

WYROK
z dnia 23 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) R.Ł., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZU.B. R.Ł., (...), 2) B.O.I.M.P.sp. z o.o. sp.k., (...), 3) I.S. sp. z o.o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy, ul. Podchorążych 33, 85-915 Bydgoszcz**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) R.Ł., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZU.B. R.Ł., (...), 2) B.O.I.M.P.sp. z o.o. sp.k., (...), 3) I.S. sp. z o.o., ul. (...), 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: **1) R.Ł., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZU.B. R.Ł., (...), 2) B.O.I.M.P.sp. z o.o. sp.k., (...), 3) I.S. sp. z o.o., ul. (...), tytułem wpisu od odwołania;**

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) R.Ł., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZU.B. R.Ł., (...), 2) B.O.I.M.P.sp. z o.o. sp.k., (...), 3) I.S. sp. z o.o., (...), na rzecz zamawiającego: Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy, ul. Podchorążych 33, 85-915 Bydgoszcz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

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 **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa *czterech hangarów lekkich na terenie kompleksu wojskowego w Leżnicy Wielkiej*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lipca 2016 r. pod numerem 2016/S 141-254316.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia przez Zamawiającego rzeczonego postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, iż prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający po otwarciu ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, unieważnił postępowanie, o czym poinformował zawiadomieniem z dnia 1 marca 2017 r. Dalej Odwołujący podał, że Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, że: „Zamówienie było realizowane w oparciu o Projekt Inwestycji Budowlanych w latach 2017 - 2022, w zakresie zadań ujętych w planie na rok 2017, natomiast w wyciągu ze zaktualizowanego „Projektu Planu Inwestycji Budowlanych w latach 2017 – 2022” zadanie będące przedmiotem Postępowania nie zostało uwzględnione i wskazane jako zadanie do realizacji dla RZI w Bydgoszczy.” W konsekwencji, Zamawiający wskazał, że zachodzi przesłanka braku zasadności dalszego prowadzenia zamówienia publicznego, a okoliczności powyższej nie można było wcześniej przewidzieć.

Zdaniem Odwołującego, powyższe uzasadnienie stoi w oczywistej sprzeczności z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, albowiem w przedmiotowym stanie faktycznym nie zachodzi przesłanka umożliwiająca Zamawiającemu unieważnienie postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że aby unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający musi wykazać kumulatywne spełnienie następujących 3

przesłanek: wystąpiła istotna zmiana okoliczności, nie można było przewidzieć tych okoliczności, prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Przesłanki unieważnienia postępowania powinny zaistnieć łącznie (kumulatywnie), a brak wystąpienia jednej z nich powoduje, że unieważnienie postępowania jest niedopuszczalne. Oceny zasadności czynności unieważnienia postępowania dokonać należy według stanu prawnego oraz stanu rzeczy istniejących w dacie dokonania tej czynności, z zastrzeżeniem, iż przyczyny unieważnienia były niemożliwie do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania” (tak przykładowo wyrok KIO z dnia 03.06.2014 r., sygn. akt: KIO 991/14).

Dalej Odwołujący podkreślił, że w wyroku KIO z dnia 27.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 176/09 wskazano, że art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, „dotyczy może sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności już po wyborze najkorzystniejszej oferty realizacja danego zamówienia byłaby niecelowa lub w skrajnych wypadkach wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Przesłanka powyższa dotyczy zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Zamawiający musi wykazać, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz że przy zachowaniu należytej staranności nie można było jej wcześniej przewidzieć.”

Odwołujący podniósł, że w pierwszej kolejności, aby unieważnić postępowanie, musi nastąpić istotna zmiana okoliczności, w orzecznictwie wskazuje się, że zmiana okoliczności powinna być istotna, a ponadto musi rzeczywiście wystąpić, co oznacza, że nie spełnia tej przesłanki jedynie możliwość jej wystąpienia (tak przykładowo wyrok KIO z dnia 07.05.2010 r., sygn. akt: KIO/U2P 628/1).

„Dla zastosowania przepisu art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy p.z.p, należy stwierdzić po pierwsze, że zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, że jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zamawiający powołując się na tę przesłankę musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym” (wyrok KIO z dnia 25.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 114/07).

Zdaniem Odwołującego, zmiana istotna oznacza zmianę, która może zaważyć na konieczności udzielenia danego zamówienia, na osiągnięciu celów publicznych.

