „Projekt koncepcyjny określający niezbędne warunki techniczne dla budowy obrotnicy o średnicy 480 m w Basenie IX wraz z ustaleniem optymalnej lokalizacji doku pływającego S.M.W. SA).
W związku z powyższym nie będzie możliwe dalsze korzystanie z doku pływającego w dotychczasowej lokalizacji, a stocznia akceptowała zmianę tej lokalizacji i budowę nowego stanowiska dla doku pływającego zgodnie z w/w wariantem C pod warunkiem, że infrastruktura nowej lokalizacji doku nie pogorszy zdolności produkcyjnych i technicznych. W związku z powyższym nabywca przedsiębiorstwa przyjmuje do wiadomości skutki prawne, ekonomiczne i organizacyjne ww. inwestycji dla dalszego funkcjonowania przedsiębiorstwa i zobowiązuje się do respektowania praw i obowiązków podmiotu realizującego tę inwestycję, znoszenia uciążliwości oraz innych ograniczeń organizacyjnych wynikających z prowadzenia robót na terenie S.M.W. SA, a także zapewnienia właściwego dostępu wykonawcy do terenu nabywanego przedsiębiorstwa, a także respektowania zobowiązań, porozumień i umów oraz innych uwarunkowań prawnych na zasadach określonych w ust. 1.". Zamawiający ma w tym przetargu zagwarantowaną niezmienność warunków, na zmianę których, mimo wszystko, się powołuje. Nie można tego ocenić inaczej, jako próbę poszukiwania pretekstów w celu unieważnienia postępowania, nie mających jakiegokolwiek oparcia w istniejących okolicznościach faktycznych i prawnych.

Powyższe zapisy Regulaminu wskazują także na niespełnienie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp „wystąpienia istotnej zmiany okoliczności".

Ponadto, zamawiający w zawiadomieniu powołuje się na własne prawo ewentualnego pierwokupu nieruchomości wchodzących w skład przedsiębiorstwa SMW na mocy art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o portach i przystaniach morskich (Dz. U. 2010.33.179 ze zm.). Zmiana okoliczności, o której mowa w art 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego. Zmiana taka może wynikać z aktu prawnego wiążącego zamawiającego i stanowiącego źródło prawa (wyrok Sądu Okręgowego w W., sygn. akt IV Ca 527/11). Tymczasem okoliczność ewentualnego zamiaru zamawiającego z całą pewnością nie stanowi źródła prawa, jak również nie ma wymiaru zewnętrznego. Okoliczność wyrażenia możliwości wprowadzenia w życie ma charakter

wewnętrzny, a poza tym nie jest obiektywną, nieprzewidzianą okolicznością, a tylko dywagacją odnoszącą się do niepewnego działania w przyszłości. Jest to sprzeczność o fundamentalnym charakterze, która nie pozwala uznać tego ewentualnego zamiaru za podstawy unieważnienia postępowania. Zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, kwestia zakupu przedsiębiorstwa za ponad 200 mln zł wymaga długich przygotowań i analiz. O możliwości zakupu (pierwokupu) tego przedsiębiorstwa zamawiający wiedział od samego początku, a na pewno od 2011 r., kiedy wszczęto postępowanie upadłościowe SMW. Nie ma wątpliwości, że ewentualność dotycząca własnych zamiarów nie może być przesłanką unieważnienia postępowania, zgodnie z przywołaną wyżej argumentacją.

Zamawiający potwierdza w zawiadomieniu z 17 marca 2017 r., że preferowałby zmianę zakresu przedmiotu zamówienia, a nie unieważnienie postępowania, ale nie widzi takiej możliwości prawnej. Zdaniem odwołującego, taka możliwość istnieje. Unieważnienie postępowania było nieprawidłowe, skoro zamawiający wciąż zamierza zrealizować przedmiotowe zamówienie tyle, że w zmniejszonym lub zmodyfikowanym zakresie: cel, dla którego zamawiający zamierzał udzielić obu zamówień, nie odpadł. Zmianie uległa jedynie koncepcja systemu, a sama zmiana koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia nie uzasadnia unieważnienia postępowania na podstawie art 93 ust. 1 pkt 6 Pzp (wyrok KIO z dnia 5 października 2011 r., sygn. akt KIO 2047/11).

