

WYROK

z dnia 9 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę: SKANSKA S.A., Aleja „Solidarności” 173, 00-877 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, ul. Głowackiego 56, 30-085 Kraków

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, ul. Głowackiego 56, 30-085 Kraków, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: SKANSKA S.A.,

Aleja „Solidarności” 173, 00-877 Warszawa - tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie,

ul. Głowackiego 56, 30-085 Kraków na rzecz wykonawcy: SKANSKA S.A., Aleja „Solidarności” 173, 00-877 Warszawa kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) - tytułem uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu

Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:.....

Zamawiający - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zabezpieczenie osuwisk w ciągu DW 975 wraz z budową mostu w m. Gródek nad Dunajcem” (ZDW- DN-4-271-85/19), na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 234-572960.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący - SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie - wniósł na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie dotyczące następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp,
- zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 6 przez jego zastosowanie, mimo że brak jest ustawowych przesłanek do zastosowania tego przepisu przez Zamawiającego,
- 2) art. 91 ust. 1 przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
- 2) dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty Odwołującego.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący wskazał, że posiada interes wyzyskaniu ww. zamówienia. Posiada też wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia i złożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego najkorzystniejszą ofertę.

Jednakże wobec niezgodnego z obowiązującymi przepisami, w szczególności normami Prawa zamówień publicznych unieważnienia przez Zamawiającego postępowania, zostaje pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał:

Zamawiający w dniu 30.03.2020 r. poinformował o unieważnieniu postępowania. Odwołujący zacytował 2 fragmenty uzasadnienia Zamawiającego, wskazując, że z uzasadnieniem unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie zgodził się.

Na wstępie zauważył, co jest istotne w okolicznościach sprawy, że Zamawiający

informacje o unieważnieniu postępowania wystosował do wykonawców w dniu 30.03.2020 r. Decyzja co do unieważnienia postępowania musiała zatem zapaść wcześniej. Natomiast informacja o unieważnieniu postępowania została przekazana dnia 30.03.2020 r., a zatem przed wejściem w życie ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, zwaną dalej także „lex Covid”, która weszła w życie 1.04.2020 r., co w kontekście uzasadnienia Zamawiającego ma niezwykle ważne znaczenie.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał na brzmienie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Analiza tego przepisu prowadzi do wniosku, że obie przesłanki (brak interesu publicznego oraz istotna zmiana okoliczności, której nie można było przewidzieć) spełnione są łącznie. Odwołujący zgodził się z Zamawiającym co do wystąpienia jednej przesłanki (istotna zmiana okoliczności, której nie można przewidzieć), jednakże wskazał, że aby unieważnić postępowanie na podstawie tego przepisu potrzeba zaistnienia dwóch przesłanek łącznie, a w przedmiotowym postępowaniu brak jest drugiej przesłanki.

A zatem, biorąc pod uwagę obecne realia uznał, że nie ma wątpliwości, co do tego, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności. Natomiast samo zaistnienie „istotnej zmiany” nie powoduje możliwości unieważnienia postępowania. Musi zaistnieć także druga okoliczność, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Interes publiczny należy zaś interpretować w sposób wąski i nie można utożsamiać go z interesem Zamawiającego.

Odwołujący wskazał na jednolite orzecznictwo w tej sprawie, zarówno wyroki sądów jak Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie pojęcia „interesu publicznego” - wyroki Izby: z dnia 13

maja 2019 r., sygn. akt KIO 764/19; z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2526/18; z dnia 15 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2744/17; z dnia 21 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 686/15;

wyroki sądów: Sąd Okręgowy w Lublinie z dnia 10 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 30/08; Sąd Okręgowy w Gliwicach z dnia 11 kwietnia 2008 roku, sygn. akt X Ga 45/08;

Przenosząc powyższe wyroki na analizowany stan faktyczny Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wskazał i nie uzasadnił interesu publicznego. Przesłanki, które podał Zamawiający, a które miałyby argumentować unieważnienie postępowania nie wskazują na interes publiczny, a po drugie nie znajdują oparcia w obecnie obowiązujących przepisach prawa.

Zamawiający wskazał, że unieważnia postępowanie, między innymi dlatego, że

niezasadne stało się wykonanie zamówienia w postaci i kształcie określonym w SIWZ, przez co w świetle posiadania już obecnie przez Zamawiającego wiedzy na temat sytuacji istnienia epidemii koronawirusa (i działań w związku z tym wdrożonych) dokonanie na bazie tej okoliczności następczej zmiany umowy (po jej zawarciu) mogłoby zostać uznane za niedozwolone w świetle ustawy PZP zmianę postanowień umowy.