Po drugie, jak podał Odwołujący, zmiana musi być następstwem okoliczności, których nie można było przewidzieć. 4

Odwołujący zwrócił uwagę, że w wyroku KIO z dnia 07.11.2016 r., sygn. akt: KIO 1976/16 wskazano, „że istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego. Nic może być zatem uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron.”

„Istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego. Nie może być uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron. Istotna zmiana okoliczności musi wystąpić w dacie podejmowania czynności unieważnienia postępowania, na co wskazuje posłużenie się przez ustawodawcę czasem przeszłym („nastąpiła”). Nie można zatem powoływać się na okoliczność, która ulegnie zmianie dopiero w przyszłości.(...) Sam zamiar zmiany przeznaczenia środków, jeżeli nie został przełożony na rzeczywistość, nie może być uznany na stan nieodwracalny, którego nie można przewidywać (wyrok KIO z dnia 20.06.2016 r., sygn. akt: KIO 919/16).

Ostatnią przesłanką, jak podkreślił Odwołujący, konieczną do unieważnienia postępowania jest fakt, że skutek wystąpienia zmiany okoliczności, prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Odwołujący podniósł, że interes zamawiającego nie może być utożsamiany z interesem publicznym (wyrok SO w Gliwicach z 10.11.2005 r., sygn. akt: III Ca 855/05, niepubl.; wyrok SO w Warszawie z 04.07.2005 r., sygn. akt: V Ca 419/05, niepubl.). Zdaniem Odwołującego, interes publiczny powinien być przez Zamawiającego określony w sposób ścisły, tj. Zamawiający nie powinien ograniczyć się do stwierdzenia, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, lecz powinien nazwać ten interes, opisać go.

Nadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w wyroku z dnia 22.09.2009 r., sygn. akt: II CA 418/09, niepubl. wskazał, „iż możliwość zmniejszenia wydatków przez zamawiającego nie świadczy jeszcze o tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym - nie można bowiem utożsamiać interesu publicznego z interesem ekonomicznym zamawiającego, nawet jeśli zamawiającym jest podmiot świadczący usługi leczenia ludności”.

Odwołujący podniósł, że brak interesu publicznego w wykonaniu zamówienia powinien sprowadzać się do braku interesu publicznego w realizacji zamówienia, a nie w możliwości zrealizowania zamówienia publicznego przez inny (publiczny) podmiot lub za niższą stawkę.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że KIO wskazała w wyroku z dnia 20.02.2013 r., sygn. akt: KIO 304/13, „samo założenie, że po unieważnieniu niniejszego przetargu, przy kolejnym zamówieniu, zamawiający ma potencjalną możliwość uzyskania niższych cen 5

świadczenia usługi, nie stanowi jeszcze okoliczności, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Z takiego powodu można by unieważnić każde postępowanie, w którym zamawiający nie jest zadowolony z uzyskanych cen lub też widziałby możliwość uzyskania cen jeszcze niższych - w każdym bowiem przypadku oszczędności w wydatkowaniu środków publicznych leżą w interesie publicznym”.

Fakt, że zmiany ekonomiczne i przesunięcia budżetowe środków publicznych nie stanowią podstawy do unieważnienia postępowania został potwierdzony, jak wskazał Odwołujący, także w wyroku KIO z dnia 20.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1171/12, „ze „wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć”, nie można uznać podjętej w trakcie prowadzenia postępowania decyzji zamawiającego o zmianie sposobu finansowania zamówienia ze środków budżetowych na środki pochodzące z uzyskanej pożyczki i wydanie środków pierwotnie przeznaczonych na realizację zamówienia na inny cel”.

„Za przesłankę uzasadniającą zaistnienie podstaw unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp może być uznany fakt przesunięcia środków budżetowych i zmiany koncepcji budowy obiektu sportowego na skutek zmiany władz w wyniku wyborów samorządowych” (wyrok KIO z dnia 29.03.2011 r., sygn. akt: KIO 601/11, www.uzp.gov.pl).

W ocenie Odwołującego, w niniejszym postępowaniu nie zostały kumulatywnie spełnione przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, okoliczności

wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie są okolicznościami nadzwyczajnymi, niedającymi się przewidzieć, niezależnymi od Zamawiającego. Rozważania Zamawiającego w tym zakresie, w opinii Odwołującego, są ogólnikowe i nieprecyzyjne.