Odwołujący podniósł, iż w § 4 pkt 2 lit. d) i e) wzoru umowy, ogłoszonego wraz z s.i.w.z., wskazano, że „Umowa może być zmieniona poprzez zmniejszenie zakresu rzeczowego Przedmiotu Umowy wraz z odpowiadającym temu zmniejszeniem wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku uzasadnionych zmian w zakresie sposobu wykonania Przedmiotu Umowy proponowanych przez Zamawiającego lub Wykonawcę, jeżeli zmiany te są korzystne dla Zamawiającego lub zmiany okoliczności gospodarczych, która powoduje, że wykonanie Przedmiotu Umowy w pełnym zakresie jest niecelowe z przyczyn ekonomicznych". Skoro więc umowa może być zmieniona po jej zawarciu, można również wprowadzić do niej zmiany jeszcze przed zawarciem umowy, nawet jeśli okażą się istotne, na mocy przywoływanych postanowień. Nie jest natomiast kwestionowana konieczność realizacji głównego elementu przedmiotu zamówienia- obrotnicy. Zamawiający powinien był utrzymać w mocy niniejsze postępowanie przy ewentualnej zmianie umowy wynikającej ze zmiany okoliczności gospodarczych (chociaż, jak wynika z okoliczności faktycznych sprawy, nadal budowa stanowiska dokowego dla SMW jest niezbędna). Posunięcie się do ostatecznego instrumentu, jakim jest unieważnienie postępowania, było nieuzasadnione okolicznościami faktycznymi, a więc dokonane z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

Zdaniem odwołującego, nawet jeśli w przyszłości okaże się, że okoliczności, które zamawiający niezgodnie z prawdą przedstawia teraz jako podstawy unieważnienia postępowania zgodne z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, rzeczywiście wystąpią, mogą stanowić podstawę do zmiany umowy.

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie podjął nawet próby wykazania, że odstępuje w ogóle od realizacji przedmiotowego zadania, wręcz przeciwnie - wskazywał, że być może w przyszłości zostanie zmodyfikowany jego element. Z całą pewnością nie można uznać tego za spełnienie rygorystycznych, wyjątkowych przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że oferta odwołującego zajmuje pierwsze miejsce w tzw. rankingu ofert, biorąc pod uwagę przyjęte przez zamawiającego kryteria oceny ofert. W wykonaniu wyroku KIO z dnia 22 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2225/16, KIO 2226/16, KIO 2229/16, KIO 2230/16), nakazującym unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowne badanie i ocenę ofert, oferta odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą. Odstąpienie przez zamawiającego od wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji od podpisania umowy z odwołującym, wprost godzi w interes odwołującego uzyskania zamówienia oraz powoduje możliwość poniesienia przez odwołującego szkody w postaci utraty wynagrodzenia za wykonanie umowy.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, że osiągnięcie celu, jakim jest budowa Obrotnicy nr 2, jest nadal aktualne i niezwykle ważkie dla zamawiającego, lecz na skutek zmiany okoliczności osiągnięcie tego celu musi się odbyć poprzez realizację innego zamówienia niż pierwotnie zakładano. W związku z tym zamawiający ogłosił nowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiednim do aktualnych, zmienionych okoliczności zakresie. Odwołujący ma zatem możliwość uzyskania zamówienia, które ma doprowadzić do powstania Obrotnicy nr 2. Unieważnienie postępowania nie pozbawia odwołującego tej możliwości. Tym samym w ocenie zamawiającego brak jest po stronie odwołującego szkody wynikającej z rzekomego naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa zamówień publicznych (dowód: ogłoszenie o zamówieniu).

Powyższe potwierdza się tym, że odwołujący w ramach tego postępowania wniósł odwołanie od treści s.i.w.z., wskazując, że ma interes w uzyskaniu tego zamówienia i jest nim zainteresowany (dowód: kopia odwołania odwołującego od treści s.i.w.z.).

