

Sygn. akt: KIO 2374/20

WYROK

z dnia 22 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Beata Pakulska-Banach**

Członkowie: **Aleksandra Patyk**

Irmina Pawlik

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 roku przez wykonawcę **H., W. und Partner Architekci Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Muzeum Narodowe w Krakowie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **H., W. und Partner Architekci Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **H., W. und Partner Architekci Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od wykonawcy **H., W. und Partner Architekci Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz zamawiającego **Muzeum Narodowe w Krakowie** kwotę **3 829 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset dwadzieścia dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 2374/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Narodowe w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn.: „Wykonanie dokumentacji projektowej wraz ze świadczeniem usług nadzoru autorskiego podczas realizacji inwestycji – budowa Muzeum Stanisława Wyspiańskiego, numer sprawy EP-ZP-271-51/19”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający przekazał wykonawcy biorącemu udział w negocjacjach informację o rozstrzygnięciu postępowania w dniu 10 września 2020 roku – drogą elektroniczną.

Wykonawca – H., W. und Partner Architekci Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwany dalej: „odwołującym”) w dniu 21 września 2020 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- 1) bezpodstawnym zakończeniu negocjacji i postępowania;
- 2) jedynie pozornym wypłaceniu odwołującemu nagrody w Konkursie, w sytuacji, gdy zamawiający nie miał w istocie zamiaru zawarcia z odwołującym umowy na realizację zadania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 7a zw. z art. 93 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 72 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, dalej jako „k.c.”, w zw. z art. 5 k.c. poprzez bezpodstawne zakończenie negocjacji i postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne sprawy nie pozwalają na uznanie, że strony nie doszły do porozumienia co do treści umowy i przyszłej współpracy. Zachowanie zamawiającego stanowi więc naruszenie przez niego pozycji dominującej w postępowaniu poprzez nadużycie przysługującego mu prawa do kierowania postępowaniem i arbitralne, sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, podjęcie decyzji o zakończeniu postępowania w sposób, niezajdujący oparcia w przepisach Pzp;

z uwagi na niejednoznaczne stanowisko zamawiającego co do podstaw prawnych zakończenia postępowania odwołujący

zarzucił także naruszenie:

- 2) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji, gdy postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 3) art. 125 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 72 § 1 k.c. poprzez jedynie pozorne wypłacenie odwołującemu nagrody w Konkursie, w sytuacji, gdy zamawiający nie miał w istocie zamiaru zawarcia z odwołującym umowy na realizację zadania pod nazwą: *Wykonanie dokumentacji projektowej wraz ze świadczeniem usług nadzoru autorskiego podczas realizacji inwestycji – budowa Muzeum Stanisława Wyspiańskiego* co świadczy o prowadzeniu przez zamawiającego negocjacji z naruszeniem dobrych obyczajów.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zakończenia postępowania, w tym ewentualnej czynności unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz nakazanie zamawiającemu niezwłoczne kontynuowanie bezpodstawnie przerwanych negocjacji.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący wyjaśnił, że ogłoszeniem z dnia 3 maja 2019 r. zamawiający (organizator), przy współpracy ze Stowarzyszeniem Architektów Polskich, Oddział Kraków (współorganizator), ogłosił konkurs architektoniczno-urbanistyczny (dwuetapowy, realizacyjny) na opracowanie: *Koncepcji architektoniczno-urbanistycznej Muzeum Stanisława Wyspiańskiego*, dalej jako: „Konkurs”. Konkurs skierowany był do szerokiego grona odbiorców i miał międzynarodowy zasięg. Jego celem było uzyskanie najlepszego rozwiązania architektoniczno-urbanistycznego dla budynku Muzeum Stanisława Wyspiańskiego. Prace konkursowe oceniał specjalnie do tego powołany sąd konkursowy składający się z grona ekspertów zarówno krajowych, jak i zagranicznych. W dniu 11 października 2019 roku zamawiający poinformował, że pierwszą nagrodę w Konkursie otrzymał odwołujący. Zgodnie z pkt 1.5.3. Regulaminu Konkursu uczestnik Konkursu, którego praca zostanie uznana przez Sąd konkursowy za najlepszą miał otrzymać:

- a) nagrodę pieniężną w wysokości dodatkowo 90 000 PLN brutto (pierwsza nagroda) oraz
- b) zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki przedmiotu zamówienia na wykonanie na podstawie pracy konkursowej kompleksowej dokumentacji projektowej dla zadania pod nazwą *Muzeum Stanisława Wyspiańskiego*.

Odwołujący podnosił, iż wobec ogromu pracy, poświęconego czasu oraz środków finansowych i osobowych na przygotowanie pracy konkursowej, dla wszystkich uczestników Konkursu oczywistym było, że faktyczną i najważniejszą nagrodą w Konkursie będzie realizacja zamówienia w postaci wykonania kompleksowej dokumentacji projektowej przez zwycięzcę Konkursu. Dodał też, że wysokość nagrody pieniężnej – 90 000 zł brutto nie pokryła nawet kosztów przygotowania pracy konkursowej, jakie odwołujący zaangażował. Odwołujący zauważył, że o tym, iż najważniejszą nagrodą w Konkursie będzie możliwość realizacji kompleksowej dokumentacji projektowej świadczyły wypowiedzi samego zamawiającego, który już w nazwie Konkursu, jak i w treści Regulaminu Konkursu, podkreślał, że przedmiotowy Konkurs jest konkursem realizacyjnym, tj. że na jego podstawie zostanie wykonana dokumentacja projektowa, stanowiąca podstawę do realizacji całej inwestycji. To przede wszystkim ten czynnik zaważył, że odwołujący w ogóle wziął w nim udział.