Zdaniem Odwołującego, w opisanym przypadku nie została spełniona pierwsza przesłanka unieważnienia postępowania, a mianowicie zajście istotnej zmiany okoliczności. Zamawiający, jak podał Odwołujący, powołuje się w uzasadnieniu swojej decyzji na Projekt Planu Inwestycji Budowlanych. Oczywistym jest jednak, że Projekt Planu może w sposób istotny różnić się od Planu ostatecznego,

Przywoływana przez Zamawiającego przyczyna unieważnienia przetargu - wewnętrzna relokacja zadań lub środków finansowych - w istocie, zdaniem Odwołującego, nie nastąpiła, bowiem zgodnie z informacjami przedstawionymi w zawiadomieniu, Plan nie uległ zmianie, a istnieje jedynie Projekt takiej zmiany. Powyższe samodzielnie, w ocenie Odwołującego, uniemożliwia zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, nie wystąpiła także druga przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a zatem wystąpienie zmiany niemożliwej do 6

przewidzenia.

Przyjmując, że ww. Projekt Planu został opracowany na szczeblu centralnym Ministerstwa Obrony Narodowej, w ocenie Odwołującego, nie można z samego tego faktu wyprowadzić argumentu, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć.

Odwołujący podniósł, że podmioty publiczne (w tym wypadku MON), realizując zadania, które wymagają ogłoszenia zamówień, często wykonują te czynności za pomocą wyspecjalizowanych jednostek organizacyjnych (RZL). Nie oznacza to jednak, że jednostka taka może unieważniać przetarg w sytuacji zmian czy decyzji organizacyjnych, podjętych przez kierownictwo podmiotu, którego jest częścią. Zmiana wywołana decyzją kierownictwa, związana z relokacją zadań czy środków nie jest bowiem, zdaniem Odwołującego, okolicznością zewnętrzną, lecz wewnętrzną.

Skoro zmiana okoliczności została wywołana przez samą jednostkę zamawiającą (sensu *largo*, tj. jednostkę bądź podmioty jej podległe/nadrzędne) to, w ocenie Odwołującego, nie może być mowy o okolicznościach, których nie można było przewidzieć.

Odwołujący podał, że opracowanie planów zadań, realizowanych przez Siły Zbrojne RP, jest procesem rozciągniętym w czasie, wymagającym gromadzenia danych oraz ich szczegółowej analizy. Organ dysponujący środkami finansowymi, mający w polu widzenia inne zadania realizowane przez Siły Zbrojne RP, wymagające finansowania, powinien, jak podkreślił Odwołujący, z najwyższą starannością dokonać podziału środków, uwzględniając wszystkie okoliczności. Jeżeli organ tych standardów nie spełnił, to zdaniem Odwołującego, nie może to prowadzić do konsekwencji dla wykonawców w postaci unieważnienia postępowania.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że z decyzji Zamawiającego nie wynika, aby sama inwestycja nie miała być realizowana. Co więcej, jak podkreślił Odwołujący, skoro Zamawiający miał zabezpieczone środki na realizację tej inwestycji (bo to był jego oczywisty obowiązek, niezbędny do wszczęcia procedury o udzielenie zamówienia), to nie może teraz nagle zaskakiwać wykonawcy i zmieniać tego stanu rzeczy. Ubocznie zauważenia wymaga, w ocenie Odwołującego, że jeszcze w połowie lutego Zamawiający wzywał Odwołującego do przedstawienia choćby wzoru gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w celu zawarcia umowy z Odwołującym.

Odwołujący raz jeszcze podkreślił, że interes publiczny nie jest tożsamy z interesem Zamawiającego. Zamawiający, jak wyjaśnił Odwołujący, jest logistyczną jednostką wojskową Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, podległą Ministrowi Obrony Narodowej. Jest to więc wyspecjalizowany organ MON w zakresie prowadzenia w Siłach Zbrojnych działalności inwestycyjnej. Zamawiający stanowi niejako jednostkę Sił Zbrojnych, odpowiedzialną za przetargi. 7

Wewnętrzne dyspozycje i rozszady budżetowe Zamawiającego lub jego jednostek zwierzchnich (a więc - w szerokim rozumieniu tego pojęcia - *statio fisci*), nie powinny mieć, zdaniem Odwołującego, wpływu na unieważnienie zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia nie

wskazał nawet, czy zamówienie na budowę czterech hangarów lekkich na terenie kompleksu wojskowego w Leżnicy Wielkiej nadal będzie realizowane, jednak przez inną jednostkę organizacyjną, czy też zaniechano realizacji tego zamówienia,

Odwołujący wskazał, że w tym wypadku interes publiczny musi być na tyle istotny, aby uzasadniał jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania. Interes publiczny przeważa bowiem nad zasadą uczciwej konkurencji oraz uzasadnionych interesów wykonawców jedynie w nadzwyczajnych okolicznościach,

Konkludując, Odwołujący podniósł, że brak jest podstaw prawnych, jak i faktycznych do unieważnienia przez Zamawiającego postępowania. Nie została bowiem spełniona, zdaniem Odwołującego, żadna z przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a brak spełnienia choć jednej przesłanki powoduje, że unieważnienie nie może się ostać.