W skrócie uzasadnienie Zamawiającego Odwołujący sprowadził do tego, że po pierwsze, nie może dokonać zmiany umowy, a po drugie, jest epidemia koronawirusa. W żaden sposób Zamawiający nie łączy epidemii koronawirusa z interesem publicznym, samo uzasadnienie jest bardzo ogólne i nie ma w zasadzie żadnej konkretnej okoliczności związanej z koronawirusem, a mającej bezpośredni wpływ na realizację umowy.

W tym miejscu *expressis verbis* Odwołujący wskazał, że takie podejście może doprowadzić, a niniejszym przypadku doprowadziło do obejścia przepisów prawa. Zamawiający mogą bowiem nadużywać unieważnienia postępowania na podstawie COVID-19 i w ten sposób mogą np. eliminować wykonawców, którzy obecnie wygrali postępowanie, a nie odpowiadają z jakichś względów Zamawiającemu. Może to doprowadzić do zablokowania realizacji inwestycji w sprawie zamówień publicznych.

Epidemia koronawirusa nie może być wykorzystywana do tego by unieważnić postępowania, tylko dlatego, że jest koronawirus. Gdyby tak było to Zamawiający unieważnialiby postępowania tylko po to by jeszcze raz je ogłosić i wybrać być może już innego wykonawcę. Dlatego takie działanie zamawiających (Zamawiającego) prowadzi do obejścia przepisów prawa, tym bardziej w niniejszym przypadku, kiedy Zamawiający nie jest w stanie wskazać owego interesu publicznego i w jakikolwiek sposób go zmaterializować. Mając na uwadze wskazane powyżej orzeczenia Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie wykazał interesu publicznego, a tym bardziej nie wskazał, że on jest na tyle znaczący, że wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców.

Aby prowadzić polemikę z wskazanymi zdaniem Zamawiającego „interesami publicznymi”, Odwołujący odniósł się do zaakcentowanej na wstępie tzw. „ustawy lex Covid”.

W pierwszej kolejności wskazał cel tej ustawy zwanej także „tarczą antykryzysową”, a mianowicie fakt pomocy przedsiębiorcom. Cel tej ustawy był ogłaszany przez rząd i rząd niejednokrotnie wypowiadał się w tym zakresie, że celem jest zamiar pomocy wykonawcom. Cel ten jest jasny także i w kontekście tego, że tylko i wyłącznie realizacja inwestycji, w tym publicznych powoduje, że gospodarka jest napędzana, co z kolei przedkłada się na pozytywny wpływ na finanse publiczne. Dlatego też ustawodawca uchwalił lex Covid, dlatego też ustawodawca zaangażował w sferę stosunków dotyczących zamówień publicznych. Stąd, jasny jest cel ustawodawcy, co powoduje że lex Covid należy wyklądać także poprzez pryzmat wykładni celowościowej.

Konkludując, dążąc do ochrony wykonawców ustawodawca dąży do ochrony wszelkich inwestycji w toku i inwestycji przyszłych mając świadomość, że zablokowanie inwestycji doprowadzi do kryzysu gospodarczego. Dlatego nie można unieważniać postępowania tylko na podstawie okoliczności związanych z lex Covid, bowiem doprowadzi to do zablokowania inwestycji publicznych. Gdyby ustawodawca uznał, że należy unieważnić postępowania z powodu lex Covid, bo taki jest interes publiczny, to wprowadziłby to do tej specustawy. Jednakże lex Covid zawiera zupełnie inne postanowienia w tym zakresie. I tak odnosząc się już szczegółowo do lex Covid i argumentów Zamawiającego dotyczących unieważnienia postępowania, Odwołujący wskazał, co następuje:

1. Argument, że Zamawiający nie może dokonać już zmian siwz, zmian umowy, a zmiana umowy może być uznana za zmianę nie znajdującą oparcia w przepisach prawa. Powyższemu Odwołujący przeciwstawił art. 15r ust. 4 lex Covid, który stanowi:
4. Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy, o której mowa w ust. 1, może w uzgodnieniu z wykonawcą dokonać zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w szczególności przez: 1) zmianę terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części; 2) zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych; 3) zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia wykonawcy - o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

A zatem, przepis ten przyznaje obu stronom umowy możliwość powoływania się na okoliczności związane z COVID-19, wykazanie ich, a następnie umożliwia ich zmianę.