Zamawiający wypłacił odwołującemu nagrodę pieniężną, a ponadto w dniu 25 listopada 2019 roku skierował do odwołującego zaproszenie do negocjacji dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Odwołujący podkreślił, że na tym etapie zamawiający jasno dawał do zrozumienia, że zamierza zlecić mu realizację zamówienia. Negocjacje się rozpoczęły, a następnie niespodziewanie zostały przerwane, bez jakiegokolwiek racjonalnego powodu. Pomimo licznych próśb ze strony odwołującego o wznowienie negocjacji, pismem z dnia 10 września 2020 roku, zamawiający poinformował o zakończeniu negocjacji i postępowania bez zawarcia umowy.

W przedmiotowym piśmie z dnia 10 września 2020 roku zamawiający wskazywał na nieosiągnięcie porozumienia między zamawiającym a wykonawcą w wyniku negocjacji prowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki, co powoduje zakończenie postępowania. Odwołujący stanowczo zaprzeczył twierdzeniom, że strony nie osiągnęły porozumienia w toku prowadzonych negocjacji. Odwołujący stwierdził przy tym, iż z treści pisma zamawiającego wynika, że w zaistniałym stanie faktycznym nie było „braku porozumienia się zamawiającego i wykonawcy”, lecz zwyczajna zmiana planów zamawiającego. Natomiast sama zmiana planów inwestycyjnych zamawiającego nie może być uznana za podstawę do zakończenia negocjacji i zakończenia całego postępowania.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z treścią zaproszenia do negocjacji, miały one dotyczyć treści zawieranej umowy oraz Planu Wykonania BIM, przy czym możliwość negocjowania treści umowy została ograniczona przez zamawiającego (większość zapisów wzoru umowy nie podlegała negocjacjom bądź jedynie w ograniczonym zakresie). Zdaniem odwołującego, wobec tak mocno ograniczonych możliwości negocjacyjnych co do warunków realizacji umowy, trudno sobie wyobrazić, aby strony rzeczywiście mogły nie dojść do porozumienia w sprawie warunków realizacji umowy. Ponadto stwierdził, że w czasie jedynego spotkania negocjacyjnego, jakie zostało przeprowadzone, warunki umowy praktycznie nie były kwestionowane, zaś ciężar spotkania skoncentrowany był wokół Planu Wykonania BIM. Odwołujący zobowiązał się do aktualizacji tego Planu do dnia 16 stycznia 2020 roku, zaś kolejne spotkanie negocjacyjne miało odbyć się w terminie wskazanym przez zamawiającego. Pomimo tych ustaleń, do kolejnego spotkania negocjacyjnego nigdy nie doszło. W międzyczasie odwołujący został poinformowany przez zamawiającego o zmianie na stanowisku Dyrektora Muzeum Narodowego w Krakowie (od dnia 3.01.2020r.) oraz o przesunięciu terminu kolejnego spotkania negocjacyjnego. Odwołujący podjął też próbę wznowienia rozmów negocjacyjnych w styczniu 2020 roku, ale w odpowiedzi zamawiający wskazał, że w związku ze zmianami na stanowiskach dyrektorskich oraz zakończeniem współpracy z dwiema osobami zaangażowanymi w projekt, wnosi o zawieszenie rozmów negocjacyjnych do czasu, gdy pracę w Muzeum Narodowym w Krakowie miał rozpocząć jego nowy Dyrektor. Odwołujący w dniu 3 marca 2020 roku wystąpił do zamawiającego o wskazanie przybliżonego terminu wznowienia negocjacji w sprawie zawarcia umowy. Tymczasem, w dniu 20 marca 2020 roku w czasie konferencji zamawiający poinformował odwołującego o zmianie swoich celów strategicznych, obejmującej również zaniechanie realizacji przedmiotowej inwestycji i zaproponował odwołującemu zakończenie negocjacji. Po tej dacie, odwołujący jeszcze kilkakrotnie wnioskował do zamawiającego o wznowienie negocjacji, ale próby okazały się bezskuteczne. Z kolei w piśmie z dnia 25 maja 2020 roku zamawiający