Potwierdza to także, jak podał Odwołujący, wyrok KIO z dnia 20.06.2006 r., sygn. akt: KIO 919/16, KIO 937/16, KIO 938/16, KIO 939/16, KIO 943/16, KIO 944/16, KIO 946/16, KIO 947/16, KIO 949/16, KIO 951/16, wydany w bardzo zbliżonym stanie faktycznym.

Postępowanie będące podstawą wyrokowania, jak wyjaśnił Odwołujący, zostało zorganizowane przez 2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie. Postępowanie to zostało unieważnione, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu, jak podał Odwołujący, zamawiający wskazał, że otrzymał zawiadomienie, że środki finansowe przeznaczone na realizację zamówienia zostaną wykreślone z planu zakupów na 2016 rok oraz zostaną przeznaczone na inne zadania realizowane przez Siły Zbrojne RP.

Dalej Odwołujący podał, że Izba uwzględniła odwołanie na czynność unieważnienia, w uzasadnieniu wskazując, że „sam zamiar (chęć) wykreślenia środków finansowych przeznaczonych na zakup przedmiotów wyposażenia dla Sił Zbrojnych nie oznacza jeszcze że jest to stan trwały, a co za tym idzie, że wystąpiła już jakakolwiek zmiana okoliczności. Sam zamiar zmiany przeznaczenia środków, jeżeli nie został przełożony na rzeczywistość, nie może być uznany na stan nieodwracalny, którego nie można przewidywać”. Dalej KIO wskazała, jak podał Odwołujący, że „nie można się także zgodzić z tym, jakoby przywoływana przez zamawiającego okoliczność była niemożliwa do przewidzenia. Zamawiający niemożliwość przewidzenia zmiany okoliczności upatrywał w tym, że jest dysponentem środków budżetowych III stopnia. Uważał, że skoro zamiar przesunięcia środków finansowych został mu zakomunikowany przez dysponenta wyższego stopnia, do czego musiał się zastosować, to z jego punktu widzenia jest to okoliczność niemożliwa do przewidzenia w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 6Pzp. (...) Nie ulegało wątpliwości Izby, że 8

decyzyjność odnośnie wszczęcia i prowadzenia procedur o udzielenie zamówienia w takim układzie funkcjonowała niena poziomie kierownika zamawiającego (Komendanta (...) Regionalnej Bazy Logistycznej), ale na poziomie wyższym. W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że zmiana sytuacji polegająca na zamiarze przesunięcia środków finansowych została wytworzona przez jedną ze stron, za którą należy rozumieć szeroko rozumiany Skarb Państwa i nie może być przez tę stronę uznawana za zmianę zewnętrzną”.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 1 marca 2017 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, że „przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć”.

W uzasadnieniu przedmiotowej decyzji Zamawiający wskazał: „Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa czterech hangarów lekkich na terenie kompleksu wojskowego w Leżnicy” prowadzone jest w oparciu o projekt Planu Inwestycji Budowlanych w latach 2017-2022.

W otrzymanym przez Zamawiającego wyciągu z zaktualizowanego „Projektu Planu Inwestycji Budowlanych w latach 2017-2022 w zakresie zadań ujętych w planie na rok 2017, zadanie będące przedmiotem prowadzonego postępowania nie zostało uwzględnione i wskazane jako zadanie do realizacji dla RZI w Bydgoszczy.

W związku z powyższym zachodzi przesłanka braku zasadności dalszego prowadzenia zamówienia publicznego. Okoliczności powyższej nie można było wcześniej przewidzieć.

W orzecznictwie sądowym i Krajowej Izby Odwoławczej przyjęta została jedna linia interpretacyjna art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p., która przyjmuje, że „zmianę okoliczności” należy rozumieć jako zaistnienie pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest

przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania przetargowego nie leży w interesie publicznym. Interes publiczny z kolei nie powinien być utożsamiany z interesem samego zamawiającego ale raczej należy go rozumieć jako cel dla którego zaspokojenie realizowane miało być zamówienie, który to cel zaspokaja konkretnie wskazane potrzeby społeczne.

Zmiana okoliczności musi mieć charakter istotny, czyli faktycznie uniemożliwiający (a nie utrudniający) realizację zamówienia według dotychczasowych założeń.