Nie jest tak jak twierdzi Zamawiający, że zmiana umowy może być uznana za nieprawidłową i skutkującą konsekwencjami dla Zamawiającego. Jeśli strona umowy udowodni związek pomiędzy wpływem okoliczności związanych z COVID na wykonanie umowy - to taka zmiana jest możliwa na podstawie lex Covid, ale także na podstawie art. 144 ustawy Pzp.

2. Argument wskazujący, że Zamawiającemu grożą konsekwencje dotyczące wydatkowania środków publicznych.

Odwołujący wskazał przepis art. 15s, który stanowi: Art. 15s. Nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1440, 1495, 2020 i 2473 oraz z 2020 r. poz. 284):

1) nieustalenie lub niedochodzenie od strony umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w art. 15r ust. 1; 2) zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z art. 15r ust. 4.

Ustawodawca zadbał także o „bezpieczeństwo” Zamawiającego także i w innym zakresie, wskazując że jeśli Zamawiający prawidłowo zastosuje przepisy ustawy lex Covid, to wtedy nie grożą mu przepisy dotyczące dyscypliny finansów publicznych.

3. Argument dotyczący racjonalnego i efektywnego gospodarowania mieniem publicznym. Polemizując z tym argumentem należy wskazać ogólny cel ustawy lex Covid, o którym mowa powyżej, ale także podkreślić, że każde kolejne postępowanie spowoduje to, że nowe postępowanie będzie generowało nowe koszty. Słowem, kolejne postępowanie spowoduje nowe koszty. Ponadto w sytuacji, gdy okaże się, że w wyniku postępowania odwoławczego, że unieważnienie było bezpodstawne Wykonawca może zwrócić się o roszczenie w tym zakresie do Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający nie wie, jakie może w przyszłości otrzymać oferty od Wykonawców, być może oferty: które w sposób zawyżony będą uwzględniać ryzyko związane z COVID, co prowadzi do prostego wniosku, że zawarcie umowy

obecnie z Wykonawcą i ewentualna jej zmiana może być w konsekwencji o wiele tańsza. Zatem, to właśnie dalsze prowadzenie postępowania wspiera racjonalne i efektywne gospodarowanie mieniem publicznym.

Wskazując ogólnie na przepisy ustawy lex Covid Odwołujący podkreślił przepis art. 15r ust. 5 ex Covid, który stanowi, że samodzielną podstawą do wykonania umownego prawa odstąpienia od umowy nie mogą być okoliczności związane z COVID. Przepis ten należy tłumaczyć poprzez pryzmat celu tej ustawy, a mianowicie ochrony realizacji inwestycji oraz ochrony wykonawców. Argumentując zaś dalej wskazał, że skoro ustawodawca zabronił wykonywania umownego prawa odstąpienia powołując się tylko i wyłącznie na okoliczności związane z COVID, to tym bardziej nie jest uprawnione unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tylko i wyłącznie na podstawie okoliczności związanych z COVID, jak czyni to Zamawiający.

Odwołujący wskazał także, że ustawa lex Covid ma zastosowanie do tzw. przyszłych umów, po pierwsze dlatego, że w przepisach przejściowych brak argumentacji, że ustawę stosuje się do umów zawartych przed 1.04.2020 r. Ustawa weszła w życie dnia 01.04.2020 r. i stosuje się ją do każdego stosunku prawnego, jaki będzie miał miejsce po dniu 01.04.2020 r., a także do umów już zawartych.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zmiana umowy przed jej zawarciem jest możliwa także na podstawie ugruntowanej linii orzeczniczej prezentowanej między innymi w wyroku S.O. w Nowym Sączu z dnia 02.06.2005 r., sygn. akt III Ca 262/05, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.02.2009 r., sygn. akt KIO 125/09, uchwale KIO z dnia 30.10.2012 r., sygn. akt KIO/KD 86/12.

Wobec powyższego Odwołujący jeszcze raz wskazał, że samo powoływanie się na przesłankę związaną z COVID-19 absolutnie nie pozwala na to, aby unieważnić postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp.

Mając na uwadze, po pierwsze przepisy lex Covid, po drugie wskazane powyżej orzecznictwo, a nade wszystko biorąc pod uwagę uzasadnienie Zamawiającego dotyczące unieważnienia postępowania - Odwołujący wskazał, że unieważnienie postępowania na tej podstawie z powołaniem się tylko i wyłącznie na sytuację związaną z COVID-19 stanowi nadużycie prawa.