kategorycznie wskazał, że nie zamierza podejmować rozmów dotyczących kontynuowania negocjacji w celu zawarcia umowy. Odwołujący podniósł, że powyższe okoliczności, wskazują jednoznacznie na to, że zakończenie postępowania nastąpiło nie z powodu nieosiągnięcia porozumienia stron w wyniku negocjacji prowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki, ale z uwagi na brak zamiaru kontynuowania rozmów i zmianę planów realizacyjnych, co z kolei jest kluczowe dla oceny podstaw możliwości zakończenia postępowania przez zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że cała argumentacja zamawiającego przedstawiona w piśmie z dnia 10 września 2020 roku, a także przywołane przez zamawiającego stanowiska doktryny i judykatury, odnoszą się do sytuacji, gdy strony negocjacji faktycznie nie osiągnęły porozumienia co do warunków przyszłej współpracy. Odwołujący zauważył też, że nie kwestionuje, iż negocjacje prowadzone z wykonawcą nie zawsze muszą doprowadzić do osiągnięcia porozumienia co do treści umowy, ale taka sytuacja nie miała miejsca na gruncie przedmiotowej sprawy. Odwołujący zaakceptował wzór umowy, w tym i maksymalną wartość wynagrodzenia, a drobne uwagi dotyczące treści umowy, jakie zgłaszał zamawiającemu, miały charakter wyłącznie praktyczny. Odwołujący był i wciąż jest gotów do realizacji zamówienia. Tym samym, w ocenie odwołującego, nie może być mowy o nieosiągnięciu porozumienia przez strony, stąd cała argumentacja w tym zakresie, co do możliwości zakończenia postępowania, jest chybiona. Odwołujący zwrócił również uwagę na przepis art. 2 pkt 7a Pzp, z którego jednoznacznie wynika cel, w jakim prowadzone jest każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zawarcie umowy. Odwołujący powołał się także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2017 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 338/17 oraz z dnia 12 lutego 2016 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 99/16. Odwołujący podniósł, że skoro w świetle okoliczności faktycznych nie sposób stwierdzić, iż strony w toku prowadzonych negocjacji nie osiągnęły porozumienia, to zamawiający nie miał podstaw do ich zakończenia i zakończenia całego postępowania. Obowiązkiem zamawiającego jest kontynuowanie negocjacji i podejmowanie wszelkich działań mających na celu doprowadzenie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Następnie, odwołujący wskazał, że upatruje naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w naruszeniu przez zamawiającego jego pozycji dominującej względem odwołującego, a to z kolei świadczy o złamaniu zasady uczciwej konkurencji. Zauważył, że nie budzi wątpliwości, iż zasada uczciwej konkurencji odnosi się także do relacji zamawiający-wykonawca. Zamawiający jest gospodarzem postępowania, który kieruje całym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, ale powinien czynić to z poszanowaniem przepisów prawa, a nie w sposób dowolny. Odwołujący stwierdził, że zamawiający z chwilą skierowania do niego zaproszenia do negocjacji, wszczął postępowanie i od tego momentu spoczywał na nim ciężar jego prowadzenia zgodnie z przepisami prawa. Zamawiający nie mógł podjąć arbitralnej decyzji o zakończeniu negocjacji w sytuacji, gdy odwołujący zabiegał o ich kontynuowanie i jednoznacznie dążył do wypracowania z zamawiającym warunków przyszłej współpracy.

Zdaniem odwołującego, w sytuacji, gdy z okoliczności faktycznych sprawy nie wynika, że strony nie osiągnęły porozumienia w czasie negocjacji, jedyną znaną przepisom prawa możliwością zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie z wolnej ręki jest zawarcie umowy lub unieważnienie postępowania, o ile są spełnione przesłanki unieważnienia, przy czym żadna z przesłanek unieważnienia postępowania nie wystąpiła w toku postępowania. Odwołujący powołał się również na przepisy art. 72 § 1 k.c. oraz 5 k.c. i stwierdził, że zamawiający nie był uprawniony do zakończenia postępowania, a jego decyzja jest wadliwa.

Ponadto, odwołujący wskazał, że w zaistniałych okolicznościach faktycznych nie zostały również spełnione przesłanki unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący zauważył, że choć zamawiający odwoływał się w swoim piśmie z dnia 10 września 2020 roku do tych przesłanek, to jednak w uzasadnieniu swojej decyzji nie wykazywał, aby w toku postępowania wystąpiła okoliczność skutkująca koniecznością unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący podkreślił, iż w myśl tego przepisu zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Według odwołującego, żadna wada, a tym bardziej wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie została ujawniona w toku postępowania. Odwołujący zauważył, że wady takiej nie wykazał także zamawiający w motywach swojej decyzji o zakończeniu postępowania, co w jego ocenie stanowi kolejny dowód na to, że przywołane podstawy prawne stanowią jedynie próbę usprawiedliwienia jednoznacznie niewłaściwych działań zamawiającego, nieznajdujących oparcia w powszechnie obowiązujących przepisach prawa.

Stwierdził też, że art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania, gdyż odsyła do przesłanek unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 i 6 Pzp. W tym zakresie powołał się również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2017 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2357/17.

W ocenie odwołującego z powyższego wynika, że zasadny jest zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

W dalszej kolejności, odwołujący powołując się na treść pisma zamawiającego z dnia 10 września 2020 roku wskazywał, że zamawiający usiłuje stworzyć wrażenie, że powodem zakończenia postępowania jest niemożność realizacji zamówienia, tj. budowy Muzeum Stanisława Wyspiańskiego, z uwagi na pilną potrzebę przeprowadzenia dwóch innych inwestycji, a mianowicie: zaadaptowania obiektu dawnego Hotelu Cracovii oraz przeprowadzenia remontu Gmachu Głównego Muzeum Narodowego w Krakowie. Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający miał plany dotyczące tych obiektów od kilku lat i żadna z inwestycji nie była zaskoczeniem dla zamawiającego, a także jeszcze przed ogłoszeniem Konkursu była ujmowana w planach inwestycyjnych zamawiającego. Jeszcze przed wystaniem do odwołującego zaproszenia do udziału w negocjacjach zamawiający planował realizację obu tych inwestycji, a mimo to wszczął przedmiotowe postępowanie. Odwołujący podkreślił, że zamawiający musiał też zdawać sobie sprawę z rozmiarów tych inwestycji i własnych możliwości finansowych i kadrowych, co rodzi pytanie, w jakim celu skierował do odwołującego zaproszenie do negocjacji, skoro nie planował bądź nie miał możliwości realizacji zadania, jakim byłaby budowa Muzeum Stanisława Wyspiańskiego? Dłaczego uruchomił procedurę, której celem winno być doprowadzenie do zawarcia umowy, obejmującej wykonanie przez odwołującego kompleksowej dokumentacji projektowej tego przedsięwzięcia? Dla odwołującego zastanawiające też jest, w jakim celu zamawiający w ogóle ogłosił Konkurs, w który zaangażowało się wiele renomowanych pracowni i złożonych zostało aż 76 prac konkursowych. Dla każdej z nich, wiązało się to przecież ze znacznymi kosztami. Zauważył też, że przygotowanie Konkursu wiązało się również z dużym wysiłkiem także po stronie zamawiającego, co wymagało wcześniejszego przemyślenia celowości całej inwestycji, której na obecnym etapie – kiedy Konkurs wygrał odwołujący - zamawiający już nie widzi.