W przedmiotowym postępowaniu na obecnym jego etapie zaistniały wszystkie powyższe przesłanki skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Decyzja o unieważnieniu podyktowana jest również przepisami ustawy o finansach publicznych, która wymaga, aby zamawiający z sektora finansów publicznych zaciągał zobowiązania w zakresie przewidzianym w swoim planie". 9

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odnosząc się do okoliczności powołanych przez Odwołującego, a mianowicie, że Projekt Planu może w sposób istotny różnić się od Planu Ostatecznego Odwołujący zdaje się stać na stanowisku, choć co przez to stwierdzenie rozumie nie wyjaśnił, że nie można uznać za ostateczną zmianę okoliczności takich, które są zawarte w Projekcie Planu Inwestycji Budowlanych, bowiem taka zmiana musiałaby wynikać z Planu Ostatecznego. Jednakowoż Odwołujący nie dostrzegł, że Zamawiający prowadził to postępowanie na podstawie właśnie Projektu Planu Inwestycji Budowlanych w latach 2017-2022, co wynika wprost z *Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania* i co potwierdził również przebieg rozprawy, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył, a skoro tak, to istotna zmiana, która ma charakter wiążący, może wynikać, a tym samym może być związana z aktualizacją (korektą) tegoż Projektu Planu Inwestycji Budowlanych. Skoro bowiem Zamawiający prowadził całą inwestycję na podstawie Projektu Planu Inwestycji Budowlanych i to był dokument, w którym przewidziano realizację tego zadania, a następnie na skutek zmiany tego dokumentu, zadanie to zostało wykreślone z tego Projektu Planu, to zdaniem Izby, nie ma podstaw do kwestionowania, że nie uczyniono tego w Planie Ostatecznym, którego w ogóle jako podstawy prowadzenia inwestycji Zamawiający w jakichkolwiek dokumentach nie wskazywał i którego obowiązku sporządzenia Odwołujący nawet nie wykazał. Natomiast, co należy podkreślić, z mocy przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba orzeka w granicach zarzutów, a więc okoliczności faktycznych i prawnych, wskazanych w odwołaniu.

Twierdzenia Odwołującego, że Plan nie uległ zmianie, a istnieje jedynie projekt takiej zmiany również nie wydaje się trafne. Odwołujący odwołuje się do Planu, choć nie wykazuje, że taki Plan istnieje, a tym bardziej, że był podstawą działania Zamawiającego. Podobnie należy ocenić twierdzenie, że istnieje projekt zmiany Planu. Jak wyżej wskazano, Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone było na podstawie Projektu Planu Inwestycji Budowlanych, który to Projekt Planu następnie uległ zmianie, a nie że tylko projektowana jest jego zmiana i okolicznościom tym Odwołujący w ogóle nie zaprzeczał. Projekt ten, jak i jego aktualizacja, zostały zatwierdzone przez Ministra Obrony Narodowej i były podstawą działania Zamawiającego w tym postępowaniu, mając na względzie przedmiot tego postępowania i zagwarantowane środki.

Reasumując stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał, że istotna zmiana okoliczności nie wystąpiła, bowiem zmiany dotyczące realizacji tego zadania zawarte są w Projekcie Planu Inwestycji Budowlanych, a żeby uznać zmianę określonych okoliczności za skutecznie wprowadzoną należałoby to uczynić Planie Ostatecznym. Niezależnie od tego, że 10

Odwołujący nie wykazał, że za skutecznie wprowadzoną zmianę można uznać jedynie tę, zawartą w Planie Ostatecznym, to zdaniem Izby, nie było takiej konieczności, bowiem dokumentem stanowiącym podstawę działania i prowadzenia spornego zamówienia był Projekt Planu Inwestycji Budowlanych i jego zmiana w taki sposób, że przedmiotowa inwestycja z rzeczzonego Projektu Planu została wykreślona, a więc została usunięta z listy inwestycji, które będą realizowane i oba te dokumenty zostały zatwierdzone przez Ministra Obrony Narodowej, stanowi skuteczne potwierdzenia dokonania tej zmiany.

Nieizszczenie się drugiej przesłanki, z którą ustawodawca wiąże unieważnienie postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a mianowicie, że rzeczony zmiany okoliczności nie można było przewidzieć, Odwołujący wiąże z faktem, iż

zmiana okoliczności została wywołana przez samą jednostkę zamawiającą w rozumieniu *sensu largo*, a więc zmiana nie dotyczy okoliczności zewnętrznych, ale wewnętrznych, bowiem spowodowana została przez samą jednostkę.