Konkludując, wskazał, że uzasadnienie Zamawiającego dotyczące unieważnienia postępowania winno zawierać uzasadnienie korzyści wynikających z podjęcia unieważnienia, sposobu ochrony interesu publicznego, jak również wykazania, że przyjęta strategia działania przewyższa interes indywidualny przedsiębiorcy i nie stoi w sprzeczności z funkcjami systemu zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie ma korzyści z unieważnienia postępowania - nawet ich nie wskazuje, jedynie podnosi, że nie może zmienić siwz i umowy. Nie wskazuje także na ochronę interesu publicznego - powołuje się na te same argumenty co powyżej, a także wskazuje na racjonalne wydatkowanie środków publicznych, co jak zostało wskazane powyżej - nie ma oparcia w żadnych konkretnych. I na koniec w żaden sposób Zamawiający nie wskazuje, że jego strategia przewyższa interes indywidualny przedsiębiorcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 lipca 2020 r., Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. W uzasadnieniu pisma przedstawił m.in. chronologię czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia - wybór oferty najkorzystniejszej, unieważnienie wyboru i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, powołując się w ostatnim przypadku na przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Nie podważając treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp w zmienionej na skutek epidemii rzeczywistości, odwołał się do konieczności stosowania przesłanki z uwzględnieniem aspektu ocennego i interpretacji uwzględniającej realia w okresie epidemii. Wskazywał, że kwestią sporną w postępowaniu jest przesłanka uzależniająca unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia od wykazania istnienia interesu publicznego w unieważnieniu postępowania. Zwrócił uwagę, że w zakresie unieważnienia postępowania nie obowiązywały przepisy wskazane przez Odwołującego w odwołaniu. Wskazał także na decyzyjność w kwestii funkcjonowania i prowadzonej działalności jednostki - władz Województwa Małopolskiego (w tym plan finansowy, gromadzenie środków na pilne wdrożenie działań mających na celu przeciwdziałanie COVID-19). Jednocześnie wskazał konieczność weryfikacji warunków udzielenia zamówienia w celu wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności terminu oraz kryteriów udzielenia zamówienia. Wskazał też na konieczność przesunięcia środków przeznaczonych w szczególności na nowe inwestycje. Podniósł kwestię odpowiedzialności za

naruszenie dyscypliny finansowej. Uznał, że występuje przesłanka interesu publicznego - czynność unieważnienia spowodowana zaistnieniem nadzwyczajnego i wyjątkowego stanu, który wymagał na całym świecie konieczności przewartościowania aspektów dotychczasowej działalności. Był to stan mający wszelkie cechy i znamiona stanu nadzwyczajnego / wyjątkowego / stanu klęski żywiołowej ze względu na ograniczenia, który jedynie nie został formalnie ogłoszony.

Jednocześnie wskazał, że postępowanie może będzie procedowane, przy zmianie terminu realizacji. Dalej wskazał fakt dokonania zmian budżetowych w ramach zabezpieczenia finansowego dla tego zadania. Odnosił się po raz kolejny do modyfikacji planu finansowego - w dyspozycji władz Województwa Małopolskiego.

Na potwierdzenie stanowiska nie załączył żadnych merytorycznych dowodów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki warunkujące wniesienie odwołania zgodnie z art. 179 ust.

1 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie. W posiedzeniu Izby z udziałem stron i późniejszej rozprawie nie uczestniczył Zamawiający (uzasadnienie nieobecności zamieścił w piśmie z dnia 6 lipca 2020 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej).

Izba ustaliła

Zamawiający unieważnił w dniu 30 marca 2020 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, wskazując następujące okoliczności jako przyczynę unieważnienia:

W toku prowadzenia przedmiotowego postępowania wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że dalsze prowadzenie tego postępowania (i wykonanie zamówienia będącego jego przedmiotem na warunkach w nim określonych) nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte z początkiem grudnia 2019 r. Zamawiający w ramach SIWZ dla tego postępowania określił przedmiot zamówienia oraz warunki jego wykonania bazując na ówczesnej wiedzy i stanie faktycznym, które nie implikowały możliwości przewidzenia jakichś szczególnych problemów, okoliczności, czy przeszkód, które mogłyby zaistnieć w toku realizacji zadania. W tym kontekście ustalony został w szczególności termin zakończenia zadania na koniec listopada 2021 r. (z możliwością skrócenia go przez Wykonawców w ramach zobowiązania ofertowego do końca października 2021 r. - w związku z jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ) jako wystarczający i realny czasookres umożliwiający wykonanie całego zakresu prac objętego zamówieniem. W połowie lutego 2020 r. dokonane zostało otwarcie ofert w tym postępowaniu (w związku z upływem terminu składania ofert). Złożone na bazie udostępnionej SIWZ oferty zostały otwarte i Zamawiający przystąpił do ich badania zgodnie z obowiązującą procedurą.