Odwolujący stwierdził, że działania zamawiającego nie sposób logicznie uzasadnić, stąd wniosek, że zamawiający jedynie pozornie wypłacił odwołującemu nagrodę, jaka była przewidziana w Konkursie dla zwycięzcy (zaproszenie do negocjacji), a tak naprawdę nie zamierzał zawrzeć z odwołującym umowy na realizację zamówienia. Według odwołującego stanowi to naruszenie przepisu art. 125 Pzp, jak i art. 72 § 2 k.c.

Odwolujący podnosił, że zamawiający uchylał się od prowadzenia negocjacji, unikał spotkań z odwołującym, który jednoznacznie dążył do zawarcia porozumienia. Już sam fakt, że w piśmie z dnia 25 maja 2020 roku zamawiający wskazywał, że „nie zamierza” podejmować z odwołującym rozmów dotyczących kontynuowania negocjacji w celu zawarcia umowy na wykonanie dokumentacji projektowej, zdaniem odwołującego, wskazuje na naruszenie przez zamawiającego dobrych obyczajów i utrzymywanie „stanu trwających negocjacji” w sytuacji, gdy zamawiający nie ma zamiaru ich kontynuować. W ocenie odwołującego, takie zachowanie zamawiającego jest całkowicie nieprofesjonalne i stanowi wyraz braku szacunku dla pracy i wysiłków, jakie odwołujący włożył w przygotowanie pracy konkursowej (w konkursie realizacyjnym), która najpierw uznana została przez zamawiającego za najlepszą, a następnie za całkowicie zbędną i nieistotną z punktu widzenia rozwoju Muzeum Narodowego w Krakowie. Odwołujący wyjaśnił, że wygrywając Konkurs i przystępując do udziału w negocjacjach w sprawie udzielenia przedmiotowego zamówienia, liczył, iż to zamówienie zostanie mu udzielone. Aktywny udział w negocjacjach, obejmujący także wykonanie Planu Realizacji BIM, wiązał się z koniecznością poniesienia znacznych nakładów finansowych. Odwołujący był też zmuszony odmówić realizacji innych zleceń, mając na uwadze dochowanie terminu realizacji w tym zamówieniu. Tymczasem zamawiający, pomimo świadomości, jak bardzo angażujące dla odwołującego było wykonanie pracy konkursowej i przygotowanie się do negocjacji, zdecydował się wszcząć postępowanie, choć wiedział, że czeka go realizacja dwóch innych inwestycji. Początkowo też informował odwołującego o przewidywanym na początek lutego 2020 roku terminie zawarcia umowy, który to termin odwołujący uwzględniał zarówno w odniesieniu do możliwości zaangażowania się w kolejne projekty, jak i w kontekście konieczności zapewnienia odpowiednich narzędzi do realizacji dokumentacji w technologii BIM, ale przede wszystkim personelu. Odwołujący podkreślił, że gdyby miał wiedzę, że zamawiający nie zamierza realizować inwestycji, a Konkurs nie będzie konkursem realizacyjnym, to nigdy nie zdecydowałby się na wzięcie w nim udziału, a czas i środki finansowe zaangażowane w ten projekt, zainwestowałoby w udział w innym konkursie.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że zamawiający postanowił zakończyć negocjacje, uzasadniając swoją decyzję zmianą celów strategicznych Muzeum Narodowego w Krakowie, która *de facto* nie miała nawet miejsca. Zdaniem odwołującego, powyższe prowadzi do wniosku, iż zamawiający prowadził negocjacje z naruszeniem dobrych obyczajów, a zaproszenie do negocjacji miało charakter jedynie formalny, ponieważ w rzeczywistości zamawiający nie zamierzał doprowadzić do zawarcia umowy z odwołującym. Tym samym, zarzut naruszenia przepisu art. 125 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 72 § 2 k.c. jest – w ocenie odwołującego – zasadny.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości.

W dniu 20 października 2020 roku zamawiający przekazał – drogą elektroniczną - Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o oddalenie odwołania w całości (odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej o tożsamej treści zamawiający złożył na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 21 października 2020 roku).

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, w szczególności z: ogłoszenia o konkursie z dnia 3 maja 2019 roku, zaproszenia do negocjacji z dnia 25 listopada 2019 roku, protokołu z negocjacji z dnia 10 grudnia 2020 roku, notatki służbowej z dnia 20 marca 2020 roku, korespondencji zamawiającego z odwołującym oraz pisma zamawiającego z dnia 10 września 2020 roku, informującego o zakończeniu negocjacji.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia stron złożone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 października 2020 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiot niniejszego zamówienia stanowi: *Wykonanie dokumentacji projektowej wraz ze świadczeniem usług nadzoru autorskiego podczas realizacji inwestycji – budowa Muzeum Stanisława Wyspiańskiego*. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 Pzp w następstwie przeprowadzenia Konkursu na podstawie art. 110 Pzp. Zamawiający – Muzeum Narodowe w Krakowie - przeprowadził procedurę konkursową zgodnie z art. 110 Pzp, tj. Konkurs architektoniczno-urbanistyczny dwuetapowy, realizacyjny, na opracowanie Koncepcji architektoniczno-urbanistycznej Muzeum Stanisława Wyspiańskiego, numer referencyjny: EP-ZP-271-20/19. Ogłoszenie o Konkursie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 maja 2019 roku pod numerem 2019/S 086-207547.