Zamawiający wskazał, iż odwołujący twierdzi, że nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności dotycząca konieczności budowy wnęki dokowej. Odwołujący wskazuje, że przeniesienie doku i tak będzie konieczne, a zmiana lokalizacji doku nie może być uznana za zmianę

istotną. Ze stanowiskiem tym nie sposób się zgodzić. Nowy właściciel przedsiębiorstwa S.M.W. (SMW) - P.G.Z.S.W. sp. z o.o. (PGZ SW) nie wyraża zgody na zlecenie wykonania nowej wnęki dokowej w zakładanej dotychczas lokalizacji. Obecnie uzasadnione jest przetransportowanie doku do lokalizacji tymczasowej. Zgodnie ze stanowiskiem nowego właściciela SMW nie jest uzasadnione zlecanie wykonania nowej wnęki dokowej. Zamawiający oraz PGZ SW zawarł - w tej sprawie stosowne porozumienie. Porozumienie to zostało zawarte po dokonaniu wstępnych analiz, po wielu rozmowach, z aktywnym udziałem i po zatwierdzeniu przez Ministerstwo Obrony Narodowej oraz Ministerstwo Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej, a także spółkę dominującą wobec PGZ SW - P.G.Z. S.A. W ramach przedmiotowych rozmów ustalono, że wybrana przez Syndyka SMW nowa lokalizacja doku pływającego nie jest konieczna i nie jest optymalna w świetle zamierzeń nowego właściciela i nie należy jej zlecać i wykonywać. Lokalizacja doku zostanie ustalona po przeprowadzeniu wnikliwych analiz przez wskazane wyżej podmioty (dowód: pismo z MON z dnia 02.03.2017 r., porozumienie z PGZ SW).

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, że rezygnacja przez zamawiającego z budowy wnęki dokowej nie stanowi istotnej i znaczącej zmiany. Powoduje ona konieczność istotnej i znaczącej zmiany przedmiotu zamówienia. Oznacza bowiem rezygnację ze wszystkich robót Odcinka I, a także części robót Odcinka II i Odcinka III. Zmiana przedmiotu zamówienia to wyłączenie z jego zakresu ponad 60% robót, które dotychczas wchodziły w skład przedmiotu zamówienia. Zmiana ta jest tak istotna i tak znacząca, że niezrozumiale jest stanowisko odwołującego. W związku ze zmianą okoliczności, nie jest konieczne dokonanie jedynie korekty zamówienia, którą można by dokonać w ramach zmiany zawartej Umowy, lecz jest „udzieleniem nowego, zupełnie innego zamówienia" (dowód: zestawienie zakresu prac, zestawienie ofert złożonych w postępowaniu dla aktualnego zakresu). Zawarcie umowy w ramach dotychczasowego postępowania w tych okolicznościach stanowiłoby rażące naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Spowodowałoby także wybór oferty wykonawcy, którego oferta dla aktualnego przedmiotu zamówienia nie jest najkorzystniejsza (dowód: zestawienie ofert złożonych w postępowaniu dla aktualnego zakresu).

Zdaniem zamawiającego, nie jest prawdą, że wykonanie zamówienia określonego w mniejszym postępowaniu w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz s.i.w.z., leży w interesie publicznym. W interesie publicznym leży wykonanie Obrotnicy nr 2, lecz w związku z istotną zmianą okoliczności cel ten należy osiągnąć poprzez udzielenie innego zamówienia. Nie chodzi tu przy tym o przywoływane przez odwołującego „poszukiwanie oszczędności przez Zamawiającego", lecz o to, że z przyczyn od niego niezależnych odpadła potrzeba wykonania przeważającej części tego zamówienia. Osiągnięcie celu, jakim jest budowa

Obrotnicy nr 2, jest kluczowym celem strategicznym zamawiającego, stąd też niezwłocznie po uzyskaniu aprobaty ze strony MON i Ministerstwa Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej Zamawiający ogłosił nowy przetarg na zamówienie, które ma doprowadzić do osiągnięcia tego celu. Okoliczność, że cel jest aktualny i jest w interesie publicznym nie powoduje, że planowane dotychczas zamówienie nadal leży w interesie publicznym. Cel ten należy bowiem osiągnąć w sposób racjonalny, gospodarny i zgodny z ustawą prawo zamówień publicznych.

Zamawiający podniósł, że odwołujący twierdzi, że nie zaszła okoliczność, której nie można było przewidzieć, albowiem postępowanie upadłościowe dotyczące S.M.W. trwa od 2011 r. i było wiadomo, że majątek spółki będzie sprzedany przez syndyka. Należy mieć jednak na uwadze, że okoliczność, iż toczy się postępowanie upadłościowe nie oznacza, że jest wiadomo, że ,,majątek spółki zostanie sprzedany przez syndyka, a nowy właściciel może mieć inne plany co do przejętego przedsiębiorstwa". Zgodnie z art. 16 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze (w brzmieniu obowiązującym w stosunku do postępowania prowadzonego wobec SMW), Sąd może zmienić sposób prowadzenia postępowania upadłościowego z postępowania obejmującego likwidację majątku upadłego na postępowanie z możliwością zawarcia układu. Sprzedaż przedsiębiorstwa nie jest także jedynym sposobem likwidacji masy upadłości. Do lutego 2017 r. nie było ponadto wiadomo, kto i czy kupi przedsiębiorstwo SMW, obejmujące dok pływający i teren pod lokalizację nowej niecki dokowej, a także jakie będzie miał zamierzenia. Pamiętać należy, że jedynym powodem dla budowy nowej niecki dokowej był