Obecnie jednak, wobec zaistniałej już w toku trwającej procedury badania ofert sytuacji związanej z epidemią koronawirusa, która powoduje istotne i faktyczne trudności i ograniczenia w działaniu gospodarki rynkowej, w tym funkcjonowaniu różnych branż (także budowlanej i drogowej) z uwagi na wdrożone w ramach walki z rozprzestrzenianiem się epidemii restrykcje i ograniczenia w przemieszczaniu się, transporcie, wykonywaniu pracy, itd. (m.in. zamknięcie granic państwowych, minimalizacja lotów, wprowadzenie szczególnego trybu postępowania w skupiskach ludzkich, ograniczenia dostępu do budynków podmiotów publicznych i prywatnych, wdrażanie trybu pracy zdalnej, czy czasowe zamykanie / zawieszanie prowadzonej działalności), konieczne stało się zrewidowanie w ogóle potrzeby i możliwości realizacji przez Zamawiającego zamówienia stanowiącego przedmiot tego postępowania, jak również (w przypadku ich podtrzymania) zweryfikowanie określonych dotychczas warunków udzielenia i realizacji zamówienia celem ich zmodyfikowania i dostosowania do nowych realiów funkcjonowania rynku (działalność w obliczu pandemii). Biorąc pod uwagę okoliczności związane z koniecznością przestrzegania wdrożonych zaleceń epidemiologicznych dotyczących zagrożenia rozprzestrzeniania się koronawirusa i mających na celu zminimalizowanie niebezpieczeństwa powiększenia się liczby zarażonych Covid-19, co ma z kolei bezpośrednie przełożenie na funkcjonowanie rynku oraz tryb wykonywania prac

objętych zamówieniem, koniecznym stało się dokonanie powtórnych analiz i weryfikacji sprawy oraz ewentualnej modyfikacji warunków realizacji zamówienia (w szczególności terminu jego wykonania) oraz kryteriów jego udzielenia (wychodząc naprzeciw aktualnym potrzebom rynku w kontekście ich ewentualnej możliwej liberalizacji i uproszczenia, również w ramach minimalizacji możliwych, a nieoczekiwanych problemów i wątpliwości interpretacyjnych powstających na gruncie zapisów SIWZ, które zupełnie nieracjonalnie wydłużają i gmatwają cały proces kontraktowania zadania - celem poszerzenia konkurencyjności w tym trudnym i wyjątkowym czasie, kiedy to funkcjonowanie wielu podmiotów rynkowych poprzez istniejące przestoje i ograniczenia w działalności jest utrudnione, czy wręcz zagrożone).

Wskazane kwestie związane z obecnie panującą pandemią koronawirusa będącego sytuacją wyjątkową i niezależną, mającą znamiona siły wyższej, której działanie jest nieuchronne, nadzwyczajne i niemożliwe do przewidzenia (w szczególności w kontekście wdrożonych w marcu b.r. jako mechanizmów mających ograniczyć zasięg epidemii działań w postaci m.in. ograniczenia swobody poruszania się obywateli, zmiany trybu wykonywania pracy, utrudnionego dostępu do transportu, ograniczeń dostępności do instytucji publicznych) stanowią niewątpliwie okoliczności powodujące, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, ponieważ w sposób zupełnie nieoczekiwany i niespodziewany już w toku procedowania tego zamówienia dezaktualizowały się warunki udzielenia i wykonania tego zamówienia określone w SIWZ w ramach niniejszego postępowania, co z kolei zobligowało Zamawiającego do przeprowadzenia dogłębnej analizy i rewizji całej sprawy celem dostosowania się do nowej, zmienionej dość znacznie sytuacji.