Zgodnie z ogłoszeniem o Konkursie oraz Regulaminem Konkursu nagrodą dla Uczestnika Konkursu, którego praca zostanie uznana przez Sąd konkursowy za najlepszą miała być: a) nagroda pieniężna w wysokości dodatkowo 90 000 zł brutto (pierwsza nagroda) oraz b) zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki przedmiotu zamówienia na wykonanie na podstawie Pracy konkursowej kompleksowej dokumentacji projektowej dla zadania pod nazwą: Muzeum Stanisława Wyspiańskiego. W wyniku przeprowadzonej procedury konkursowej, pierwszą nagrodę - w dniu 10 października 2019 roku – przyznano odwołującemu. Odwołującemu wypłacono nagrodę pieniężną w wysokości 90 000 zł. Natomiast pismem z dnia 25 listopada 2019 roku zamawiający zaprosił odwołującego do udziału

w negocjacjach, które miały dotyczyć treści zawieranej umowy oraz Planu Wykonania BIM.

W postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia odbyło się tylko jedno spotkanie negocjacyjne w dniu 10 grudnia 2019 roku, co potwierdza protokół z negocjacji. Kolejne spotkanie dotyczące negocjacji miało odbyć się w terminie zaproponowanym przez zamawiającego. W dniu 3 stycznia 2020 roku stanowisko Dyrektora Muzeum Narodowego w Krakowie objął prof. dr hab. A. S., w związku z czym zamawiający podjął decyzję o przesunięciu terminu kolejnego spotkania negocjacyjnego, o którym odwołujący miał zostać poinformowany w styczniu 2020 roku. W międzyczasie, zamawiający poprosił odwołującego również - w związku ze zmianami na stanowiskach dyrektorskich oraz zakończeniem współpracy z dwójką innych osób - o zawieszenie rozmów do początku lutego, kiedy w Muzeum Narodowym w Krakowie rozpocznie pracę nowy dyrektor zarządzający. W dniu 20 marca 2020 roku odbyła się telekonferencja odwołującego z zamawiającym, z której została sporządzona notatka służbowa. Jak to określono w notatce służbowej, tematem rozmowy był dalszy kierunek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W trakcie spotkania odwołujący został poinformowany o zmianach osobowych, w tym na stanowisku dyrektorskim, w Muzeum Narodowym w Krakowie. Odwołujący został również poinformowany, że zamawiający nigdy nie otrzymał wiążących gwarancji przyznania środków finansowych na realizację przedmiotowej inwestycji, a nadto, że zamawiający został zobligowany przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego do jak najszybszego rozpoczęcia procesu inwestycyjnego dotyczącego adaptacji budynku dawnego Hotelu Cracovia i to ta realizacja stała się priorytetem i strategicznym elementem w planie inwestycyjnym Muzeum. A ponadto, drugim celem Muzeum Narodowego w Krakowie jest remont Gmachu Głównego, m.in. z uwagi na konieczność dostosowania do przepisów przeciwpożarowych. Obecny na spotkaniu, nowy Dyrektor Muzeum Narodowego, podał, że Muzeum musi w pierwszej kolejności zrealizować te dwie inwestycje, zanim rozpocznie prace nad wykonaniem projektu, a następnie wybudowaniem Muzeum Stanisława Wyspiańskiego. Odwołującemu zaproponowano zakończenie negocjacji oraz możliwość powrotu do rozmów, kiedy zostaną zrealizowane ww. cele strategiczne. Jednocześnie zamawiający zapewnił, że w związku z rozpoczętymi negocjacjami jest gotów do zwrotu udokumentowanych kosztów, związanych z przygotowaniem dokumentacji do zawarcia umowy. Dodatkowo zamawiający wskazał, że dotrzymał przyrzeczenia publicznego, tj. wypłacił nagrodę pieniężną oraz zaprosił wykonawcę do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki w celu rozwinięcia pracy konkursowej. Odwołujący w czasie spotkania wyraził swoje zaskoczenie takim stanowiskiem zamawiającego.

Odwołujący w piśmie z dnia 6 maja 2020 roku wezwał zamawiającego do niezwłocznego wznowienia negocjacji bądź niezwłocznego rozstrzygnięcia postępowania. Zamawiający w odpowiedzi poinformował, że nie zamierza kontynuować negocjacji w celu zawarcia umowy. Z kolei odwołujący (pismo z dnia 22 maja 2020 roku) podkreślał, że jego celem jest realizacja przedmiotowego zamówienia, a zamawiający kierując do niego w dniu 25 listopada 2019 roku zaproszenie do negocjacji wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, które formalnie nadal jest toczącym się postępowaniem. Zamawiający podtrzymał swoją decyzję odnośnie braku zamiaru podejmowania rozmów dotyczących kontynuowania negocjacji (odpowiedź z dnia 25 maja 2020 roku).