wymóg właściciela terenu, który od tego uzależniał wyrażenie zgody na realizację inwestycji. Z powodów, które zaszły już po złożeniu ofert, budowa nowej niecki dokowej w zakładanej lokalizacji nie jest konieczna i uzasadniona. Wynika to z decyzji nowego właściciela, której nie można było przewidzieć, jest to przyczyna zewnętrzna w stosunku do zamawiającego, na którą zamawiający nie miał wpływu. Także możliwość wykonania prawa pierwokupu jest przyczyną zewnętrzną wobec zamawiającego, gdyż aby pojawiła się taka możliwość, konieczne jest podjęcie działania przez osoby trzecie i przedłożenie zamawiającemu warunkowej umowy sprzedaży. Zamawiający nie mógł przewidzieć, że po złożeniu ofert, a przed wyborem najkorzystniejszej oferty i przed zawarciem umowy pojawi się możliwość skorzystania przez niego z prawa pierwokupu (dowód: artykuły prasowe).

Przywoływany przez odwołującego Regulamin przetargu nie powoduje, że przejęta SMW nie może zmienić w drodze porozumienia z ZMPG S.A. postanowień dotychczasowych ustaleń. Zastrzeżenia w Regulaminie są zastrzeżeniami na korzyść ZMPG S.A., który ma w ten sposób zagwarantowane, że decyzje nowego właściciela SMW nie mogą pogorszyć sytuacji ZMPG. Nic ma jednak żadnych przeciwwskazań, aby sytuację tę polepszyć.

Zamawiający zawarł z nowym właścicielem stosowne porozumienie zaaprobowane przez Ministerstwo Obrony Narodowej.

Podnoszony przez odwołującego argument o możliwości zmiany umowy podkreśla w istocie zasadność unieważnienia postępowania. W sytuacji, w której zamawiający przed podpisaniem umowy wie, że z przyczyn, które wystąpiły później, będzie należało zmienić umowę i to w zakresie dotyczącym ok. 60% zamówienia, to nie powinien umowy takiej podpisywać, a unieważnić postępowanie. Nic sposób przyjąć, że podpisanie takiej umowy i jej niezwłoczne aneksowanie stanowiłoby zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta dla tego zamówienia jest najkorzystniejsza i została wybrana zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych. W związku ze zmianą przedmiotu zamówienia w obecnych warunkach ofertę może złożyć zdecydowanie większa liczba wykonawców, gdyż obecne zamówienie nie wymaga ani posiadania tak poważnych środków, jak i tak rozbudowanego doświadczenia. Nowe, aktualne zamówienie obejmuje głównie roboty czerpalne, a biorąc pod uwagę składane przez Wykonawców wykazy zrealizowanych usług i liczbę podmiotów, na których potencjale się opierali, liczba podmiotów, które mogłyby złożyć ofertę w aktualnym zamówieniu jest znacznie, większa. Zmiana umowy wymaga ponadto zgody wykonawcy. Zamawiający, który zawierając umowę wie, że konieczna jest radykalna zmiana przedmiotu zamówienia i nie może uzależniać jej dokonania od dyskrecjonalnej woli wykonawcy. Właśnie dla takich powodów została przewidziana przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 prawa zamówień publicznych.