Ewentualna aktualizacja warunków udzielenia i wykonania tego zamówienia (przy założeniu podtrzymania w ogóle potrzeby i możliwości realizacji zadania przez Zamawiającego w obecnej sytuacji), z uwagi na aktualny etap procedury, nie może już jednak zostać dokonana na gruncie niniejszego postępowania, jako że zaistnienie okoliczności implikujących potrzebę przeprowadzenia analizy i modyfikacji warunków udzielenia i wykonania tego zamówienia nastąpiło już po upływie terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, przez co nie jest już możliwe dokonanie na gruncie tego postępowania koniecznej w świetle tegoż zmiany SIWZ - zgodnie z wykładnią a contrario przepisu art. 38 ust. 4 ustawy PZP niedopuszczalne jest dokonywanie zmiany treści SIWZ po upływie terminu składania ofert w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający w świetle zaistniałej sytuacji (o której wiedzę już ma) nie powinien dopuścić do udzielenia zamówienia na warunkach określonych dotychczas, ponieważ takie działanie mogłoby spowodować faktyczne problemy na etapie realizacji umowy i świadczyć o nieracjonalnym gospodarowaniu środkami publicznymi po jego stronie. W szczególności zawarcie umowy w sprawie tego zamówienia na dotychczasowych warunkach w sytuacji wiadomych już okoliczności wynikających z działań wdrażanych na rzecz walki z epidemią koronawirusa realnie mogłoby doprowadzić do perturbacji i problemów z dotrzymaniem zobowiązań umownych (np. terminu realizacji zadania - który dodatkowo ujęty był na gruncie tego postępowania w ramach jednego z pozacenowych kryteriów oceny ofert, a więc jego dotrzymanie staje się szczególnie istotne, jeżeli oferta, na podstawie której zawarta zostałaby umowa, zawierała oświadczenie o skróceniu tego terminu i w ramach dokonanej oceny ofert otrzymałaby z tego tytułu dodatkowe punkty rankingowe), przy jednoczesnym braku możliwości jej następczego wstrzymania, czy zmiany (aktualizacji warunków wykonania przedmiotu umowy) z uwagi na uprzedni względem jej zawarcia kontekst czasowy wiedzy o okolicznościach, które miałyby być podstawą takich działań (jak również wskazaną kwestię ujęcia terminu realizacji zamówienia jako jednego z kryterium oceny ofert w postępowaniu, przez co jego późniejsza zmiana staje się pod względem formalno-prawnym jeszcze bardziej problematyczna i obciążona jest większymi ryzykami). Wskazać bowiem należy, iż choć umowa generalnie przewiduje możliwość następczej modyfikacji jej postanowień, to jednak w tym kontekście (w szczególności w przypadku ewentualności zmiany terminu realizacji zamówienia) odwołuje się do okoliczności niemożliwych do wcześniejszego (względem momentu zawarcia umowy) przewidzenia, które miałyby implikować potrzebę określonej zmiany umowy, przez co w świetle posiadania już obecnie przez Zamawiającego wiedzy na temat sytuacji istnienia epidemii koronawirusa (i działań w związku z tym wdrożonych) dokonanie na bazie tej okoliczności następczej zmiany umowy (po jej zawarciu) mogłoby zostać uznane za niedozwoloną w świetle ustawy PZP zmianę postanowień umowy, co przełożyłoby się na wymierne negatywne konsekwencje dla Zamawiającego, łącznie z nałożeniem korekty finansowej skutkującej utratą środków unijnych uzyskanych na realizację tego zamówienia. Podobne założenia formalno-prawne przyświecają wydaje się ustawowo regulowanym możliwościom zmiany treści zawartej umowy, jak również wstrzymania jej realizacji (prawo odstąpienia od umowy) - raczej nie dotyczą one sytuacji, gdy już w momencie udzielenia zamówienia (zawarcia umowy) można choćby częściowo przewidzieć, iż mogłaby ona nie być realizowana zgodnie z jej warunkami, ale mają zastosowanie dla okoliczności zaistniałych już w toku jej realizacji, które taką niemożność powodują.

Mając zatem na uwadze fakt, iż z punktu widzenia interesu publicznego (w kontekście obowiązku racjonalnego i efektywnego gospodarowania mieniem publicznym przez

Zamawiającego stanowiącego jednostkę sektora finansów publicznych oraz realizowania zadań merytorycznie uzasadnionych, mających uargumentowane podstawy do ich wdrażania oraz faktycznie potrzebnych i możliwych do realnego wykonania w świetle istniejących potrzeb i uwarunkowań), zgodnie z aktualną wiedzą na skutek istotnej zmiany okoliczności zaistniałej już w toku niniejszego postępowania (zaistnienia epidemii koronawirusa i implikacji takiej sytuacji) - niezasadne stało się wykonanie zamówienia w postaci i kształcie określonym w SIWZ, a przez to i dalsze prowadzenie postępowania w sprawie tego zamówienia, czego nie można było wcześniej przewidzieć i co jest niezależne od Zamawiającego (jako że kwestia epidemii jest zjawiskiem nadzwyczajnym, ogólnym / generalnym, o znamionach siły wyższej), a jednocześnie brak jest już obecnie formalnej możliwości dokonania jakiegokolwiek zmiany treści SIWZ celem wymaganej aktualizacji i uracjonalnienia merytorycznego jej treści (z uwagi na fakt, iż zaistnienie wskazanej zmiany okoliczności nastąpiło już po upływie terminu składania ofert w tym postępowaniu, który to moment wyznaczał granicę czasową możliwości dokonywania zmian treści SIWZ).

