Sygn. akt: KIO 3078/20

WYROK
z dnia 14 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Monika Szymanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie, BIOSPEKT Sp. z o.o. w Krakowie i RDLS Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A. w Warszawie

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w części III postępowania: unieważnienie czynności unieważnienia przetargu oraz unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A. w Warszawie i:

3.1.zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie, BIOSPEKT Sp. z o.o. w Krakowie i RDLS Sp. o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2.zasądza od zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A. w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie, BIOSPEKT Sp. z o.o. w Krakowie i RDLS Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 18 600,00 z (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Warszawie.

Przewodniczący:

……

U z a s a d n i e n i e
wyroku z dnia 14 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt: 3078/20

Zamawiający – PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Badania przemysłowe i prace rozwojowe dotyczące analityki i usuwania form azotu ze ścieków z mokrego odsiarczania spalin", podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 5 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 087-208989, zwane dalej jako „postępowanie".

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 23 listopada 2020 r. odwołanie wobec czynności unieważnienia przez zamawiającego postępowania wniosło konsorcjum Instytutu Ochrony Środowiska - Państwowego Instytutu Badawczego ul. Krucza 5/11D, 00-548 Warszawa, BIOSPEKT Sp. z o.o. ul. Gronostajowa 7, 30-387 Kraków i RDLS Sp. z o.o. ul. Miecznikowa 1/5a, 02-09 Warszawa (dalej zwani jako „odwołujący").

We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący wskazał, że bezpodstawne unieważnienie, w dniu 18 listopada 2020 r., postępowania wynika z dokonania przez zamawiającego błędnej wykładni art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., w kontekście szeroko rozumianego interesu publicznego, jakim bezsprzecznie jest ochrona środowiska przed konsekwencjami wynikającymi z wprowadzania do środowiska związków azotu w postaci ścieków przemysłowych oraz poprzez przyjęcie, że jedną z podstaw unieważnienia postępowania może być panująca w Polsce epidemia SARS - COVID19, w tym całkowite pominięcie, w uzasadnieniu unieważnienia, celów ustawodawcy, w kontekście ustawy z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. (Dz.U. 2020 poz. 694).

Zdaniem odwołującego jednostka zamawiająca naruszyła art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie uwzględnienia interesu publicznego przy ocenie stanu faktycznego i uniemożliwienie odwołującemu, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, dalszego udziału w postępowaniu i zawarcia umowy, przez co odwołujący został pozbawiony szans na uzyskanie zamówienia, a także art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., poprzez dokonywanie swobodnej wykładni przepisów, nieznajdującej uzasadnienia w stanie faktycznym.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności unieważnienia wyboru ofert najkorzystniejszych w postępowaniu, uznania, że unieważnienie postępowania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego oraz dokonania czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje.

Zamawiający błędnie przyjął, że w katalogu przesłanek dotyczących unieważnienia postępowania, o którym mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., mieszczą się okoliczności faktyczne, jakie miały miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Norma ta wymaga bowiem kumulatywnego wystąpienia wymienionych w niej przesłanek, w przeciwnym wypadku

unieważnienie postępowania jest niedopuszczalne. Zamawiający zobowiązany jest więc udowodnić, że: – zmiana okoliczności musi faktycznie zaistnieć (nie wystarczy tylko możliwość jej zaistnienia), – zmiana musi być na tyle istotna, że musi powodować, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, – zmiany okoliczności nie można było wcześniej obiektywnie przewidzieć (przy zachowaniu przez zamawiającego należytej staranności).

1.Argumentacja związana ze wskazaniem w piśmie zamawiającego – jako przyczyny unieważnienia postępowania – braku przydatności technologii usuwania form azotu ze ścieków w kontekście braku interesu publicznego.

Zamawiający, w piśmie o unieważnieniu postępowania, wskazuje: „Obrany kierunek dalszej działalności GK PGE powoduje, że w interesie publicznym nie leży dalsze inwestowanie w technologię ściśle związaną z pracą instalacji odsiarczania spalin, które są dedykowane dla jednostek węglowych. Co za tym idzie, przy tak diametralnej zmianie strategii biznesowej zarówno całej GK PGE, jak i samej spółki PGE EC, bezzasadnym i niewłaściwym byłoby wydatkowanie publicznych pieniędzy na realizację zamówienia w ramach projektu, który nie jest zgodny z celami obranymi przez cały sektor energetyczny".

W przekonaniu odwołującego zamawiający przyjął mylną interpretację regulacji art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., utożsamiając interes własny zamawiającego z interesem publicznym. W przypadku technologii będącej przedmiotem postępowania, bezspornie interesem publicznym jest dbałość o środowisko naturalne. Ten interes nie znika w przypadku zmiany strategii biznesowej zamawiającego, w stosunku do węglowych źródeł energii, które w perspektywie następnych 20-30 lat mają być zastąpione technologiami przyjaznymi środowisku. Instalacje węglowe będą działały nadal, dlatego porzucenie inwestycji zmniejszających ich uciążliwość jest sprzeczne z interesem publicznym. Opracowanie technologii będącej przedmiotem zamówienia ma służyć obniżeniu ilości związków azotowych, trafiających do środowiska w postaci ścieków z mokrego odsiarczania spalin, co jest tożsame z interesem publicznym. Zaś powołanie się na przesłankę unieważnienia, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem „interes publiczny", który niekoniecznie musi być zbieżny z interesem zamawiającego. Można nawet postawić tezę, że powinien pozostawać w oderwaniu od interesu zamawiającego. Zamawiający bowiem wszczyna i prowadzi postępowanie w celu wykonania zadań często związanych z interesem publicznym. Natomiast unieważnienie postępowania może uniemożliwić mu wykonanie ciążących na nim zadań. Tymczasem nie brak udzielenia zamówienia ma powodować naruszenie interesu publicznego, a wręcz przeciwnie – wykonanie zadania (udzielenie zamówienia) ma być sprzeczne z interesem publicznym. Dlatego stosowanie tej przesłanki wymaga dużej rozwagi i wykazania rzeczywistej szkody, jaką w interesie publicznym mogłoby spowodować udzielenie zamówienia. (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019, Legalis, komentarz do art. 93, pkt 11).