Zamówienie, które ma doprowadzić do wybudowania Obrotnicy nr 2, ubiega się o dofinansowanie ze środków UE. Załącznik do rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie warunków obniżenia wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówienia z dnia 29 stycznia 2016 r. przewiduje korektę finansową w przypadku niedozwolonej zmiany postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia polegającej na nieuprawnionym zmniejszeniu zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w ofercie. Korekta ta jest przewidziana na poziomie 100% wartości zmniejszonego zakresu świadczenia oraz 25% wartości ostatecznego zakresu świadczenia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania podał, iż „(…). Po ogłoszeniu postępowania, a także po złożeniu ofert, został ogłoszony przetarg na upadłego S.M.W. S.A. nieograniczony sprzedaż przedsiębiorstwa z siedzibą w G. w postępowaniu upadłościowym oznaczonym sygn. akt VI Gup 9/09 toczącym się przed Sądem Rejonowym Gdańsk- Północ w Gdańsku. W postępowaniu tym została wybrana przez organizatora przetargu- Syndyka SMW oferta PGZ S.W. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu (PGZ SW), a wybór ten został zatwierdzony przez Sędziego Komisarza. W skład przedsiębiorstwa SMW będącego przedmiotem sprzedaży wchodzą nieruchomości, na których ma być realizowane zamówienie, a także dok pływający. PGZ SW po spełnieniu określonych warunków zawieszających stanie się właścicielem przedsiębiorstwa SMW. W odniesieniu do zamówienia PGZ SW oświadczył, że na obecnym etapie nie wymaga i nie wyraża zgody na wykonanie nowej niecki dokowej w zakładanej lokalizacji, a w związku z tym na wykonanie większości robót Odcinka I. PGZ SW prowadzi analizy dotyczące zamierzeń eksploatacyjnych i inwestycyjnych i dopiero w ich wyniku zostanie przez PGZ SW określona docelowa nowa lokalizacja doku pływającego. W związku z tym PGZ SW oświadczył, że na obecnym etapie nie jest uzasadnione zlecanie przez ZMPG S.A. wykonania robót Odcinka I. Zakłada się, że dok pływający może zostać zlokalizowany poza terenem SMW. Ponadto, w związku z tym, że nieruchomości wchodzące w skład przedsiębiorstwa SMW znajdują się w granicach administracyjnych portu G.a, na których ma być realizowane zamówienie, to na zasadzie art. 3 ustawy o portach i przystaniach morskich Zamawiającemu przysługuje wobec nich prawo pierwokupu oraz prawo pierwszeństwa. W razie jego wykonania także nie będzie uzasadnienia dla wykonania nowej niecki dokowej, a zatem realizacji znacznego zakresu dotychczasowego zamówienia. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że wystąpiła zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia w zakładanym zakresie nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, a zatem wystąpiła okoliczność, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6)

ustawy pzp. W związku ze sprzedażą przedsiębiorstwa SMW realizacja zamówienia w zakładanym dotychczas zakresie jest niecelowa, niemożliwa i powodowałaby nieuzasadnione wydatkowanie publicznych pieniędzy. Konieczne jest ograniczenie zakresu przedmiotu zamówienia, co nie jest możliwe na obecnym etapie postępowania, albowiem zostały już złożone oferty. Zgodnie z art. 38 ust. 4 o *contrario* ustawy pzp nie jest możliwe dokonywanie zmiany SIWZ po upływie terminu składania ofert. Nie jest także możliwe dokonywanie zmian SIWZ po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (por. art. 38 ust. 4b ustawy pzp). Termin złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu minął w dniu 25.04.2016 r. W dniu tym, nie można było przewidzieć, że zakres zamówienia będzie musiał zostać ograniczony.”.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych 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.

W doktrynie przyjmuje się, że brzmienie przepisu [art. 93 ust. 1 pkt. 6 p.z.p.] i użycie w nim sformułowań o istotnej zmianie, interesie publicznym czy okolicznościach niemożliwych do przewidzenia wyraźnie wskazuje, że intencją ustawodawcy było, aby rzeczywiście unieważnienie postępowania było sytuacją wyjątkową i było stosowane tylko w nielicznych przypadkach. [...] Należy uznać, 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. 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. Jeśli zamawiający popełnił w toku postępowania jakieś błędy, za które ponosi on odpowiedzialność, nie może następczo unieważnić postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 [p.z.p.]. Podstawą unieważnienia mogą być tu bowiem jedynie sytuacje wynikające ze zmiany okoliczności (Wandzel Monika, Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zam. Pub. Dor. 2014/3/36-46).

W orzecznictwie utarł się dosyć jednolity pogląd, 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 ustawie z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Zatem, zamawiający po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia zobowiązany jest, zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, prowadzić postępowanie, którego finalnym efektem jest 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 p.z.p., mających charakter numerus clausus (katalogu zamkniętego) i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. nieodzowne jest stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Przepis ten może dotyczyć sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności wykonanie zamówienia będzie niecelowe lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym; zatem dotyczy zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Istotna zmiana okoliczności - w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. - powodująca skutek w postaci unieważnienia postępowania, to pewne nadzwyczajne wydarzenia lub okoliczności mające wpływ na prowadzone postępowanie lub przedmiot zamówienia. Zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego". (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 99/16; KIO 110/16).