W związku z tym zaszła obecnie uzasadniona faktycznie i prawnie potrzeba unieważnienia

prowadzonego postępowania. Mając powyższe na uwadze - w związku z zaistnieniem sytuacji opisanej wyżej - Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, jako że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że dalsze prowadzenie tego postępowania (i wykonanie zamówienia w kształcie i na warunkach w nim określonych) nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Na rozprawie Odwołujący przedstawił następujące stanowisko:

W ocenie Odwołującego nic nie zaszło aż tak szczególnego, żeby postępowanie o

udzielenie zamówienia zostało unieważnione, tym bardziej, że Zamawiający nie wstrzymał kontraktów, które realizował w zw. z epidemią. Ponadto, obawy Zamawiającego niedotrzymania terminu wykonania zamówienia na warunkach określonych w dokumentach postępowania, tj. termin realizacji 27 października 2021 r., są niezasadne. Odwołujący oświadczył, że Project Manager funkcjonujący w ramach struktury Odwołującego odpowiedzialny za to zamówienie (p. B. Z.) stwierdził, że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia na dwa tygodnie przed upływem daty wskazanej w ofercie (tj. 27 października 2021 r.). Potwierdzając stanowisko przedstawione w odwołaniu dodatkowo wskazał, że w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, jak również w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie zamieszczone są opisy dotyczące sytuacji, jaka została spowodowana pierwotnym zagrożeniem epidemiologicznym, a później epidemią, natomiast nie zostało wykazane w dokumentach ziszczenie się przesłanki wystąpienia interesu publicznego, który by przesądzał o zasadności unieważnienia postępowania. Podnosił, że nie została wykazana przesłanka z art. 91 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a mianowicie prowadzenia postępowania wbrew interesowi publicznemu, gdyż Zamawiający potwierdził w odpowiedzi na odwołanie (strona 15 pisma, fragment rozpoczynający się od wyrazów „Zamawiający nie wszczął do tej pory następnego postępowania”), że nie jest przesądzone, że zamówienie to nie będzie w żaden sposób realizowane z jakichś istotnych powodów. Dodatkowo Zamawiający podkreślił, że może być postępowanie prowadzone na warunkach ewentualnego doprecyzowania, co świadczy jednocześnie, że zamówienie leży w interesie publicznym. W przedostatnim akapicie tej strony wskazał, że dokonano zmiany budżetowej w ramach zabezpieczenia finansowego na to zadanie i zwolniono większość środków finansowych tego zadania na 2020 r. (w kontekście przeznaczenia ich na finansowanie działań związanych z przeciwdziałaniem COVID-19). Odwołujący wskazał, że z dokumentacji Zamawiającego wynika, że zamierza on prowadzić postępowanie, ale na zmienionych warunkach. Zamawiający również odwołał się co do terminu realizacji zamówienia wskazując, że jest on przeszkodą w prowadzeniu postępowania. Odwołujący podniósł, że w sprawie nie zastosowano przepisów związanych z tarczą antykryzysową, bowiem w ustawie w art. 15r ust.

1 wskazano możliwości zmian umów dotyczących realizacji zamówień publicznych. Pierwsze przepisy w tym zakresie uprawniały zamawiających do zmiany terminu, natomiast ostatnia ustawa o tarczy 4 obliguje zamawiających do zmiany terminów realizacji umów. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający ma możliwość zmiany terminów, mimo że prezentuje odmienne stanowisko. Odwołujący wskazał wyrok Izby KIO 599/20, w którym nie uwzględniono żądania o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Podniósł, że Zamawiający nie wykazał sprzeczności realizacji zamówienia z interesem publicznym, natomiast Odwołujący jest gotów do świadczenia określonego planowaną umową, jest wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu, jego oferta jest ważna, nie został wykluczony z postępowania i ma w pełni interes w ubieganiu się o dokończenie przez Zamawiającego tego postępowania oraz zawarcie umowy z uwagi na fakt, że złożona przez Odwołującego oferta

jest najkorzystniejsza.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego następuje w przypadku spełnienia łącznie przesłanek wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć).