Zamawiający powinien zatem wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania, kiedy domniemany przez jednostkę zamawiającą interes publiczny jest w istocie interesem własnym zamawiającego, opartym na niechęci wydatkowania środków własnych. Jednocześnie zamawiający sam doprowadził do sytuacji, w której jest niejako zmuszony wydatkować wyłącznie środki własne, co wykazano w dalszej części odwołania. W opinii odwołującego unieważnienie postępowania obarczone jest wadą i brakiem wzięcia przez zamawiającego pod uwagę wszelkich okoliczności jakie składają się na interes publiczny, który nie jest równorzędny interesowi zamawiającego.

Dodatkowo, w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że dla prawidłowego stosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. konieczne jest ustalenie i możliwość wykazania, że m.in. zmiana okoliczności jest istotna, czyli na tyle znacząca i niebagatelna, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym (por. wyr. SO w Lublinie z 10.4.2009 r., sygn. akt: IX Ga 30/08); Nadto, do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. nieodzowne jest stwierdzenie, że na skutek nadzwyczajnych okoliczności wykonanie zamówienia będzie niecelowe lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Kiedy w uzasadnieniu unieważnienia nie zawarto powyższych kwestii.

Co więcej, zamawiający w ogóle nie bierze pod uwagę szeroko pojętego interesu publicznego. Powszechnie wiadomym jest, że do transformacji, o której pisze zamawiający w unieważnieniu postępowania, polegającej na stopniowym odchodzeniu od węgla na rzecz gazu, a także zielonych źródeł energii, nie dojdzie w krótkim czasie. Istniejące elektrociepłownie węglowe, będące obecnie w eksploatacji PGE EC, zostaną zmodernizowane w kierunku wykorzystania paliwa gazowego zapewne w perspektywie nie krótszej niż 15 lat. Do tego czasu będą pozostawać źródłem niebezpiecznych ścieków z IMOS, zawierających wysokie stężenia azotu. Okres dochodzenia do stanu docelowego jest na tyle długi, że w pełni uzasadnia potrzebę i konieczność rozwiązania tego problemu, czemu miał służyć zaniechany projekt badawczy. Z danych szacunkowych, będących w posiadaniu odwołującego, wynika, że tylko jeden obiekt - EC Gdańsk przez orientacyjnie podane powyżej 15 lat wprowadzi do wód wraz ze ściekami około 1300 ton azotu. Aby uświadomić jakie skutki przynosi obecność azotu w ściekach, a w następstwie jego zrzut do wód naturalnych odwołujący wskazuje, że związki azotu są odpowiedzialne za zjawisko eutrofizacji, które niesie za sobą szereg negatywnych zmian. Przyjmuje się, że uwolnienie do wód 1 kg azotu powoduje przyrost biomasy roślinnej o ok. 16 kg. Na skutek tak intensywnego przyrostu w wodach może występować deficyt tlenu, co pociąga ogromne konsekwencje dla życia biologicznego. Usuwanie bądź zapobieganie zrzutom związków azotu do wód naturalnych jest niezwykle istotnym procesem, który eliminuje zjawisko eutrofizacji, a w konsekwencji dewastację ekosystemów wodnych. Zatem, według odwołującego, wykonanie przedmiotowego zamówienia zdecydowanie leży w interesie publicznym.

Ponadto, stanowisko zamawiającego przedstawione w unieważnieniu postępowania nie zostało poparte żadnymi argumentami i w żaden sposób nie uzasadnia interesu publicznego. Tezy zamawiającego są pozorne, opierają się na nośnym i popularnym argumencie „odchodzenia od węgla" i zwiększenia udziału „zielonej energii" w miksie energetycznym kraju. Niestety transformacja ta nie nastąpi szybko. Do czasu gdy PGE SA przejdzie na „zieloną energię" środowisko zostanie znacząco zanieczyszczone, między innymi wprowadzeniem różnych form azotu do wód. Pogorszy to stan środowiska. Przeciwdziałanie wprowadzaniu zanieczyszczeń leży w interesie publicznym. Natomiast rezygnacja z tych działań generująca oszczędności leży jedynie w interesie zamawiającego, ponieważ generuje po stronie jednostki zamawiającej oszczędności w budżecie.

Odwołujący zauważył także, iż argumenty zamawiającego nie znajdują potwierdzenia w faktach - tezie przedstawionej w piśmie zamawiającego przeczą dokumenty opublikowane przez PGE S.A., zatem są obliczone na pozorność wykazania celu unieważnienia postępowania.

Podsumowując rozważania na temat interesu publicznego odwołujący dodał, że próby jego zdefiniowania podejmował się Trybunał Konstytucyjny, który wskazał m.in., iż „interes publiczny jest pojęciem niedookreślonym, którego funkcja w stosowaniu prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego w możliwości reagowania na sytuacje faktyczne doniosłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych, prowadzącym do elastycznego i słusznego rozstrzygania spraw" (tak wyr. KIO z 9.11.200 r. sygn.

akt: KIO 13/07).