W dniu 10 września 2020 roku zamawiający zawiadomił odwołującego o zakończeniu negocjacji, wskazując, że w obecnej sytuacji nie ma możliwości prowadzenia dalszych negocjacji. Zamawiający podał, że: „*Brak porozumienia się zamawiającego i wykonawcy w wyniku negocjacji prowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki, o którym mowa w art. 66 ust. 1 ustawy z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) – dalej p.z.p., powoduje zakończenie postępowania. Dodatkowo, zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie dopuszcza się możliwość unieważnienia takiego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.*”

W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający opisał przebieg postępowania poczynając od przekazania odwołującemu zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, poprzez pierwsze spotkanie negocjacyjne, zmianę na stanowisku dyrektora Muzeum, telekonferencję z dnia 20 marca 2020 roku z udziałem odwołującego, na której powiadomił go o zmianach celów strategicznych, w związku z którymi proponował zakończyć negocjacje w celu zawarcia umowy. Zamawiający opisał inwestycje związane z zaadaptowaniem obiektu dawnego Hotelu Cracovii oraz remontem Gmachu Głównego.

Zamawiający podkreślił też, że z uwagi na ograniczone możliwości kadrowo-finansowe nie jest w stanie zrealizować wszystkich projektów. Natomiast ze względu, iż oba ww. obiekty wymagają natychmiastowych działań, zasadne jest, aby zostały zrealizowane w pierwszej kolejności. W konsekwencji zamawiający podał, iż prowadzenie dalszych negocjacji w celu zawarcia umowy projektowej jest bezprzedmiotowe. Zamawiający wskazał, że w perspektywie kilku bądź kilkunastu najbliższych lat nie podejmie tematu budowy Muzeum Stanisława Wyspiańskiego. Nie jest możliwe zawieszenie postępowania na tak długi okres, dlatego jest zmuszony do zakończenia postępowania bez zawarcia umowy.

W dalszej części uzasadnienia swojej decyzji zamawiający zauważył, że chociaż ustawa Pzp nie wskazuje wprost możliwości zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez formalnego unieważnienia bądź zawarcia umowy, taka forma jest dopuszczalna. Zamawiający powołał się przy tym na stanowisko doktryny, cytując obszernie komentarze, a także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2012 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2808/11. Zamawiający stwierdził, że w przypadku nie dojścia do porozumienia z wykonawcą, wskutek przeprowadzonych negocjacji, dochodzi do zakończenia postępowania. Dodał też, że w przywołanych stanowiskach doktryny oraz w cytowanym wyroku, dopuszcza się możliwość unieważnienia takiego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, ewentualnie zakończenie postępowania następuje przez odstąpienie od negocjacji przez zamawiającego (nieuzgodnienie warunków przyszłej umowy).

Reasumując, zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu nie widzi możliwości dalszych negocjacji, dlatego też uznał, że doszło do zakończenia postępowania.

Na powyższą czynność zamawiającego odwołujący wniósł odwołanie w dniu 21 września 2020 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami

proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 2 pkt 7a Pzp ilekroć w ustawie jest mowa o postępowaniu o udzielenie zamówienia - należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Stosownie do art. 14 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Z kolei powoływane przez odwołującego przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740) – dalej zwanej: „k.c.”, stanowią, iż:

art. 72 § 1 k.c. - jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji;

art. 5 k.c. - nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto, przepis art. 125 Pzp stanowi, iż w terminie określonym w regulaminie konkursu, nie krótszym niż 15 dni od dnia ustalenia wyników konkursu, zamawiający wydaje (wypłaca) nagrodę, a w przypadkach, o których mowa w art. 111 ust. 1 pkt 2 i 3 - odpowiednio zaprasza do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów prawa, których naruszenie zarzucał zamawiającemu odwołujący.

Przepis art. 110 Pzp stanowi, iż konkurs jest przyrzeczeniem publicznym, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych.

Zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 3 Pzp nagrodą w konkursie może być zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej.

Z art. 67 ust. 1 pkt 2 Pzp wynika, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej.

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia i wysłał zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki do odwołującego, którego praca została uznana za najlepszą w ogłoszonym przez zamawiającego Konkursie architektoniczno-urbanistycznym dwuetapowym, realizacyjnym na opracowanie Koncepcji architektoniczno-urbanistycznej Muzeum Stanisława Wyspiańskiego. Pierwsze i jedyne spotkanie negocjacyjne odbyło się 10 grudnia 2019 roku. Podczas spotkania negocjacyjnego głównie poruszano kwestie związane z Planem Realizacji BIM, a nie dyskutowano w szerszym zakresie postanowień umownych. Zasadniczym powodem odstąpienia przez zamawiającego od dalszych negocjacji była zmiana planów strategicznych zamawiającego, powiązana również ze zmianą na stanowisku Dyrektora Muzeum Narodowego w Krakowie (3.01.2020r.), którego powołano w następstwie przeprowadzenia procedury konkursowej. Wybór nowego Dyrektora został dokonany m.in. w oparciu o analizę przedstawionego przez kandydata Programu działania Muzeum Narodowego w Krakowie na 5-letnią kadencję, zatwierdzonego następnie przez Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego. Należy przy tym zaznaczyć, że przepis art. 16 ust. 3e pkt 4 ustawy z dnia 25 października 1991 roku o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 194) statuuje wymóg złożenia przez osoby przystępujące do konkursu programu realizacji zadań w zakresie bieżącego funkcjonowania i rozwoju instytucji kultury.

Przechodząc do rozważenia kwestii oceny prawidłowości zakończenia przez zamawiającego przedmiotowego postępowania należy podnieść, co następuje.