Ciężar wykazania przesłanek warunkujących unieważnienie postępowania spoczywa w tym przypadku na Zamawiającym, który z tego faktu wywodzi skutki prawne (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp). Należy mieć na uwadze, że art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp posługuje się pojęciem interesu publicznego, który jest kategorią szerszą niż interes Zamawiającego czy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

W orzecznictwie co do znaczenia pojęcia interesu publicznego, wskazano przykładowo: w wyroku z dnia 10 października 2016 r., KIO 1804/16 - W doktrynie interes publiczny rozumie się jako określoną wartość motywacyjną wspólną dla wielu (ujętych abstrakcyjnie) podmiotów, a konkretyzującą się w razie konfliktu z przeciwstawnymi celami (interesami) prywatnymi. (...) Interesem publicznym jest interes określonej grupy (społeczności, wspólnoty) odpowiadający potrzebom odczuwanym przez członków grupy - często jako reakcja na pojawiające się lub choćby tylko możliwe zagrożenia albo też artykułowanym przez organ publiczny w ramach jego kompetencji formalnych. Konkretyzacja tego interesu następuje zatem albo „oddolnie”, albo też jest on kształtowany i wyrażany przez organ państwa, który prowadzi jego politykę w danej dziedzinie (...) (wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2777/11).

Interes publiczny jest to więc pojęcie niedookreślone, którego treść jest wyznaczana przez obowiązujące prawo, wartości przez nie realizowane, wolę polityczną i zespół odniesień pozaprawnych (...). Przyjmuje się, że interes publiczny nie powinien stanowić przeciwieństwa interesu prywatnego, nie jest też sumą interesów prywatnych (wyrok z dnia 22 lipca 2015 r. KIO 1500/15).

Interesu publicznego nie można ponadto utożsamiać z interesem Zamawiającego, a ocena czy w danym przypadku występuje okoliczność uzasadniająca jego istnienie dokonywana jest w momencie wszczęcia postępowania (wyrok KIO z dnia 14 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1227/09).

Konieczność unieważnienia postępowania w rozpoznanej sprawie, Zamawiający uzasadnił stanem epidemii. Stan epidemii istniejący w dacie unieważnienia postępowania, wniesienia odwołania, jak i obowiązujące w dniu wydania wyroku ograniczenia, mające na celu zmniejszenie zagrożeń związanych z możliwością zachorowania na COVID-19, nie stoją na przeszkodzie kontynuacji postępowań i zawieraniu umów. Stan epidemii nie wstrzymał wszczętych postępowań. Natomiast obowiązująca od 8 marca 2020 r. ustawa z 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. 2020 poz. 374 ze zm.) przewiduje rozwiązania umożliwiające dostosowanie umowy do istniejących warunków. Dotyczą one m.in. kar umownych, wypłaty wynagrodzenia oraz możliwości zmiany umowy - w wyroku z 15 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 599/20.

Przedmiot zamówienia uzasadnia przyjęcie poglądu, że realizacja zabezpieczenia osuwisk w ciągu DW 975 wraz z budową mostu w m. Gródek nad Dunajcem pozostaje nadal otwarta, zachodzi potrzeba wykonania tych robót, potwierdza to też Zamawiający rozważając ewentualną zmianę warunków realizacji zamówienia.

Zatem wyłączną przyczynę unieważnienia postępowania nie stanowiła okoliczność, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Przesłanka ta ma zastosowanie w sytuacji całkowitego odstąpienia od realizacji postępowania i w efekcie całkowitego odstąpienia do wykonania zamówienia.

Kwestie finansowe wskazane przez Zamawiającego, co do zasady, przyjmowane są w orzecznictwie jako nie mające wpływu na decyzję o unieważnieniu postępowania z tego powodu, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

W orzecznictwie zdarzały się rozstrzygnięcia wskazujące, że unieważnienie postępowania przetargowego z uwagi na fakt, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć - było spowodowane zablokowaniem środków finansowych w budżecie oraz w konsekwencji brakiem środków finansowych na zakończenie procedury przetargowej. Jednakże w takich

przypadkach zamawiający wykazywał przy pomocy dowodów istnienie wszystkich przesłanek unieważnienia postępowania zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Blokada środków finansowych została wykazana niepodważonymi dowodami.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy fakty takie nie mają miejsca. Został potwierdzony zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przez czynność unieważnienia postępowania.

Zarzut zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, skutkiem którego wskazano naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz żądanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej - są przedwczesne wobec unieważnienia wyboru tej oferty (pismo z dnia 13.03.2020 r.) .

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp zobowiązana jest do uwzględnienia odwołania, jeżeli stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynikiem postępowania jest udzielenie zamówienia - zawarcie umowy po uprzednim wyborze najkorzystniejszej oferty.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia oraz zasądziła na rzecz Odwołującego wskazaną kwotę tytułem uiszczonego wpisu - § 5 ust. 2 pkt 1 tego rozporządzenia.

Przewodniczący:.....