W ocenie odwołującego, trudno więc uznać za leżące w interesie publicznym - rozumianym jako sytuacje doniosłe prawnie, społecznie i gospodarczo - unieważnienie postępowania, którego podstawowym celem jest opracowanie technologii służącej obniżeniu ilości związków azotowych trafiających do środowiska w postaci ścieków z mokrego odsiarczania spalin. Wygenerowane w ten sposób dla zamawiającego oszczędności (kosztem środowiska), nie mogą być w świetle powyższej wykładni definiowane jako interes publiczny. Innymi słowy, nie można nowej strategii biznesowej zamawiającego interpretować jako pretekstu do zaprzestania inwestycji prośrodowiskowych. Elektrownie i elektrociepłownie korzystające z węgla nie znikną jeszcze przez dziesięciolecia z naszego otoczenia, a na zamawiającym, jako podmiocie, który z nich korzysta, leży zapewnienie ich działania w sposób, który w jak najmniejszym stopniu szkodzi środowisku.

Rekapitulując, w ocenie odwołującego przedsięwzięcie unieważnione przez zamawiającego jest jak najbardziej przedsięwzięciem służącym ogółowi, jego kontynuowanie leży w interesie całego społeczeństwa. Mając zatem na uwadze powyższe argumenty nie została spełniona przesłanka, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., tj. konieczność udowodnienia, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

2.Argumentacja podważająca stanowisko zamawiającego, że unieważnienie postępowania nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych.

Domniemany przez zamawiającego interes publiczny jest w istocie interesem własnym zamawiającego, opartym na niechęci wydatkowania środków własnych. Jednocześnie do sytuacji, w której zamawiający musiałby wydatkować środki własne doprowadziły poniższe działania jednostki zamawiającej.

Brak należytej staranności i opieszałość w prowadzeniu wcześniejszego postepowania, w analogicznym zakresie, skutkiem, czego zamawiający również niezasadnie unieważnił wcześniejszą procedurę o udzielenie zamówienia publicznego. Poprzednia procedura („Badania przemysłowe i prace rozwojowe dotyczące analityki i usuwania form azotu ze ścieków z mokrego odsiarczania spalin", nr referencyjny 1001259200) w sprawie zamówienia publicznego została wszczęta w dniu 18.09.2019. Otwarcie ofert nastąpiło w terminie ustawowym, 22.10.2019 r., zaś finalne rozstrzygnięcie polegające na nieudzieleniu zamówienia zostało wysłane do wykonawców 4.03.2020 r., a zatem po blisko pięciu miesiącach.

Opieszałość w rozstrzyganiu aktualnej procedury. Ponowne postępowanie na „Badania przemysłowe i prace rozwojowe dotyczące analityki i usuwania form azotu ze ścieków z mokrego odsiarczania spalin" zostało wszczęte po ponad rocznej przerwie 5.05.2020 r. Zamawiający zwlekał ze wszczęciem postępowania mimo, że był doskonale świadom zagrożeń i trudności w dotrzymaniu terminów z umowy o dofinansowanie NCBiR. Nadto procedura wyboru oferty najkorzystniejszej trwała od 10.06.2020 r. (otwarcie ofert) do 18.11.2020 r. (unieważnienie postępowania). Bez wątpienia wynika to z opieszałości samego zamawiającego, na co wskazują następujące fakty: w części III została złożona tylko 1 oferta, wezwanie z art. 26 ust. 1 p.z.p. zostało wysłane do wykonawców już w dniu 17.06.2020 r., czyli siedem dni po otwarciu ofert, a miedzy złożeniem dokumentów na wezwanie, a wyborem oferty upłynęły aż trzy miesiące, miedzy wyborem oferty, a unieważnieniem postępowania upływają kolejne dwa miesiące.

Zaniechania podjęcia działań zmierzających do aneksowania umowy o dofinansowanie oraz braku podjęcia działań zmierzających do analizy nawet możliwych zmian w umowie o dofinansowanie, na gruncie ustawy z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. (Dz.U. 2020 poz. 694). Zamawiający posiada możliwości wynikające z treści umowy o dofinansowanie, aby taką umowę kontynuować, aneksując termin jej zakończenia. Nadto zamawiający zaniechał, a przynajmniej nie wykazał w piśmie, że przeanalizował możliwość dokonania zmian w umowie o dofinansowanie na gruncie ww. ustawy, o czym będzie mowa w dalszej części odwołania. Dodatkowo, członkowie konsorcjum zgodnie oświadczają, że trwająca epidemia COVID 19 nie miałaby znaczącego wpływu na realizację przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji powyższego, według odwołującego, unieważnienie aktualnego postępowania jest wynikiem działań i zaniechań, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający. Zatem nie można mówić o obiektywnej przyczynie braku możliwości przewidzenia zmian okoliczności w postępowaniu, tym samym nie została spełniona przesłanka wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., wskazująca, że unieważnienie postępowania nastąpiło z przyczyn niezależnych od zamawiającego.

3.Argumentacja związana ze wskazanym w piśmie zamawiającego – jako przyczyny unieważnienia postępowania – brakiem możliwości przewidzenia zmiany otoczenia biznesowego.

Zamawiający w piśmie unieważniającym postępowanie z dnia 18.11.2020 r. wskazuje: „Ogłaszając postępowanie i dokonując wyboru ofert najkorzystniejszych w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający działał w dobrej wierze, mając na uwadze posiadanie części przyznanej dotacji oraz wytyczony kierunek działań zgodny z ówczesnym modelem biznesowym oraz interesem Spółki. Wszystkie działania prowadzone były z zachowaniem wszelkiej staranności w kierunku wyłonienia Wykonawcy dającego rękojmię należytej realizacji założonych prac badawczo-rozwojowych, umożliwiającego pełną realizację celów projektu dotowanego. Niemożliwa do przewidzenia była tak istotna i daleko idąca zmiana otoczenia biznesowego, która w powiązaniu z okolicznościami towarzyszącymi, tj. oszczędnościami, zmianą modelu biznesowego, wydłużeniem przedmiotowego postępowania, wpłynęła na zasadność realizacji Projektu".