Z powołanego powyżej przepisu art. 2 pkt 7a Pzp wynika, że postępowanie o udzielenie zamówienia w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki wszczynane jest w celu wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Po pierwsze, należy zauważyć, że negocjacje prowadzone z wykonawcą mogą, ale nie muszą, doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Po drugie, w obowiązujących przepisach prawa istnieje luka dotycząca sposobu zakończenia postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji, gdy negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy. Przepisy ustawy Pzp nie regulują bowiem sytuacji, w której strony negocjacji nie dojdą do porozumienia co do zawarcia umowy. Niemniej jednak należy uznać, że postępowanie w tym momencie kończy się.

Jerzy Pieróg w komentarzu - Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2013 na str. 273 i n. wyraził pogląd, iż: „Artykuł 72 § 2 KC stwierdza, że w przypadku prowadzenia negocjacji „umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji”. Należy przyjąć, iż identycznie powinna być rozumiana rola negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki (...) Problem powstaje, gdy strony nie dojdą do porozumienia co do wszystkich postanowień umowy. Oczywiście postępowanie w takim przypadku musi zostać formalnie unieważnione (...) Praktycznie jedyną możliwością daje przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 (...) Brak porozumienia co do wszystkich postanowień umowy niewątpliwie stanowi wadę, i to niemożliwą do usunięcia. Jednak trudno uznać, aby wada ta nie pozwalała na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Szczególnie w sytuacji, gdy przesłanki unieważnienia umowy należy rozpatrywać tylko w kontekście przepisu art. 146 ust. 1 i 6. Niemniej

postępowanie takie musi zostać unieważnione, a art. 93 nie daje żadnej innej odpowiedniej podstawy, poza wspomnianym pkt 7 w ust. 1. Zdaniem J. Jerzykowskiego (w: *Stachowiak, Komentarz s. 317*) jest to luka prawna, którą należy usunąć poprzez przywrócenie wcześniejszej (sprzed nowelizacji z 2.12.2009 r.) wersji przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7, odwołującej się do niemożności zawarcia ważnej umowy". Dalej, w tym samym komentarzu na s. 279-280 zauważa: „Należy jednak zaznaczyć, że wybranie w konkursie najlepszej pracy nie oznacza obowiązku udzielenia zamówienia, a jedynie wiąże się z obowiązkiem zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli taka nagroda była przewidziana w regulaminie konkursu”.

Ponadto, stwierdzić należy, że mogą zaistnieć szczególne okoliczności, gdzie z przyczyn uzasadnionych strony nie będą widziały potrzeby dalszego prowadzenia negocjacji i zawarcia umowy. Także, uczestnik konkursu, któremu przyznano nagrodę w postaci zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki nie ma bezwzględnej się obowiązku przystąpienia do negocjacji w sprawie udzielenia zamówienia, jak i może odstąpić od nich na każdym etapie. Takie sytuacje również należy kwalifikować jako niemożność osiągnięcia porozumienia co do zawarcia umowy.

Odwołujący podnosił, że w niniejszym postępowaniu zamawiający w sposób nieuzasadniony zakończył negocjacje, w sytuacji, gdy nie było sporu pomiędzy stronami co do kwestii poszczególnych postanowień umownych, a odwołujący cały czas wyrażał gotowość dalszego prowadzenia negocjacji. Zdaniem składu orzekającego w niniejszej sprawie, brak porozumienia pomiędzy stronami należy tu rozumieć szeroko – jak już powyżej zostało wspomniane – jako brak potrzeby dalszego prowadzenia negocjacji i zawarcia umowy, w sytuacji, gdy wystąpiły uzasadnione okoliczności, powodujące, że zawarcie umowy nie leży w interesie zamawiającego.

Następnie, należy wskazać, że przepisy ustawy Pzp nie regulują przypadków, w których negocjacje prowadzone w trybie z wolnej ręki nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie określają one czy w takiej sytuacji można unieważnić postępowanie, a jeśli tak, to pod jakimi warunkami. Nie przewidują też innego zakończenia postępowania. Należy zatem uznać, że w tym zakresie istnieje luka w obowiązujących przepisach prawa, na co też wskazywano w doktrynie. Ustawodawca zdając sobie sprawę z istniejącej luki prawnej przewiduje wprowadzenie nowych rozwiązań w tym zakresie wraz z nową ustawą z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), która wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2021 roku. A mianowicie, zgodnie z art. 255 pkt 8 ww. ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli w trybie zamówienia z wolnej ręki negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże, na gruncie obowiązującego Prawa zamówień publicznych, taka sytuacja nie została przewidziana i doprecyzowana, a odnoszenie się do przyszłych rozwiązań i próba przełożenia tych przyszłych regulacji prawnych na okoliczności faktyczne niniejszej sprawy byłaby nieuprawniona.

Odnosnie powołania się przez zamawiającego w treści zawiadomienia o zakończeniu negocjacji z dnia 10 września 2020 roku na przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp Izba zauważa, co następuje. Zwrócić należy uwagę, że zamawiający w swojej decyzji nie podaje, że „unieważnia postępowanie”, tylko stwierdza, że: „zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie dopuszcza się możliwość unieważnienia takiego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.”, a zatem wskazuje na taką możliwość, jednakże formalnie nie unieważnia postępowania na tej podstawie. Zatem, za nadmiarowe należy uznać powołanie się na ten przepis, w sytuacji, gdy zamawiający formalnie nie dokonuje czynności unieważnienia postępowania, a tego nie sposób wywieść z treści zawiadomienia o zakończeniu negocjacji. Zamawiający niejako „ubocznie” powołuje się na ten przepis.