Izba nie podziela tej argumentacji. Zdaniem Izby, ocena, czy zaszły okoliczności, których nie można było przewidzieć winna być dokonywana z punktu widzenia Zamawiającego. W tym postępowaniu Zamawiający jest ściśle określony, jest nim Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy, co wydaje się być bezsporne, a nie Skarb Państwa w rozumieniu wielu *statio fisci*, które go reprezentują.

W ocenie Izby, zamawiający w rozumieniu *sensu largo* nie istnieje. Zamawiający jest określany na gruncie danego postępowania zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 12 ustawy Pzp. Definicja pomieszczona w powołanym przepisie nakazuje wiązać przymiot zamawiającego w danym postępowaniu z określoną jednostką, która zobowiązana jest stosować ustawę Pzp, a więc która prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że zamawiający musi być skonkretyzowany, precyzyjnie określony, jako jednostka, a nie jako grupa podmiotów pozostająca w jakimkolwiek stosunku zależności, czy podległości.

Zatem, zdaniem Izby, skoro Zamawiającym jest Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy to zmiana Projektu Planu Inwestycji Budowlanych niedokonana przez tego Zamawiającego nie może być uznana za okoliczność wewnętrzną. W ocenie Izby, nie sposób uznać za okoliczność możliwą do przewidzenia przez Zamawiającego, a więc zależną od Zamawiającego taką, która została wywołana decyzją organu, na który Zamawiający w żaden sposób nie ma wpływu.

Za rozumieniem Zamawiającego w sposób ścisły, wskazany przez Izbę, przemawiają również szczegółowe regulacje dotyczącego Zamawiającego. Wystarczy wskazać statut Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy wprowadzony zarządzeniem Nr 28/MON z dnia 31 października 2013 r. w sprawie nadania statutu Inspektoratowi Wsparcia Sił Zbrojnych oraz jednostkom podległym Szefowi Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych, z 11

którego wynika, że Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy jest jednostką budżetową w rozumieniu art. 11 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.) - § 1 przedmiotowego statutu, zaś szef Zarządu jest kierownikiem jednostki budżetowej w rozumieniu powołanej ustawy i dowódcą jednostki wojskowej w rozumieniu ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej - § 9 przywołanego statutu.

Powyższe regulacje w sposób jednoznaczny wskazują, że jest to jednostka, która jest samodzielnym Zamawiającym i z tych względów należy uznać, że skoro ten konkretny Zamawiający prowadzi postępowanie, to jest on władny podejmować decyzje dotyczące jego unieważnienia z punktu widzenia okoliczności, które nie dotyczą jego samego, mając na względzie ich wpływ na postępowanie

Zdaniem Izby, nieuprawnione jest twierdzenie, że okoliczności, które dotyczą innych podmiotów i które nie są Zamawiającymi w tym postępowaniu, winny być uznawane jako okoliczności wewnętrzne, związane bezpośrednio z Zamawiającym, choć ten, na te okoliczności nie miał żadnego wpływu. W ocenie Izby, właśnie ten brak wpływu decyduje o tym, że są to okoliczności zewnętrzne, których nie można było przewidzieć.

Oceny tej nie zmienia fakt, że Projekt Planu, jak i jego aktualizacja zatwierdzona została na przez Ministra Obrony Narodowej, a więc na wyższym szczeblu i że Zamawiający jest podległy temuż Ministrowi, bowiem gdyby w taki sposób oceniać sytuację, należałoby odrzucić definicję i rolę Zamawiającego w postępowaniu, co nie jest uprawnione.

Nadto, należy zauważyć, że najczęściej Zamawiający są podmiotami, które uzyskują finansowanie i akceptację co do prowadzenia określonych inwestycji od organów wyższego szczebla, które wdrażają określoną strategię państwa, ale te powiązania, które istnieją w ramach Skarbu Państwa, czy też pomiędzy jednostkami Skarbu Państwa nie mogą być rozumiane jako konglomerat okoliczności wewnętrznych, bo to by oznaczało, że przepis ten znajduje zastosowanie jedynie w jakiś ekstraordynaryjnych sytuacjach, z pominięciem nawet strategii w danej dziedzinie działalności państwa, co zdaniem Izby, jest nieuzasadnione. Doprowadziłoby to bowiem do takiej sytuacji, w której strategię państwa określają i realizują nie organy do tego uprawnione, ale wykonawcy.