Zgodnie z powyższą informacją już w 22.04.2020 PGE ogłosiło na swoich stronach, że cyt.: „Plany optymalizacji i racjonalizacji działań mieliśmy już przed pandemią COVID-19 znając wyniki finansowe Grupy PGE za rok 2019, ale teraz, w obliczu zaistniałych okoliczności, tym bardziej musimy rozważnie gospodarować naszymi zasobami." – zgodnie z dowodem nr 1. Z powyższego dla odwołującego bezspornie wynika, że plany biznesowe, na które powołuje się zamawiający w swoim piśmie, były znane na długo przez wszczęciem postepowania będącego przedmiotem Odwołania (wszczęcie 5.05.2020 r.). Tym samym nie została spełniona kolejna przesłanka, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. – zamawiający nie wykazał, że unieważnienie postępowania jest następstwem okoliczności, których nie mógł przewidzieć.

4.Argumentacja związana ze wskazaniem w piśmie zamawiającego – jako przyczyny unieważnienia postępowania – konieczności optymalizacji kosztów w związku z epidemią SARS-COVID19.

W kontekście przywołanych wyżej stanowisk, zdaniem odwołującego, za nietrafione uznać należy twierdzenia zamawiającego, że w wyniku zakwalifikowania przez Światową Organizację Zdrowia rozprzestrzeniania się koronawirusa SARS-CoV, jako pandemii, w tym postępowaniu doszło do konieczności przyspieszenia transformacji i wdrożenia szeroko zakrojonej optymalizacji kosztów i połączenie tego w jednym niemal zdaniu z decyzją NCBR o wstrzymaniu dofinansowania dla projektu, co spowodowało konieczność zapewnienia środków na sfinansowania projektu przez zamawiającego w 100% planowanych kosztów.

W unieważnieniu postepowania, zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnia, co dokładnie uniemożliwia dalsze

prowadzenie postepowania czy realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nadto w żadnym z tych stwierdzeń zamawiający nie przedstawił analizy aktualnej sytuacji prawnej panującej na „runku" projektów współfinansowanych. Zamawiający nie wykazał, że elementy wedle niego niemożliwe do sfinansowania, nie mogą zostać zmodyfikowane, czy to w zakresie terminu, czy sposobu wykonania na gruncie ustawy z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. (Dz.U. 2020 poz. 694).

Program Operacyjny Inteligentny Rozwój jest objęty przepisami ww. ustawy (zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy), co za tym idzie objęty jest regulacjami: „[…] których celem jest płynna realizacja i rozliczenie projektów dofinansowanych w ramach programów operacyjnych, w warunkach kryzysu wywołanego pandemią SARS-CoV-2, zwanej dalej „COVID-19" (druk sejmowy nr 313 – uzasadnienie do projektu ustawy o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19). Do projektu objętego zamówieniem, którego tyczy się odwołanie zastosowanie ma również niniejsza zasada: „[…] daje podstawę prawną instytucjom uczestniczącym w systemie wdrażania środków europejskich do elastycznego podejścia we wdrażaniu i realizacji projektów objętych dofinansowaniem w ramach programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19. Projekt ustawy uwzględnia szczególne okoliczności, w jakich znaleźli się wnioskodawcy programów operacyjnych i beneficjenci realizujący projekty, na których negatywnie wpłynie wystąpienie COVID-19. Z uwagi na wyjątkowy charakter zaistniałych okoliczności projektowana ustawa wprowadza regulacje stanowiące odstępstwa i wyjątki od obowiązujących zasad wdrażania, realizacji i rozliczania projektów w ramach programów operacyjnych"

Jak wynika z pisma dotyczącego unieważnienia postępowania zamawiający nie uprawdopodobnił możliwości dokonania zmian w umowie o dofinansowanie, w szczególności na gruncie art. 12, art. 13 i art. 28 ustawy z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r.

Odwołujący dodał, ze w § 17 wzoru umowy o dofinansowanie z projektu POIR założono możliwość zmiany terminów realizacji poszczególnych działań i etapów projektu, określonych we wniosku o dofinansowanie, o ile zmiana ta przekracza trzy miesiące i jednocześnie pozostaje bez wpływu na ustalony w umowie termin złożenia wniosku o płatność końcową. Tym samym wątpliwym jest, iż przyczyną, jaka legła u podstaw unieważnienia postępowania, jest wstrzymanie dofinansowania na projekcie, a nawet jeśli tak, to bezsprzecznym zaniechaniem beneficjenta jest nieskorzystanie z możliwości, jakie daje zawarta z NCBR umowa, czy regulacje ustawy o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r.