Jednak, niezależnie od tego w jaki sposób ten przepis został powołany, to stwierdzić należy, że zastosowanie tego przepisu na gruncie niniejszej sprawy jest wątpliwe, ponieważ nie występują tu przesłanki wskazane w tym przepisie, tj. „postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Odstąpienie przez zamawiającego od negocjacji nie stanowi o wadzie uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W powołanym powyżej komentarzu Jerzego Pieroga dopuszczono taką możliwość: „Problem powstaje, gdy strony nie dojdą do porozumienia co do wszystkich postanowień umowy. Oczywiście postępowanie w takim przypadku musi zostać formalnie unieważnione (...) Praktycznie jedyną możliwość daje przepis art. 93 ust. 1 pkt 7”, jednak i sam autor wskazuje na niedoskonałość takiego rozwiązania wskazując, iż: „Jednak trudno uznać, aby wada ta nie pozwalała na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy”.

Z kolei w wyroku z dnia 13 stycznia 2012 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 2808/11 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: „Pozostaje rozstrzygnąć, w jaki sposób w takiej sytuacji postępowanie prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki powinno zostać zakończone. Wprawdzie ustawodawca wprost nie wyłączył stosowania art. 93 ust. 1 Pzp do trybu zamówienia z wolnej ręki, jednakże uwzględniając charakter regulacji art. 93 ust. 1 Pzp, którego celem jest wyeliminowanie dowolności po stronie zamawiającego w zakresie podejmowania decyzji o zakończeniu postępowania w inny sposób niż udzieleniem zamówienia, postanowienia art. 93 ust. 1 Pzp pozbawione są z tego punktu widzenia znaczenia prawnego i faktycznego. Żadna z przesłanek unieważnienia postępowania określonych w art. 93 ust. 1 Pzp, w tym także art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, zdaje się nie odnosić do postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Ewentualnie w konkretnym stanie faktycznym można rozważyć zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nakazujący unieważnić postępowanie obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, iż zamawiający zawsze, gdy nie będzie chciał udzielić zamówienia wykonawcy, którego zaprosił do negocjacji, uprawniony jest do stwierdzenia, iż warunki przyszłej umowy proponowane przez wykonawcę mu nieodpowiadają, co skutkować będzie niezawarciem umowy. Zatem uprawnionym wydaje się być pogląd, iż wprowadzenie przez ustawodawcę katalogu przesłanek unieważnienia postępowania nieprzystający do postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, oznacza, iż instytucja unieważnienia postępowania (ewentualnie z wyłączeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp) nie znajduje zastosowania do postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający zatem zawsze jest uprawniony do zakończenia postępowania poprzez odstąpienie od negocjacji (nieuzgodnienie warunków przyszłej umowy). Decyzja taka może być podjęta aż do zatwierdzenia wyników postępowania przez kierownika zamawiającego, a nawet później, bowiem, jak wynika z art. 68 ust. 2 Pzp najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 Pzp, również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków.”.

Należy stwierdzić, że wobec istniejącej luki w przepisach prawa, o czym była mowa powyżej oraz stanowisk doktryny przywoływanych przez zamawiającego (Komentarz J.E. Nowickiego oraz J. Jerzykowskiego), komentarza J. Pieroga przytoczonego powyżej, ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, powołanie się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp prawdopodobnie miało charakter ostrożnościowy. W ocenie Izby dopuszczalne i bardziej adekwatne w niniejszej sprawie jest zakończenie negocjacji poprzez odstąpienie od negocjacji, aniżeli unieważnienie postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Reasumując, Izba wskazuje, że wobec istniejącej luki w obecnie obowiązujących przepisach prawa, które nie regulują sytuacji, w której negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy, a która to sytuacja może wystąpić i faktycznie wystąpiła w niniejszym postępowaniu, należy uznać, że zamawiający był uprawniony do zakończenia postępowania w sposób wskazany przez siebie w piśmie z dnia 10 września 2020 roku, tj. poprzez zawiadomienie o zakończeniu postępowania bez zawarcia umowy. Ponadto, Izba nie dopatrzyła się w czynności zamawiającego naruszeń prawa w kontekście wykazanych podstaw do zakończenia postępowania, tj. brak porozumienia się zamawiającego i wykonawcy. Ten brak porozumienia (również w związku z dalszą treścią znajdującą się w uzasadnieniu decyzji) należy rozumieć jako zaistnienie szczególnych okoliczności, powodujących odstąpienie przez zamawiającego od dalszych negocjacji, a nie tylko jako istnienie nieusuwalnego sporu, co do poszczególnych postanowień negocjowanej umowy, jak interpretował to odwołujący.

Co do kwestii naruszenia art. 125 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 72 § 1 k.c. poprzez jedynie pozorne wypłacenie odwołującemu nagrody w Konkursie, w sytuacji, gdy zamawiający nie miał w istocie zamiaru zawarcia z odwołującym umowy, Izba nie stwierdziła naruszeń powołanych przepisów. Zamawiający rzeczywiście wypłacił odwołującemu kwotę 90 000 zł, a nadto zaprosił do negocjacji, od których odstąpił, z uwagi na zmiany jakie nastąpiły u zamawiającego i zmianę celów strategicznych. W ocenie Izby nie ma tu mowy o pozorności realizacji nagrody, czy naruszeniu dobrych obyczajów przy prowadzeniu negocjacji. Co więcej, zamawiający był gotów do pokrycia kosztów odwołującego związanych z jego udziałem w negocjacjach.

Mając powyższe na względzie Izba postanowiła oddalić odwołanie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1 i pkt 2 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....