Zdaniem Izby, dostrzeżenia również wymaga, że także na gruncie regulacji dotyczących finansów publicznych, które mają ścisły związek z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, postrzeganie tych okoliczności jako zewnętrznych jest

uzasadnione. Po pierwsze bowiem, z mocy art. 44 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1870 ze zm.), wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokościach ustalonych w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych. Oznacza to, że jedną z podstawowych zasad determinujących wydatkowanie środków publicznych jest ta, iż wydatki i łączne rozchody publiczne ujęte w 12

budżetach i planach finansowych jednostek sektora finansów publicznych stanowią nieprzekraczalny limit - tzw. zasada dyrektywnego charakteru ich wydatków i rozchodów.

Po drugie, przy dokonywaniu tej oceny nie można tracić z pola widzenia również przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 168 ze zm.), które stanowią, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest m.in. dokonanie zmiany w budżecie lub planie, stanowiącym podstawę gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych, bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia (art. 10), dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków (art. 11), zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych (art. 15).

Powołane przepisy, zdaniem Izby, potwierdzają, że skoro jednostka finansów publicznych winna wydatkować środki publiczne na cele i w wysokości określonej dla niej planem, to zmiana tego planu, jeśli nie pochodzi od tej jednostki, a pochodzić nie może, bo do tego Zamawiający upoważnienia nie posiada i Odwołujący okoliczności przeciwnej nie wykazał, musi być rozumiana jako okoliczność zewnętrzna, niezależna od Zamawiającego, której nie można było przewidzieć.

Nie sposób z przepisów prawa wywieść twierdzenia, na które wskazuje Odwołujący, że Plan zmianie ulec nie może, w związku z tym Zamawiający musi przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia. Zdaniem Izby, nie sposób sobie wyobrazić, żeby wystąpienie jakichkolwiek okoliczności nie mogło powodować zmiany Planu. Z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp taki wniosek nie wynika, natomiast istotne jest, czy ta zmiana Planu czy też Projektu Planu podpada pod okoliczności wskazane w powołanym przepisie i zdaniem Izby tak właśnie jest.

Tak daleko idące twierdzenie Odwołującego powodowałoby, że jednostki Skarbu Państwa nie mogłyby dokonywać jakiegokolwiek zmiany swoich decyzji, co biorąc pod uwagę, kto jest dysponentem środków publicznych i gospodarzem postępowania, a wreszcie, kto realizuje strategię państwa jest nie do zaakceptowania.

Co do interesu publicznego Odwołujący podniósł, że nie można go utożsamiać z interesem Zamawiającego i z tym należy się zgodzić. Niemniej jednak Izba nie dostrzega w unieważnieniu przedmiotowego postępowania preferowania interesu Zamawiającego. Zamawiający nie prowadzi nawet postępowania dla zabezpieczenia własnych potrzeb *sensu stricto*. Należy zwrócić uwagę, że zdania Zamawiającego są określone szeroko, z punktu 13

widzenia zabezpieczenia interesów państwa. Zadaniem Zarządu jest realizacja zabezpieczenia finansowego i logistycznego jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej przydzielonych mu na zgodnie z przedziałów zaopatrzenie planem gospodarczych resortu obrony narodowej (§ 7 ust. 1 powoływanego statutu). Trudno więc w tych okolicznościach poszukiwać tożsamości interesu Zamawiającego z prowadzonym postępowaniem.

Odwołujący stwierdził również, że wewnętrzne dyspozycje lub rozszady budżetowe Zamawiającego lub jego jednostek zwierzchnich nie mogą prowadzić do unieważnienia postępowania. Jak powyższe twierdzenie rozumieć w kontekście interesu publicznego Odwołujący nie wyjaśnił, ale zdaje się, że Odwołujący dąży do bagatelizowania tych decyzji i umniejszania ich rangi, posługując się pojęciami „dyspozycje”, „roszady”, tymczasem zaś mamy do czynienia z określeniem i aktualizowaniem strategii z dziedziny obronności państwa na szczeblu centralnym.

Zdaniem Izby, rzeczony interes publiczny należy wiązać z celowością prowadzenia określonego postępowania i dążeniem do udzielenia określonego zamówienia, którą

powinien określać organ realizujący strategię państwa w danej dziedzinie, a nie wykonawca.