W innej sprawie Izba w wyroku z dnia 22 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2832/14 stwierdziła, że „Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania, jeśli nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub zawarcie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Przesłanki unieważnienia postępowania powinny zaistnieć kumulatywnie, a brak wystąpienia jednej z nich powoduje, że unieważnienie postępowania jest niedopuszczalne. Zmiana okoliczności, o której mowa w przywołanym przepisie musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego. Zmiana taka może wynikać z aktu prawnego wiążącego zamawiającego i stanowiącego źródło prawa.".

Przedkładając powyższe na stan faktyczny przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, iż zarzuty odwołującego są zasadne.

W ocenie Izby zamawiający w żaden dostępny sposób nie udowodnił, że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający w swojej decyzji o unieważnieniu postępowania powołał się w gruncie rzeczy na zdarzenia przyszłe i niepewne, wskazując jednocześnie w swojej argumentacji na decyzję podmiotu, który obecnie takich decyzji

konstytutywnych nie jest w stanie podejmować, albowiem, na chwilę wniesienia odwołania nie jest podmiotem właścicielskim, w zakresie SMW w upadłości likwidacyjnej. Nadto żaden ze zgłoszonych przez zamawiającego dokumentów/dowodów nie potwierdzał stanowiska zamawiającego, który swoją argumentację kształtował jedynie w oparciu o „jakieś" ustalenia,

które nie znalazły potwierdzenia żadnym dowodem, za wyjątkiem porozumienia z dnia 16 marca 2017 roku, które jednakże nie może stanowić podstawy unieważnienia postępowania, albowiem zostało zawarte pomiędzy zamawiającym a PGZ SW sp z o.o., które jednakowoż nie może mieć mocy wiążącej w odniesieniu do tego postępowania. W ocenie Izby, dopiero w chwili, gdy PGZ SW sp. z o.o. stanie się faktycznym właścicielem SMW, może podejmować wiążące decyzje, które swoim zakresem mogą oddziaływać na podmioty zewnętrzne, w tym na zamawiającego. Na chwilę obecną takie czynności mogą co najwyżej stanowić zapowiedź określonych działań, bez skutku dla podmiotu zamawiającego.

W dotychczasowym stanie sprawy, jedyne wiążące i obligujące czynności w postępowaniu, względem zamawiającego może podejmować syndyk, który jak wynika z dowodów złożonych przez odwołującego (dowód nr 5), nie wyraził zgody na zmianę przedmiotu zamówienia czy też na unieważnienie przedmiotowego postępowania. Syndyk wprost w piśmie z dnia 30 marca 2017 roku, wskazał, że „Zaskoczeniem dla nas jest, iż Z.M.P.G. S.A. bez zgody Syndyka Masy Upadłości SMW S.A. zamierza realizować inwestycję w zmienionym zakresie opisanym według nowego Ogłoszenia o zamówieniu, które rażąco narusza postanowienia łączących nas umów. Planowana przez Was inwestycja narusza interesy Stoczni w zakresie zachowania potencjału produkcyjnego i remontowego, zmierzając przez to do zagrożenia interesów bezpieczeństwa państwa z punktu widzenia obronności kraju oraz stanowi ryzyko likwidacji S.M.W. i 600 obecnych jej miejsc pracy. (…). Zamierzane przez Państwa przeniesienie w nieznane miejsce lub likwidacja doku pływającego oraz ingerencja w substancje nabrzeży Stoczni w planowanym przez ZMP (przyp. zamawiającego) zakresie, pozbawiłoby Stocznię podstawowego potencjału technicznego co skutkowałoby brakiem możliwości realizacji zadań produkcyjnych i w zakresie wojskowej remontowych produkcji i cywilnej i w konsekwencji doprowadziłoby do praktycznej likwidacji stoczni. W związku z powyższym, brak jest naszej zgody na realizację ww. zmienionego przedsięwzięcia na terenie SMW SA, które jest niezgodne z naszą umową.”.

Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdzić należało, że zamawiający nie wykazał, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Wręcz przeciwnie, pisma od Syndyka wprost wskazują na stanowisko przeciwne.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: ……