Ponadto, w świetle art. 93 ust. 1a p.z.p., zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli środki, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane. Warunkiem pozwalającym na skorzystanie z tej możliwości jest zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu takiej informacji. W postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, zamawiający nie przewidział takiego warunku. W ocenie odwołującego, domniemywać więc należy, że intencją zamawiającego było kontynuowanie projektu niezależnie od finansowania zewnętrznego.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Ponadto, jak wskazał odwołujący, jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w tym, że zamawiający, poprzez dokonanie błędnej wykładni przepisów dotyczących unieważnienia postępowania, pozbawił go szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku badania i oceny ofert zamawiający uznał, że oferta konsorcjum jest najkorzystniejsza w części III zamówienia i w związku z tym procedował z liderem konsorcjum zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami p.z.p., wówczas oferta odwołującego zostałaby wybrana i uzyskałby zamówienie, co umożliwiłoby osiągnięcie określonego przychodu i skalkulowanego w ofercie zysku. Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, osią sporu była decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania, której odwołujący zarzucił naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 oraz art. 7 ust. 1 p.z.p., a w konsekwencji ocena, czy w ustalonym stanie faktycznym zaistniały podstawy do skorzystania z tego instrumentu.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. W ocenie składu orzekającego znalazło potwierdzenie w ustalonym stanie rzeczy, że zamawiający w sposób bezprawny unieważnił przetarg, zatem odwołanie posiada uzasadnione podstawy i jako takie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione, co skutkowało nakazaniem jednostce zamawiającej, w sentencji orzeczenia – w części III postępowania, której dotyczy rozpoznawany środek zaskarżenia – anulowania czynności unieważnienia postępowania oraz anulowania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę złożoną przez odwołującego.

Odwołujący wnosił również o nakazanie zamawiającemu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, skład rozpoznający spór nie uwzględnił tego żądania, ze względu na brzmienie art. 192 ust. 6 p.z.p., który stanowi, iż Izba nie może nakazać zawarcia umowy.

W ramach uwag natury ogólnej należy zaznaczyć, że celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 7a p.z.p.). Zamawiający, podejmując decyzję o wszczęciu postępowania, na warunkach określonych w p.z.p. i zgodnie z przyjętymi regułami, ustalonymi w dokumentacji postępowania, decyduje się na doprowadzenie go do końca, którym jest zawarcie umowy. Oznacza to, że wszczęcie postępowania jest w zasadzie równoznaczne ze zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył ofertę

najkorzystniejszą (mieszczącą się w kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia). Zatem unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno być wyjątkiem od zasady, a określony w art. 93 p.z.p. zamknięty katalog powodów unieważnienia przetargu należy interpretować ściśle, dokonując zawężającej wykładni przesłanek unieważnienia (*exceptiones non sunt extendendae*).

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. 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 normie tej mowa o zmianie okoliczności, czyli zaistnieniu pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania nie leży w interesie publicznym. Dochodzi do wystąpienia obiektywnej, trwałej zmiany stanu faktycznego – czego nie można było przewidzieć w chwili wszczęcia postępowania – w stopniu tak istotnym, że powoduje to, iż wykonanie zamówienia będzie niecelowe, lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Dotyczy to więc zdarzeń wyjątkowych i może znaleźć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy kontynuacja postępowania prowadziłoby do wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu. Dodatkowo, przedmiotowa zmiana okoliczności powinna być zmianą niezależną od zamawiającego, zmianą zewnętrzną, ponieważ przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do stanu, w którym strona udzielająca zamówienia ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jest niedopuszczalne na gruncie systemowej i teleologicznej wykładni reguł p.z.p. Istotą bowiem ustawowego uprawnienia do unieważnienia postępowania jest objęcie nim przede wszystkim sytuacji nadzwyczajnych, wyjątkowych – takich, które musi rozwiązać ustawodawca, bowiem zamawiający z samej natury rzeczy nie mógłby ich w żaden sposób uregulować, ponieważ nie mógł liczyć się z tym, że wystąpią.

Ponadto, ciężar udowodnienia wszystkich wskazanych, kumulatywnych przesłanek unieważnienia postępowania spoczywa na zamawiającym, który powinien mu sprostać w udostępnionej wykonawcom decyzji o anulowaniu przetargu, a nie ujawniać je dopiero w trakcie powstałego sporu. Wykorzystanie postępowania odwoławczego przed Izbą, aby przedstawić, co legło u podstaw unieważnienia przetargu narusza naczelną zasadę z art. 7 ust. 1 p.z.p., która nakazuje prowadzenie postępowania zgodnie z zasadą przejrzystości i posiada szczególne znaczenie dla kompetencji zamawiającego w zakresie podawania podstaw faktycznych i prawnych swoich decyzji, które bezpośrednio wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu. Zasada przejrzystości postępowania oznacza bowiem, że wszelkie czynności podejmowane przez jednostkę zamawiającą winny wynikać z jednoznacznych i klarownych przesłanek, którymi kierował się zamawiający i co najważniejsze, przesłanki te muszą być możliwe do zweryfikowania już na etapie podjęcia tych czynności. Brak ujawnienia, w informacji stanowiącej zawiadomienie o unieważnieniu przetargu, wszystkich okoliczności, którymi kierował się zamawiający podejmując zaskarżoną czynność, jest naganne i w sposób znaczący utrudnia rewizję działania zamawiającego. Wymaga przy tym podkreślenia, że postępowanie odwoławcze ma charakter weryfikacyjny – Izba bada, czy zamawiający prawidłowo dokonał unieważnienia postępowania. Zatem nie może być wykorzystane do tego, aby dopiero na tym etapie ujawniać powody podjętej decyzji i rozpocząć rozważanie, czy zamawiający miał uzasadnione podstawy do podjęcia kroków, które podjął przed wniesieniem przez odwołującego środka ochrony prawnej.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Izba wskazuje, że podzieliła w całości stanowisko odwołującego o nieprawidłowym utożsamieniu własnego interesu zamawiającego z interesem publicznym. Zamawiający, w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 13 listopada 2020 r., które było powodem wniesienia odwołania, wskazał, iż nastąpiła zmiana strategii biznesowej GK PGE (ogłoszonej dnia 19 października 2020 r.), która wskazuje na konieczność przyśpieszenia procesu odchodzenia od węgla na rzecz gazu, a także zielonych energii, co przyspiesza proces transformacji i wyklucza jakiekolwiek nadmiarowe inwestycje w technologie związane ze spalaniem węgla. Zdaniem zamawiającego obrany kierunek powoduje, że w interesie publicznym nie leży dalsze inwestowanie w technologię ściśle związaną z pracą instalacji odsiarczania spalin, które są dedykowane dla jednostek węglowych.

Jak trafnie wskazał odwołujący przedmiot zamówienia, czyli technologia usuwania form azotu ze ścieków z mokrego odsiarczania spalin, dedykowana dla jednostek węglowych, służy interesowi publicznemu, jakim jest dbanie o środowisko naturalne i nie znika w przypadku zmiany strategii biznesowej zamawiającego. Z logiki i doświadczenia życiowego wynika, że sam proces odejścia od węglowych źródeł energii, którym zamawiający usprawiedliwiał swoją decyzję, nie nastąpi w perspektywie najbliższych dziesięciu czy piętnastu lat. Instalacje węglowe będą nadal działały i zanieczyszczały środowisko, stąd porzucenie inwestycji zmniejszających ich uciążliwość nie tylko nie wpisuje się w przesłanki unieważnienia przetargu, ale byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w którym wprost leży kontynuowanie inwestycji prośrodowiskowej.

Dalej należy zaznaczyć, że interes publiczny, wskazany w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., nie może być utożsamiany wyłącznie z interesem ekonomicznym zamawiającego. O ile jednostki zamawiające winny dokonywać wydatków w sposób racjonalny, co weryfikują organy kontrolne w ramach swojej kognicji, to jednak czym innym jest unieważnienie przetargu, kiedy inwestycja nie leży w interesie publicznym, a czym innym jest decyzja o zmianie strategii biznesowej. Skoro przedmiotem zamówienia są prace badawcze i rozwojowe, to w ustalonym stanie rzeczy interes publiczny w udzieleniu zamówienia wymaga szerszego spojrzenia, niż sytuacja ekonomiczna zamawiającego, poprzez ogół negatywnych skutków, jakie niesie za sobą odstąpienie od zamówienia.

Wymaga również podkreślenia, że zamawiający nie zdecydował się na podjęcie jakiejkolwiek inicjatywy dowodowej i przestawienie Izbie rzeczonej strategii biznesowej, nie wskazywano także na uzasadnione, obiektywne przeszkody, które powodowałoby brak możliwości przedstawienia składowi orzekającemu kluczowego dowodu potwierdzającego zasadność unieważnienia przetargu. Natomiast, gdyby takie powody zamawiający zgłosił, to zauważyć wypada, że ustawodawca przewidział określone reguły w postępowaniu odwoławczym, umożliwiające składanie dowodów, a zarazem zabezpieczające je przed niepożądanym przez stronę dostępem. Zamawiający nie skorzystał z tych instrumentów i nie złożył dokumentu, którego jest dysponentem, pozostawiając swoje stanowisko jako gołosłowne zapewnienia o nieweryfikowalnych wnioskach, jakie z niego przyjął, co już powodowało, że odwołanie posiada uzasadnione podstawy i zasługuje na uwzględnienie.

Izba zauważa dalej, że art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. dotyczy unieważnienia postępowania, kiedy realizacja danego zamówienia jest bezcelowa, a nie kiedy zamawiający dojdzie do przekonania, że istnieje w jego ocenie interes publiczny większej wagi, związany z nowo obranym przez niego kierunkiem (co do którego ani się szczegółowo nie odniesiono, ani go nie wykazano). Aby podzielić argumentację jednostki zamawiającego o tym, że jedynie unieważnienie przetargu stanowi wyraz ochrony interesu publicznego, wymagałoby to od zamawiającego rzeczowego odniesienia się do aktualnie obranych celów biznesowych, z którymi wiązał konieczność unieważnienia postępowania. Innymi słowy, aby ocenić, czy

zamawiający ma rację, konieczne byłoby, aby przedstawił on swoje stanowisko i podjął próbę jego merytorycznej obrony. Zamawiający całkowicie to pominął, pozostając w zawiadomieniu o anulowaniu przetargu przy hasłowym podniesieniu konieczności przyśpieszenia „odchodzenia od węgla na rzecz gazu", bez żadnych dających się uchwycić, kwantyfikowalnych podstaw tej tezy i bez wyjaśnienia co to *de facto* oznacza. Jeżeli zamawiający w domyśle zakładał, iż w interesie publicznym będzie wydatkowanie środków przeznaczonych na obecny przetarg na inne inwestycje, które bardziej temu celowi służą, to należało to wykazać, a nie tylko hasłowo zanegować, że opracowanie technologii lub sprzedaż licencji na usuwanie form azotu ze ścieków, już nie jest spójne ze strategią spółki – bez podjęcia szerszej próby przybliżenia i wykazania, co tym celem (obecnie) jest.

Gołosłowne zapewnienie zamawiającego, jakie wnioski wyciągnął z nowej strategii biznesowej, bez podzielenia się podstawami swoich interpretacji, powoduje, że nie przedstawiono Izbie podstaw mogących skutkować weryfikacją hipotez zamawiającego. Kiedy zamawiający jest zobowiązany do udowodnienia spełnienia przesłanek usprawiedliwiających unieważnienie postępowania, więc samo przywołanie wniosków zamawiającego z bliżej nieokreślonych założeń dokumentu nowej strategii, którego nie przedłożono, musiało zostać ocenione jako dalece niewystarczające, chociażby z uwagi na wyjątkowy charakter instytucji unieważnienia postępowania.

Zamawiający próbował wskazać nowe okoliczności w odpowiedzi na odwołanie, znacznie rozszerzając stanowisko wskazane w zawiadomieniu o unieważnieniu. Skład orzekający wskazuje, że należy negatywnie należy ocenić działanie zamawiającego, który dopiero przed Izbą ujawnia wykonawcy powody, które legły u podstaw czynności, którą zaskarżono. Jest to działanie spóźnione, ponieważ to na gruncie decyzji zamawiającego z dnia 13 listopada 2020 r. o unieważnieniu przetargu, podjęto decyzję o wniesieniu odwołania i postawieniu zarzutów, którymi Krajowa Izba Odwoławcza jest związana (art. 192 ust. 7 p.z.p.). Nadto formułowanie powodów anulowania przetargu w postępowaniu odwoławczym przed Izbą powoduje, że zamawiający naruszył zasadę przejrzystości (art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 3 *in fine* p.z.p.), która, jak wcześniej wspomniano, jest jedną z generalnych zasad p.z.p.

Skład orzekający dalej stwierdził, że w informacji o unieważnieniu postępowania nie wykazano, aby zmian strategii biznesowej nie można było przewidzieć w chwili wszczęcia postępowania. Zamawiający w ogóle nie odniósł się do tej przesłanki, koniecznej dla skorzystania z art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p.

Natomiast zgodnie z notatką pochodzącą ze strony internetowej zamawiającego – której jednostka zamawiająca nie poważała, Izba także nie znalazła powodów, aby ją zakwestionować – zamawiający prowadził proces analityczny (plany optymalizacji i racjonalizacji działań), co jednak nie wpłynęło na działanie zamawiającego. Sam fakt, że przed wszczęciem przetargu (data notatki 22 czerwca 2020 r., wszczęcie postępowania 5 maja 2020 r.) ogłoszono, że dokonywano procesu analitycznego, obciąża zamawiającego. Skoro zamawiający miał świadomość dokonywania analiz optymalizacji i racjonalizacji zasobów, to posiadał wiedzę, że w jego sytuacji biznesowej coś może się zmienić. Nie podjęto jednak żadnych działań, które pozwalałyby uwzględnić wynik tego procesu, co w ramach zachowania odpowiedniej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p.) należało przewidzieć. Innymi słowy, skoro zamawiający analizował swoje otoczenie biznesowe, to posiadał wiedzę, że w tym przedmiocie mogą nastąpić zmiany, które zachwieją potrzebą prowadzenia postępowania, a jednak nie wprowadzono w dokumentacji przetargu żadnych instrumentów w tym zakresie. Nie wprowadzono niczego, co pozwoliłoby uwzględnić wynik analizy dotyczącej optymalizacji i racjonalizacji zasobów, pomimo że działający starannie i rozsądnie zamawiający powinien to wziąć pod uwagę.

Konsekwencje zaniechania zamawiającego zostały przerzucone na wykonawców, kiedy prawo nie pozwala chronić zamawiającego, który nie wziął pod uwagę konsekwencji zmiany otoczenia realizowanego projektu, co jak udowodniono, weryfikowano już przed wszczęciem przetargu. Zatem Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że zamawiający nie był w stanie przewidzieć zmiany swojego otoczenia biznesowego przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu, zaś zamawiający nie podjął się inicjatywy w zakresie wykazania okoliczności przeciwnej.

Ponadto, skład orzekający podziela stanowisko odwołującego, że zmiana strategii biznesowej nie wpisuje się w przesłankę zmiany okoliczności niezależnej od zamawiającego. Zamawiający sam wykreował okoliczność, z którą wiązano unieważnienie przetargu, więc nie jest to obiektywna przyczyna do zakończenia postępowania – jej zaistnienie nie jest niezależne od samego zamawiającego, a zostało przez niego wywołane.

Zamawiający, w informacji o unieważnieniu przetargu, wskazał również, iż konieczność przyśpieszenia transformacji i wdrożenia szeroko zakrojonej optymalizacji kosztów jest następstwem pandemii COVID-19, takie stanowisko w ocenie Izby nie jest wiarygodne. Przetarg został wszczęty dnia 5 maja 2020 r., zaś regulacje prawne wprowadzone do systemu prawa, w związku z zagrożeniem zdrowia publicznego (ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 374)), zaczęły obowiązywać znacząco wcześniej – jak wskazuje sama data ustawy, opublikowanej na początku marca. Pomijając już okoliczność notoryjną, że informacje o zakażeniach wirusem na świecie były znane jeszcze wcześniej. Stąd niezrozumiałym pozostało, jak w październiku 2020 r., okoliczności dotyczące pandemii, której stan ogłoszono jeszcze przed wszczęciem postępowania, miałyby zostać zakwalifikowane jako obiektywne zmiany okoliczności, których nie można było przewidzieć. Trudno uznać, że racjonalnie działający zamawiający, zobowiązany do zachowania podwyższonego miernika staranności zawodowej – a za takie jednostki należy uznać podmioty działające na rynku zamówień publicznych – wszczynając postępowanie nie wziął pod uwagę następstw stanu pandemii i kilka miesięcy po jej ogłoszeniu wskazuje to jako nową okoliczność, powodującą unieważnienie postępowania, której nie przewidział (ogłaszając przetarg w trakcie trwania stanu pandemii w kraju).

Kolejną nieudowodnioną przez zamawiającego okolicznością pozostało wstrzymanie dofinansowania dla projektu przez NCBiR. W informacji o unieważnieniu wskazano, że w dniu 28 września 2020 r. zamawiający otrzymał taką informację od instytucji pośredniczącej, co powoduje konieczność zapewnienia własnych środków na sfinansowanie. Zaznaczenia wymaga, że zamawiający nie wskazał na powody rzeczonej utraty dofinansowania. Nie przedłożono także dowodów, ani nie odniesiono się w zawiadomieniu o anulowaniu przetargu do istnienia zależności pomiędzy niemożliwością skorzystania z dotacji, a niemożliwością finansowania inwestycji w ogóle. W szczególności mając na uwadze dowód złożony przez odwołującego, w postaci prezentacji dla inwestorów, wskazujący wyniki finansowe i operacyjne GK PGE za III kwartał 2020 r., gdzie osiągnięto wynik na poziomie 1 546 mln zł (EBIDTA), czego zamawiający nie podważał.

W materiale procesowym, w dokumentacji postępowania, znajduje się pismo nr DFP-SFP V.4211.95.2020 z dnia 28 września 2020 r., które zgodnie z protokołem postępowania (str. 12 pkt 27 ppkt 13) zamawiający identyfikuje jako pismo z NCBiR dotyczące wstrzymania dofinansowania. Z treści dokumentu wynika, że otrzymano negatywną opinię eksperta dotyczącą raportu realizacji projektu, z prośbą o odniesienie się przez zamawiającego do poszczególnych

uwag i złożenie wyjaśnień w określonym przez instytucję pośredniczącą terminie. Wskazano także, że decyzja NCBiR jest obecnie na etapie opiniowania przez ekspertów, a uzyskane opinie będą podstawą do podjęcia ostatecznej decyzji w sprawie dalszego finansowania projektu. W Izby orzekającego treść tego dokumentu powoduje, że argumentacja zamawiającego o konieczności zapewnienia środków własnych na realizację inwestycji, wskazana w decyzji o unieważnieniu przetargu, jest sprzeczna z rzeczywistością, takie założenie jest daleko idące i nie wynika z rzeczonego pisma. Ponadto, zamawiający nie zdecydował się na złożenie innego dokumentu, pochodzącego od NCBiR, aby uwiarygodnić swoje założenia.

Skład orzekający stwierdził dalej, że zamawiający w dokumentacji przetargu nie przewidział, aby sposób finansowania był relewantny – o ile faktycznie potwierdziłoby się, że zamawiający utracił dofinansowanie unijne. Ustawodawca zezwolił na unieważnienie postępowania z uwagi na okoliczność związaną z nieprzyznaniem środków na realizację zamówienia (art. 93 ust. 1a pkt 1 p.z.p.), czyniąc z tego przesłankę fakultatywną, którą należy wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu – czego jednostka zamawiająca w postępowaniu objętym sporem nie uczyniła. Zatem nie ma podstaw, aby przyjąć, że intencją zamawiającego nie było kontynuowanie projektu, niezależnie od finansowania unijnego. Nie sposób również przyjąć, że należycie działający zamawiający – sporządzając dokumentację przetargu i znając ustawę, na kanwie której proceduje – nie przeanalizował co się stanie, kiedy nie otrzyma dofinansowania, lub gdy je utraci. Ewentualna konieczności zapewnienia finansowania ze środków własnych, dla każdego podmiotu, który korzysta ze środków unijnych, powinna być zweryfikowana przed wszczęciem przetargu, chociażby ze względu na podjęcie decyzji, czy wykorzysta się w dokumentacji przesłankę fakultatywną do unieważnienia postępowania, o której mowa powyżej.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego, złożony przez odwołującego, wniosek skierowany do zamawiającego o udostępnienie informacji NCBiR z dnia 28 września 2020 r., tym niemniej nie było spornym, że zamawiający nie przekazał odwołującemu tego pisma. Złożona przez odwołującego, jako dowód Konwencja Helsińska z 1992 r. nie dotyczy okoliczności faktycznych, zatem nie jest to środek dowodowy, a raczej poglądowo przedstawiony akt prawny. Natomiast pozwolenie zintegrowane dla Gdańska okazało się nieprzydatne dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, jak również dotyczy faktów podniesionych przez odwołującego poza odwołaniem, kiedy postępowanie dowodowe nie może służyć jako pretekst do uzupełniania okoliczności, które strona jest zobowiązana wskazać we wniesionym środku zaskarżenia. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 3 p.z.p. odwołanie powinno wskazywać okoliczności faktyczne uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia. Dowodzenie w procesie przed Izbą należy utożsamiać z czynnościami strony, zmierzającymi do przekonania składu rozpoznającego spór o prawdziwości przedstawianych twierdzeń faktycznych, a nie do uzupełniania podstawowej treści odwołania. Odwołujący nie wskazał także na żadne okoliczności, które powodowałyby brak możliwości podania wszystkich okoliczności faktycznych w terminie zawitym na wniesienie środka zaskarżenia. Ponadto, złożone przez zamawiającego cztery strony wyciągu z umowy o dofinansowanie nie mają żadnej mocy dowodowej, bowiem wycinek z dokumentu, który mógłby być dowodem, sam w sobie dowodu stanowić nie może.

Konkludując, skład rozpoznający spór stanął na stanowisku, iż wskazane przez zamawiającego przesłanki nie uzasadniają unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Jednostka zamawiająca nie wykazała w dostateczny sposób, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, zatem doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iżw przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w postaci bezpodstawnego unieważnienia wyboru oferty odwołującego i unieważnienia przetargu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 1 i 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. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zasądzone na podstawie złożonej faktury VAT, zmniejszone do kwoty wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

……