Na moment podejmowania decyzji Zamawiający wiedział, bowiem dysponował zaktualizowanym Projektem Planu Inwestycji Budowlanych w latach 2017-2022, że przedmiotowa inwestycja nie została w tym Planie uwzględniona i to wskazał. Stąd też twierdzenia Odwołującego, że powstawały wątpliwości wydają się nieuzasadnione.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że rezygnacja z realizacji określonej decyzji, która zapada na szczeblu centralnym, gdzie określane są zadania państwa, zdaniem Izby, musi być rozumiana jako brak interesu publicznego, bowiem gdyby twierdzić inaczej, to trudno sobie wyobrazić, kto ten interes publiczny władny byłby określić.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał, że decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania była nieusprawiedliwiona w świetle przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Izba stoi na stanowisku, iż ciężar dowodu w sensie procesowym spoczywał na Odwołującym, bowiem to on z określonych twierdzeń wywodził skutki prawne (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp). Odmienny rozkład ciężaru dowodu ustawodawca określił jedynie w przypadku rażąco niskiej ceny (art. 190 ust. 1a ustawy Pzp), której ta sprawa nie dotyczy. Oczywiście nie zmienia to faktu, że z mocy art. 93 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji o unieważnieniu postępowania i w tym znaczeniu można mówić o pewnym obowiązku wykazania przez Zamawiającego okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania, bowiem tylko one podlegają ocenie Izby i jednocześnie kwestionowaniu przez Odwołującego, ale nie jest to nadzwyczajna sytuacja, zwłaszcza w świetle przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Przy czym 14

należy zwrócić uwagę, że Odwołujący nie kwestionuje tego uzasadnienia, ale uważa, że okoliczności podane przez Zamawiającego nie powinny skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Natomiast, jeśli by nawet przyjąć, że ciężar dowodu spoczywał na Zamawiającym, to zdaniem Izby, Zamawiający udźwignął go. Po pierwsze, Zamawiający istotną zmianę okoliczności wiązał z aktualizacją Projektu Planu Inwestycji Budowlanych w latach 2017-2022, w oparciu o który prowadzona jest rzeczona inwestycja. Projekt Planu przewidywał realizację tej inwestycji, zaś jego aktualizacja już nie, zatem Izba podziela stanowisko Zamawiającego, bowiem jest to istotna okoliczność, gdyż odpadła podstawa prowadzenia przedmiotowego postępowania. Zamawiający nie posiadając ani akceptacji przedmiotowej ani finansowej co do prowadzenia tego postępowania, a co miał wcześniej, nie inaczej może określić tę zmianę, jako istotną zmianę okoliczności.

Rzeczona zmiana powoduje, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, jeśli bowiem organ określający strategię w dziedzinie obronności państwa nie dostrzega konieczności realizacji tego zadania, to oznacza, że nie leży ono w interesie publicznym. Prawdłowo zatem Zamawiający decyzję o aktualizacji Projektu Planu Inwestycji Budowlanych postrzega jako brak interesu publicznego w tym zakresie. Wyrazem braku tego interesu jest zatem rzeczona aktualizacja powoływane Projektu Planu.

Wreszcie, Izba zgadza się z Zamawiającym, że okoliczności tej nie można było przewidzieć, bowiem aktualizacja przedmiotowego Projektu Planu nie była wynikiem decyzji Zamawiającego, ale decyzji zewnętrznych, o czym szerzej była mowa wyżej.

Reasumując, co do zasady Izba popiera tezy formułowane w orzecznictwie w przedmiocie unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Izba zobowiązana była do oceny okoliczności zaistniałych w tej konkretnej sprawie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), uznając, że decyzja Zamawiającego jest prawidłowa.

Oceny tej nie zmienia okoliczność, której Odwołujący nawet nie podniósł, że po unieważnieniu postępowania podjęto decyzję o wprowadzeniu spornej inwestycji do rzeczono Projektu Planu, bowiem po pierwsze, ocena ziszczenia się przesłanek unieważnienia postępowania następuje na moment podjęcia przedmiotowej decyzji. Ocena nie może być prowadzona z punktu widzenia zdarzeń, które w czasie podejmowania decyzji nie zaszły, albo Zamawiający nie miał o nich wiedzy. Nadto, Zamawiający nadal nie dysponuje środkami, które umożliwiałyby mu zaciągnięcie zobowiązania, bowiem te środki są zabezpieczone dopiero od 2020 r.

Co do powoływane przez Odwołującego orzeczenia, które zdaniem Odwołującego, zapadło w podobnym stanie faktycznym należy zauważyć, że po pierwsze, Izba w tamtym 15

postępowaniu dostrzegła, że Zamawiający w oparciu jedynie o zamiar wprowadzenia zmiany finansowania zamówienia unieważnił postępowanie, a nadto nie uzasadnił ziszczenia się przesłanek skutkujących unieważnieniem postępowania (nie wykazał, że zaszły te okoliczności). Zatem, podstawy uwzględniania odwołania były inne niż w niniejszej sprawie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: