Sygn. akt: KIO 892/20

WYROK

z dnia 23 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2020 roku przez wykonawcę: FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: JASTRZĘBSKĄ SPÓŁKĘ WĘGLOWĄ S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego - FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach na rzecz Zamawiającego - JASTRZĘBSKIEJ SPÓŁKI WĘGLOWEJ S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju kwotę 4 124 zł 61 gr (słownie: czterech tysięcy stu dwudziestu czterech złotych 61/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów opłaty skarbowej oraz koszty dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 892/20

UZASADNIENIE

Dnia 27 kwietnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na

podstawie art. 180 ust. 1, art.182 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako „ustawa PZP", odwołanie złożył wykonawca FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach, dalej jako „Odwołujący" lub „Famur".

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone jako postępowanie sektorowe w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: najem dwóch nowych kombajnów chodnikowych o możliwości urabiania skał o twardości min. 110 MPa wraz z niezbędnym wyposażeniem dla potrzeb JSW S.A. KWK Jastrzębie-Bzie prowadzi Zamawiający: JASTRZĘBSKA SPÓŁKA WĘGLOWA S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, Zakład Wsparcia Produkcji. Numer Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, gdzie opublikowano ogłoszenie o zamówieniu: Dz.U./S S38 90868-2020-PL.

W dniu 16.04.2020 r. przesłanie zostało do Odwołującego zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania 1 i 2 oraz zamieszczono tę informację na stronie internetowej Zamawiającego, czynność ta jest podstawą wniesieni środka ochrony prawnej.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucono naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp poprzez uznanie, że w sprawie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć i w związku z tym unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie,

3. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie aukcji elektronicznej,

4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący oświadczył, że ma interes we wniesieniu odwołania albowiem złożył w postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Ponadto oferta ta jest jedną z dwóch, które wpłynęły w postępowaniu i na moment otwarcia ofert jest ona najkorzystniejsza i nie przekracza kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Gdyby Zamawiający nie podjął decyzji o unieważnieniu postępowania, oferta Odwołującego mogłaby zostać oceniona jako najkorzystniejsza, a Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie.

Ostateczna cena zaoferowana przez Odwołującego byłaby znana po przeprowadzeniu przewidzianej aukcji elektronicznej, której Zamawiający nie przeprowadził unieważniając postępowanie dzień przed wyznaczonym terminem aukcji.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy PZP kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Termin na wniesienie odwołania został zachowany, Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający opisał okoliczności, które w jego ocenie mają wyczerpywać podstawę unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP. Zamawiający stwierdził m.in., że „konsekwencje wprowadzenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii COVID-19 dla działalności gospodarczej prowadzonej przez JSW uzasadniają unieważnienie postępowania przetargowego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP". Zamawiający uzasadnił to tym, że w jego ocenie epidemia COVID-19 i związane z nią konsekwencje są okolicznościami zewnętrznymi w stosunku do JSW, które wystąpiły po wszczęciu postępowania przetargowego i których JSW przy dochowaniu należytej staranności nie mogła przewidzieć w dacie wszczęcia postępowania. Dalej Zamawiający stwierdził, ze „ewentualna realizacja zamówienia w obecnym stanie rzeczy skutkowałaby nabyciem przez JSW dóbr, które nie są już niezbędne dla efektywnego i racjonalnego prowadzenia działalności gospodarczej, a w tym samym - prowadziłaby do wydatkowania przez JSW środków w sposób nieuzasadniony, co w dalszej kolejności musiałoby doprowadzić do znacznych szkód majątkowych po stronie JSW, ze wszystkimi tego konsekwencjami (jak np. ograniczenie możliwości realizacji zadań statutowych, dla których JSW została utworzona, redukcji zatrudnienia)".

W ocenie Odwołującego, zaprezentowane przez Zamawiającego uzasadnienie, pomimo że na pierwszy rzut oka obszerne, w istocie jest lakoniczne, nie wskazuje na żadne

szczegółowe okoliczności, które mogłyby wskazywać, że w tym konkretnym postępowaniu zostały spełnione przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP.

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Zamawiający jest uprawniony, a zarazem zobowiązany do unieważnienia postępowania jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia trzech przesłanek połączonych adekwatnym związkiem przyczynowo - skutkowym:

1) zmiana okoliczności o istotnym charakterze;

2) zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym;

3) brak możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia tej okoliczności.

Udowodnienie spełnienia wszystkich powyższych trzech przesłanek spoczywa bezwzględnie na Zamawiającym. Udowodnienie to powinno w pierwszej kolejności nastąpić w uzasadnieniu zawiadomienia, które zgodnie z treścią art. 93 ust. 3 ustawy PZP Zamawiający kieruje do wszystkich wykonawców, którzy złożyli w danym postępowaniu oferty. Obowiązek udowodnienia oznacza, że Zamawiający powinien wykazać szczegółowo zaistnienie konkretnych okoliczności, które wskazują na spełnienie powyższych trzech przesłanek oraz zaistnienie pomiędzy nimi związku przyczynowo - skutkowego. Istotna przy tym pozostaje okoliczność, że możliwość unieważnienia postępowania należy do wyjątku, co powoduje, że opisane w ustawie PZP podstawy unieważnienia postępowania nie mogą być interpretowane rozszerzająco.

Z uzasadnienia Zamawiającego można wywnioskować, że ową istotną okolicznością, której nie można było wcześniej (a więc na etapie wszczęcia postępowania) przewidzieć, a która spowodowała, że prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, jest wystąpienie pandemii wirusa COVID-19 oraz spowodowane tym ograniczenia wprowadzone przez władze Rzeczypospolitej Polskiej w drodze ustaw lub rozporządzeń.

O ile trudno się nie zgodzić z tym, że wystąpienie pandemii COVID-19 może spełniać określone w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP przesłanki „istotnej zmiany okoliczności", to już nie sposób zgodzić się, że wystąpienie pandemii, a także wprowadzone w związku z nią ograniczenia przez władze Rzeczypospolitej Polskiej wpływają na działalność Zamawiającego w taki sposób, że przekładają się one konkretnie na to postępowanie i powodują, że w tym konkretnym postępowaniu wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym. Istnienia takiego przełożenia nie wykazał, zdaniem Odwołującego, Zamawiający.

Zamawiający dla wykazania, że wprowadzone przez władze Rzeczypospolitej Polskiej ograniczenia w związku z COVID-19 wpływają na działalność Zamawiającego, a tym samym na postępowanie i fakt, że wykonanie umowy zawartej w jego wyniku nie leży w interesie publicznym przytoczył trzy okoliczności:

1. pierwszą z nich jest wprowadzenie przez Zamawiającego ograniczeń w zakresie działalności wydobywczej tj. wprowadzenie od 23.03.2020 r. pracy na trzy sześciogodzinne zmiany. Niestety Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił jak taka (w istocie nie mająca istotnego znaczenia) zmiana może wpływać na ocenę wpływu realizacji umowy, która miałaby zostać zawarta w postępowaniu na interes publiczny. Jak sam Zamawiający poinformował, zmiany rozkładu czasu pracy dotyczą działalności wydobywczej, podczas gdy przedmiotem postępowania jest najem kombajnów chodnikowych, a więc służących do drążenia chodników górniczych, a nie do działalności wydobywczej. Ponadto Zamawiający nie wskazał, nawet teoretycznie, jak mogłoby się to przekładać na realizację przedmiotu tego postępowania. W ocenie Odwołującego wprowadzona zmiana nie ma absolutnie żadnego znaczenia dla realizacji przedmiotu postępowania i oceny naruszenia interesu publicznego.

2. drugą z nich jest podjęcie przez Zarząd JSW w dniu 2 kwietnia 2020 r. uchwały o wystąpieniu w JSW siły wyższej. W ślad za podjętą uchwałą, w dniu 2 kwietnia 2020 r., spółka opublikowała raport giełdowy, w którym poinformowała o tym fakcie inwestorów i kontrahentów. Raport ma charakter ogólnikowy, nie wskazuje na żadne konkretne przejawy siły wyższej, a także na żaden konkretny wpływ siły wyższej na możliwość realizacji jakichkolwiek umów czy kontynuowania postępowań przetargowych. Zatem nie ma on żadnego większego znaczenia. Odwołujący wskazał adres strony internetowej, gdzie można się zapoznać ze wspomnianym raportem.

Po opublikowaniu raportu, w dniu 3 kwietnia 2020 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z pismem, w którym poproszono o skonkretyzowanie podanych informacji.

W dniu 6 kwietnia 2020 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego odpowiedź, w której wskazano wprost „(...) aktualnie nie jest możliwy do precyzyjnego określenia wpływ zaistnienia tejże siły wyższej na działalność i szeroko pojętą sytuację rynkową JSW S.A. Służby JSW S.A. w sposób stały zaangażowane są w proces identyfikacji i należytej oceny wszelkich następstw trwającego stanu epidemii".

Taka argumentacja zdaniem Odwołującego potwierdza, że przytoczona uchwała Zarządu z dnia 2 kwietnia 2020 r. miała charakter ogólnikowy i nie określono w niej żadnego precyzyjnego wpływu COVID-19 jako siły wyższej na działalność JSW. Fakt podjęcia uchwały pozostaje bez żadnego wpływu na ocenę możliwości lub braku możliwości naruszenia interesu publicznego w wyniku realizacji umowy, która ma być zawarta w wyniku postępowania.

3. I wreszcie trzecią okolicznością jest okoliczność, którą ogólnie można określić jako „okoliczność o charakterze finansowym", a która przez Zamawiającego została opisana w ten sposób, że w związku z wystąpieniem COVID-19 realizacja zamówienia spowodowałaby wydatkowanie środków w sposób nieuzasadniony, a to z kolei „musiałoby doprowadzić do znacznych szkód majątkowych po stronie JSW, ze wszystkimi tego konsekwencjami (jak np. ograniczenie możliwości realizacji zadań statutowych, dla których JSW została utworzona, redukcji zatrudnienia)". Dlatego też zamierzenie inwestycyjne, któremu miał służyć przedmiot postępowania zostanie zrealizowane za pomocą urządzeń, które są już w posiadaniu JSW.

Okoliczność ta w ocenie Odwołującego znowu stanowi ogólnikowe stwierdzenia bez wyjaśnienia i udowodnienia:

- w jaki sposób pandemia COVID-19 i związane z nią ograniczenia wpłynęły na sytuację finansową Zamawiającego i jej pogorszenie,

- w jaki sposób realizacja tej konkretnej umowy i wydatkowanie w jej ramach środków pieniężnych miałoby doprowadzić do „znacznych szkód majątkowych po stronie JSW" i w jaki sposób realizacja tej konkretnej umowy miałaby prowadzić do „ograniczenia możliwości realizacji zadań statutowych" i redukcji zatrudnienia,

- w jaki sposób realizacja tego zadania inwestycyjnego zostanie przeprowadzona za pomocą urządzeń będących w posiadaniu JSW.

Przywołana podstawa unieważnienia postępowania ukierunkowana jest na ochronę interesu publicznego. Powołując się na tę przesłankę unieważnienia, Zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania. Tylko w ten sposób będzie bowiem w stanie udowodnić, że przesłanka ta rzeczywiście wystąpiła. W piśmie z dnia 16 kwietnia 2020 r. Zamawiający nie odwołuje się do jakiegokolwiek interesu publicznego. Jedyny interes na jaki wskazuje, to jest prywatny interes Zamawiającego sprowadzający się do jego sytuacji ekonomicznej.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 10.07.2002 r., V Ca 960/02, ZPO 2002/1, poz. 140, uznał, że nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Należy więc przyjąć, że inne niż wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeby zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia nie mogą być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania. Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny, może powodować, iż środki nań przeznaczone nie powinny zostać wydane, a zamówienie nie powinno zostać udzielone. Ponadto nie zawsze interes publiczny musi przeważać nad interesem indywidualnym. Aby taka sytuacja miała miejsce, interes publiczny musi być na tyle istotny, że niezbędne jest jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania.

W postępowaniu Zamawiający wskazał jedynie na konieczność ograniczenia środków na realizację przedsięwzięcia, nie wskazał natomiast w jaki sposób wydatkowanie środków na przedmiotowe przedsięwzięcie będzie godzić w interes publiczny.

Wśród przedstawicieli doktryny podkreśla się, że o wpływie realizacji umowy na naruszenie interesu publicznego można mówić, gdy zostanie wykazane, że w przypadku udzielenia zamówienia w zamierzonym kształcie Zamawiający musiałby np. likwidować miejsca pracy, co wiąże się ze skutkiem dla rodzin, regionu, spokoju społecznego, zagrożeniem strajkowym lub podobnymi konsekwencjami o znacznym wymiarze. To można dopiero uznać za wpływ realizacji umowy na interes publiczny. W postępowaniu o żadnym takim wpływie nie ma mowy i być nie może uwzględniając co jest przedmiotem

postępowania, jaki jest zakres przedmiotu postępowania na działalność Zamawiającego oraz jaki jest zakres środków, które mają być wydatkowane na realizację przedmiotu postępowania w całej działalności Zamawiającego. Natomiast interes publiczny to nie interes ekonomiczny Zamawiającego. Wskazuje na to orzecznictwo, chociażby wyrok SO w Nowym Sączu z dnia 22 września 2009 r., III CA 418/09, LEX nr 532695 195. Podobnie Sąd Okręgowy w Gliwicach (wyr. z 10.11.2005 r., III Ca 855/05, niepubl.) zgodnie, z którym „interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem firmy (tj. zamawiającego). Nie jest też jednoznaczny z brakiem środków na realizację przedsięwzięcia".

Na uwagę zasługuje także wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 11 kwietnia 2008 (X Ga 45/08 r., LEX nr 1713164), który dotyczył sytuacji unieważnienia postępowania z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP w okolicznościach, gdy umowa „stała się zbędna" ze względu na pogorszenie sytuacji finansowej podmiotu z branży górniczej wskutek akcji strajkowej. Zdaniem Sądu Okręgowego sam fakt wybuchu akcji protestacyjnej i strajku w kopalni nie stanowią istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Taką zmianę okoliczności mogłyby dopiero stanowić skutki strajku np. w postaci strat finansowych. Skarżąca w żaden sposób jednak nie wykazała, iż zamawiająca poniosła straty finansowe w wyniku strajku, nie wskazała również wysokości ewentualnych strat, lub sposobu ich wyliczenia. Nie ma więc żadnych przesłanek które pozwoliłyby ocenić, czy i jaki wpływ miały te straty na możliwość zawarcia umowy i to czy jej wykonanie leży w interesie publicznym.

W tej sprawie mamy do czynienia z nieco podobnym stanem faktycznym, gdzie jedynie zamiast akcji protestacyjnej i strajkowej występuje pandemia COVID-l9. To nie powoduje jednak, że nie jest aktualne, że Zamawiający był zobowiązany wykazać czy i jakie straty finansowe pandemia spowodowała po jego stronie (związek przyczynowy) oraz, że straty te powodują, że niecelowe z punktu widzenia interesu publicznego byłoby zrealizowanie przedmiotu niniejszego postępowania.

Posłużenie się przez Zamawiającego jedynie ogólnymi stwierdzeniami mającymi wykazywać istnienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, bez odwołania się w ogóle do konkretnego interesu publicznego powoduje, że należy uznać, że Zamawiający w ogóle nie wykazał związku przyczynowego pomiędzy pandemią COVID-19 (która zgodnie z uzasadnieniem Zamawiającego stanowi istotną zmianę okoliczności) i wynikającymi z niej ograniczeniami, a ich wpływem na brak możliwości wykonania niniejszego zamówienia ze względu na ochronę interesu publicznego. Po analizie pisma z dnia 16 kwietnia 2020 r. wręcz nasuwa się wniosek, że Zamawiający próbuje wykorzystać zaistniałą w kraju sytuację epidemiologiczną w celu nie doprowadzanie do zawarcia umowy na warunkach niekorzystnych dla Zamawiającego. Na uwagę bowiem zasługuje fakt, że w postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie na zapisy SIWZ w zakresie przewidzianego w projekcie umowy terminu płatności należności wynikających z umowy. W dniu 13 marca 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok (sygn. KIO 465/20), w którym nakazała Zamawiającemu zmianę zapisów SIWZ w zakresie terminów płatności, co oznaczało dla Zamawiającego konieczność skrócenia terminu płatności z 90 dni na 60 dni. I to ta okoliczność ma dla Zamawiającego kluczowe znaczenie. Wspomina o tym zresztą sam Zamawiający w piśmie z dnia 16 kwietnia 2020 r., gdzie napisano, że „realizacja zamówienia na warunkach wynikających z wyroku KIO, tj. przy zastosowaniu 60-dniowego terminu zapłaty, wiązać się będzie z daleko idącymi negatywnymi konsekwencjami finansowymi dla JSW, a obecna i prognozowana sytuacja JSW będąca również efektem wpływu epidemii COVID-19 na sytuację finansową JSW, sprawia, że JSW nie jest gotowa do udzielenia zamówienia na obecnych warunkach". Zamawiający nie dostrzega jednak, że konieczność zmiany terminu płatności w wyniku wydanego wyroku KIO nie stanowi z całą pewnością „istotnej zmiany okoliczności", a próba doprowadzenia do nie zawarcia umowy na warunkach wynikających z wyroku KIO poprzez próbę unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP z całą pewnością nie może zasługiwać na ochronę prawną.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie jest w ocenie Odwołującego uzasadnione i wnoszono o jego uwzględnienie w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba

skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym ostatecznie decyzja o unieważnieniu postępowania pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, którego oferta zajmuje pierwsze miejsce w rankingu pod względem kryteriów oceny ofert. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze Stron.

Na podstawie przesłanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w Informacji o unieważnieniu postępowania przekazano stanowisko Zamawiającego, że postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust 1 pkt 6 PZP, ze względu na fakt, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W uzasadnieniu Informacji Zamawiający powołał na następujące orzecznictwo dotyczące unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP:

wyrok KIO z dnia 03.09.2013 r., KIO 2006/13, „Nawet niewielka zmiana przedmiotu zamówienia, która ma wymierne znaczenie dla zamawiającego, może wywołać uzasadnione podstawy do unieważnienia postępowania, a także niezasadnym byłoby nakazywanie zamawiającemu nabycia określonych dóbr, które będzie posiadał w wyniku pozyskania z realizacji innej umowy (przesłanka związana z interesem publicznym, rozumianym jako ograniczenie bądź uniknięcie wydatkowania środków publicznych w zakresie, w jakim nie jest to niezbędne) oraz że wydatkowanie środków publicznych powinno następować przy optymalnym doborze metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, co z kolei gwarantuje efektywność i uzyskanie jak najlepszych rezultatów przy określonych nakładach", zaś żądania odwołującego sprowadzające się do próby kontynuowania postępowania w kształcie dotychczasowym, niewątpliwie musiałyby doprowadzić do znacznych szkód majątkowych ze wszystkimi tego konsekwencjami dla zamawiającego",

wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 07.07.2009 r., sygn. akt V Ca 1187/09, w którym wskazano, iż sformułowanie treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, w którym mowa o zmianie okoliczności „należy rozumieć jako zaistnienie pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, że kontynuowanie postępowania przetargowego nie leży w interesie publicznym. Za takle zdarzenie należy bez wątpienia uznać blokadę środków przeznaczonych na finansowanie zamówienia. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 nie wymaga zaistnienia okoliczności „potwierdzonych urzędowo", ale okoliczności, które z obiektywnego punktu widzenia należy ocenić jako uzasadniające tezę, że "dalsza procedura przetargowa nie leży w interesie publicznym",

wyrok KIO 2104/13, zgodnie z którym „wdrożenie u zamawiającego programu oszczędnościowego, a co za tym idzie, wykonanie zamówienia siłami własnymi, stanowi istotną zmianę okoliczności, która przesądza, że prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie leży w interesie publicznym, a jednocześnie nie można było tego przewidzieć",

wyrok KIO 506/16 oraz wyrok KIO 428/16 (ten ostatni wydany w związku z odwołaniem dotyczącym postępowania przetargowego prowadzonego przez JSW), w których KIO wskazała: „Interes publiczny w ujęciu zadań zamawiającego to realizacja zadań ustawowych (statutowych), dla których realizacji podmiot został utworzony. Zatem, interes publiczny w badanej sprawie winien być oceniany z uwzględnieniem potencjału kadrowego, sytuacji finansowej i uwarunkowanej nimi możliwości realizacji zamówienia. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, w której pracownicy Zamawiającego ze względu na zmianę sposobu realizacji zadań, są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia, przeczy interesowi publicznemu. Udzielnie zamówienia oznaczałoby konieczność redukcji zatrudnienia, ewentualnie wydatkowania środków w nieuzasadniony sposób”.

wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28.02.2019 r., sygn. akt IV Ca 1430/18,

oddalający skargę na orzeczenie KIO 267/18, w którym uznano za zgodne z przepisami ustawy PZP działanie zamawiającego będącego spółką Skarbu Państwa, polegające na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, już po terminie składania ofert, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP z uwagi na fakt sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprzystający do faktycznych potrzeb zamawiającego oraz na brak możliwości skoordynowania realizacji inwestycji z innymi planowanymi i ściśle ze sobą powiązanymi przedsięwzięciami oraz ze względu na to, że udzielenie umówienia publicznego w pierwotnie opisanym kształcie i zakresie będzie generowało dodatkowe i nieuzasadnione koszty — które to okoliczności pojawiły się już po wszczęciu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Sąd Okręgowy zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, który w toku postępowania wskazywał, że utożsamia interes publiczny nie jako same oszczędności w budżecie Skarbu Państwa, ale jako nieczynienie nakładów finansowych na poczet (przedsiębiorstwa, potencjału technicznego przedsiębiorcy) wykonawcy, który uzyska zamówienie publiczne oraz pogląd zamawiającego, zgodnie z którym interes publiczny należy rozumieć jako nieczynienie podwójnych, wręcz nieuzasadnionych nakładów finansowych".

Zamawiający wskazał, że uwzględnił aktualny stan faktyczny, a w szczególności:

1. W dniu 20.03.2020 r. weszło w życie Rozporządzenie w sprawie epidemii, na mocy którego od dnia 20.03.2020 r. do odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej ogłoszony został stan epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2.

2. W dniu 31.03.2020 r. weszło w życie Rozporządzenie w sprawie ograniczeń w związku z epidemią, natomiast w dniu 01.04.2020 r. weszła w życie Ustawa zmieniająca ustawę o szczególnych rozwiązaniach w związku z COVID-19.

3. Na mocy przywołanych aktów prawnych wprowadzone zostały daleko idące obostrzenia, mające istotny wpływ na funkcjonowanie przedsiębiorstw prowadzących działalność gospodarczą na terytorium RP, w tym na działalność gospodarczą prowadzoną przez JSW. Obostrzenie pierwotnie miały obowiązywać do dnia 11.04.2020 r., niemniej zgodnie z informacjami podanymi do publicznej wiadomości przez Prezesa Rady Ministrów w dniu 09.04.2020 r. okres obowiązywania przedmiotowych obostrzeń został przedłużony. Co więcej, restrykcje wpływające w podobny sposób na możliwość prowadzenia działalności gospodarczej wprowadzone zostały przez większość Państw Członkowskich UE.

4. W związku z ogłoszeniem na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej stanu epidemii w zakładach górniczych JSW wprowadzono ograniczenia w zakresie działalności wydobywczej, tj. JSW wprowadziła od 23.03.2020 r. pracę na trzy sześciogodzinne zmiany.

5. Zarząd JSW podjął w dniu 02.04.2020 r. uchwałę o wystąpieniu siły wyższej w Jastrzębskiej Spółce Węglowej oraz o poinformowaniu kontrahentów Spółki o jej wystąpieniu oraz konsekwencjach dla części zobowiązań wynikających z zawartych umów handlowych. Uchwala ta została podjęta w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 oraz związanymi z tym ograniczeniami, działaniami rządów i przedsiębiorstw na świecie, co może mieć bezpośredni wpływ na sytuację finansową Spółki i Grupy JSW.

6. W związku z sytuacją finansową JSW oraz wpływem okoliczności wskazanych w punktach 1 — 5 na ewentualne wykonywanie zamówienia, zamierzenie inwestycyjne, którego realizacji miały służyć urządzenia będące przedmiotem zamówienia, zostanie realizowane z wykorzystaniem innych urządzeń tego typu będących już w posiadaniu JSW.

7. Decyzją Zarządu JSW, realizacja zamówienia na warunkach wynikających z wyroku KIO, przy zastosowaniu 60-dniowego terminu zapłaty, wiązać się będzie z daleko idącymi negatywnymi konsekwencjami finansowymi dla JSW, a obecna i prognozowana sytuacja JSW będąca również efektem wpływu epidemii COVID-19 na sytuację finansową JSW, sprawia, ze JSW nie jest gotowa do udzielenia zamówienia na obecnych warunkach.

Konsekwencje wprowadzenia na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej stanu epidemii COVID-19 dla działalności gospodarczej prowadzonej przez JSW uzasadniają unieważnienie postępowania przetargowego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP. Epidemia COVID-19 oraz związane z nią konsekwencje realizują przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP: są to okoliczności zewnętrzne w stosunku do JSW, które wystąpiły po wszczęciu postępowania przetargowego i których JSW przy dochowaniu należytej staranności nie mogła przewidzieć w dacie wszczęcie postępowania przetargowego. Epidemia COVID-19 oraz jej negatywne konsekwencje dla finansów JSW oraz jej planów inwestycyjnych są również okolicznościami istotnymi, które — wedle stanu wiedzy bazującej na źródłach powszechnie dostępnych na dzień sporządzenia niniejszej opinii — utrzymywać się będę przez dłuższy, trudny do sprecyzowania okres czasu.

Ewentualna realizacja zamówienia w obecnym stanie rzeczy skutkowałaby nabyciem

przez JSW dóbr, które nie są już niezbędne dla efektywnego i racjonalnego prowadzenia działalności gospodarczej, a tym samym — prowadziłaby do wydatkowania przez JSW środków w sposób nieuzasadniony, co w dalszej kolejności musiałoby doprowadzić do znacznych szkód majątkowych po stronie JSW, ze wszystkimi tego konsekwencjami (np. ograniczenie możliwości realizacji zadań statutowych, dla których JSW została utworzona, redukcja zatrudnienia).

Odwołujący we wniosku z dnia 3/04/2020 r. o udzielenie informacji czy aktualna sytuacja spowodowana pandemią może mieć wpływ na umowy zawarte między Zamawiającym a FAMUR, prosił o wskazanie wpływu na te umowy, sprecyzowanie jakich umów może to dotyczyć, w jakim zakresie i w jaki sposób stan pandemii może mieć wpływ na należyte wykonanie przez JSW zobowiązań wynikających z umów. Jednocześnie zaznaczono, że zgodnie z art. 15r ustawy z dnia 31 marca 2020 o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVI-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw: strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu ustawy Pzp, niezwłocznie, wzajemnie informują się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Strony umowy potwierdzają ten wpływ dołączając do informacji, o której mowa w zdaniu pierwszym, oświadczenia lub dokumenty. Prosił również o odniesienie się do treści Raportu o stanie Spółki z dnia 2 kwietnia 2020 roku.

Tym samym zdaniem Odwołującego samo wystąpienie pandemii nie jest wystarczające, a konieczne jest wskazanie za pomocą dokumentów i oświadczeń w jaki sposób ten stan wpływa na należyte wykonanie przez stronę powołującą się na siłę wyższą zobowiązań wynikających z zawartych umów.

W piśmie z dnia 6 kwietnia 2020 roku odpowiadając na stanowisko Odwołującego, Zamawiający poinformował, że przedmiotem raportu bieżącego nr 13/2020 JSW S.A. z 2/042020 r. było ogłoszenie wystąpienia po stronie JSW siły wyższej, mogącej mieć bezpośredni wpływ na sytuację finansową JSW oraz Grupy Kapitałowej JSW. Jak wskazano w Raporcie, aktualnie nie jest możliwy do precyzyjnego określenia wpływ zaistnienia tej siły wyższej na działalność i szeroko pojętą sytuację rynkową JSW. Służby Spółki w sposób stały zaangażowane są w proces identyfikacji i należytej oceny wszelkich następstw trwającego stanu epidemii. Aktualnie służby techniczne JSW prowadzą analizę zawartych przez Spółkę stosunków zobowiązaniowych w kontekście ewentualnej potrzeby ich zmodyfikowania z uwagi na wystąpienie siły wyższej, związanej z rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2.

Biorąc powyższe ustalenia pode uwagę, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione i podlegało oddaleniu w całości.

Dostrzeżenia w pierwszej kolejności wymaga, że czynność unieważnienia postępowania stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa zamknięty katalog podstaw unieważnienia postępowania nie podlega regułom wykładni rozszerzającej.

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Możliwość zastosowania powyższej regulacji przez zamawiającego wymaga zatem łącznego spełnienia trzech warunków, tj.: (i) zmiana okoliczności musi być istotna; (ii) dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym; (iii) okoliczności tej nie można było wcześniej przewidzieć.

Aby zamawiający mógł powołać się na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmienia okoliczności, w wyniku której - kontynuowanie postępowania i

udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym.

W prawie polskim nie występuje legalna i jednolita definicji interesu publicznego. W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że w systemie zamówień publicznych interes publiczny należy wiązać z funkcjami i zadaniami jakie ustawodawca stawia podmiotom wydatkujących środki publiczne. Należą do nich racjonalne, efektywne i skuteczne wydatkowanie środków publicznych na zadania publiczne, zagwarantowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na rynku, zapobieganie korupcji w zamówieniach publicznych, zwiększanie konkurencyjności na rynku, kształtowanie właściwych wzorów zachowań rynkowych zarówno przez wykonawców jak i zamawiających, w tym ustalenie zasad równowagi kontraktowej, ochrona podmiotów działających na rynku zamówień publicznych poprzez przyjmowanie przez instytucje zamawiającego jasnych i przejrzystych zasad udzielania zamówień publicznych. Realizacja powyższych funkcji systemu zamówień publicznych to realizacja interesu publicznego.

System zamówień publicznych nie może być traktowany przez podmioty wydatkujące środki publiczne wyłącznie jako instrumentalne narzędzie do realizacji zmiennych interesów zamawiających. Stabilność decyzji podmiotów realizujących zadania publiczne w trybie ustawy Pzp sprzyja rozwojowi współpracy z podmiotami prywatnymi przy realizacji zadań publicznych, a tym samym przekłada się na konkurencyjność i stymulacje rozwój gospodarczy.

Niewątpliwie w przedmiotowym postępowaniu doszło do istotnej zmiany okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć. Faktu tego nie negował sam Odwołujący. Wystąpienie na skalę globalną epidemii wirusa SARS-CoV-2, a przede wszystkim zaś zakres środków i działań, które podjąć musiały poszczególne państwa celem powstrzymania wirusa i przeciwdziałania skutkom jego rozprzestrzeniania się jest zjawiskiem, z którym dotychczas nie mieliśmy do czynienia. Okoliczności, na które powołuje się w tym zakresie Zamawiający nie są konsekwencją jego własnych decyzji, są to elementy niezależne od samego Zamawiającego, odnoszą się do decyzji podejmowanych na szczeblu krajowym i międzynarodowym. Natomiast niewątpliwie te decyzje i okoliczności przekładają się na sytuację samego Zamawiającego i jego przedsiębiorstwa. Faktem notoryjnym jest trudna sytuacja epidemiologiczna panująca w rejonie województwa śląskiego i zamknięcie bądź też ograniczenie działalności poszczególnych spółek zajmujących się wydobyciem surowców. W chwili obecnej trudno także przewidzieć jak długo to zjawisko będzie się utrzymywało i jakie ostatecznie będą jego konsekwencje, tak w wymiarze finansowym, osobowym czy gospodarczym.

Izba zgadza się również z argumentacją Zamawiającego, iż w tym momencie nabycie określonych dóbr będących przedmiotem prowadzonego postępowania, mogłoby prowadzić do wydatkowania przez JSW środków w sposób nieuzasadniony, co w dalszej kolejności mogłoby doprowadzić do znacznych szkód majątkowych. Może okazać się, że wywiązanie się z dotychczasowych zobowiązań umownych będzie niemożliwe lub znacząco utrudnione, w trudnym do przewidzenia czasookresie, co niewątpliwie przekłada się na sytuację finansową i ekonomiczną Zamawiającego. Nawet jeżeli nabywane dobra nie są związane z działalnością wydobywczą, to z powszechnie dostępnych źródeł wiadomym jest, że działalność Zamawiającego jako całokształt działań została decyzją odgórną w znaczącym stopniu wstrzymana i nie jest wiadomym kiedy zostanie podjęta na nowo, co w ocenie Izby przekłada się na wszystkie zobowiązania umowne Zamawiającego, a nie tylko niektóre z nich. Dla Izby wpływ przedstawionych okoliczności na sytuację Zamawiającego jest oczywisty i nie wymaga dodatkowego dowodzenia. Z tego powodu Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Zamawiający nie przedstawił w jaki sposób stan pandemii wpływa na należyte wykonanie przez stronę powołującą się na siłę wyższą zobowiązań wynikających z zawartych umów. Jeżeli w zdecydowanym i szerokim zakresie podstawowa działalność gospodarcza nie jest przez dany podmiot prowadzona lub została znacząco ograniczona, zredukowana do czynności podstawowych, trudno wymagać dodatkowych dowodów potwierdzających wpływ na funkcjonowanie na rynku takiego podmiotu. Brak realizacji celów statutowych, do wykonywania których dany podmiot został powołany w wymiarze materialnym negatywnie wpływa lub wpłynąć może na ocenę gospodarczych zdolności takiego podmiotu. Może okazać się, że celem chociażby utrzymania zatrudnienia konieczne jest znaczne ograniczenie zadań o charakterze inwestycyjnym. Zamawiający przedstawił swoje powiązania gospodarcze i sytuację na rynkach zbytu, z którymi ma powiązanie, co niewątpliwie przekłada się na wpływy finansowe oraz wolumen zamówień. Taka sytuacja ma również wydźwięk globalny. Nie ulega wątpliwości, że epidemia wystąpiła wcześniej na świecie, więc wystąpienie jej w terminie późniejszym w Polsce tylko pogłębiło tylko problemy Zamawiającego (spadek przychodów ze sprzedaży węgla), które zapoczątkowane zostały przed ogłoszeniem przedmiotowego postępowania.

W kwestii przesłanki interesu publicznego, Izba również nie zgadza się z twierdzeniami odwołania, że Zamawiający nie odwołuje się do jakiegokolwiek interesu publicznego w decyzji o unieważnieniu postępowania, a jedyny interes na jaki wskazuje, to prywatny interes Zamawiającego sprowadzający się do jego sytuacji ekonomicznej.

Odnośnie do przesłanki interesu publicznego, w doktrynie wskazuje się, że kategoria interesu publicznego jest pojęciem nieostrym, niedookreślonym. Trybunał Konstytucyjny w uchwale z 12 marca 1997 r., sygn. akt W 8/96, wskazał pojęcie interesu publicznego uznając, że za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Interes publiczny powinien być postrzegany jako cel, dla którego zaspokojenia miało być realizowane zamówienie, który to cel zaspokaja konkretnie wskazane potrzeby społeczne (wyrok KIO z 29 marca 2011 r., sygn. akt KIO 601/11). Interes publiczny jest potrzebą ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, grupy zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą (wyrok KIO z 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 262/08).

Izba podziela i przyjmuje ze własne stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 428/16, że „Interes publiczny w ujęciu zadań zamawiającego, to realizacja zadań ustawowych (statutowych), dla których realizacji został utworzony podmiot. Zatem, interes publiczny w badanej sprawie winien być oceniany z uwzględnieniem potencjału kadrowego, sytuacji finansowej i uwarunkowanej nimi możliwości realizacji usługi.” Interes publiczny może być również odczytywany jako potrzeba ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą (wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 262/08).

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający, ze względu na swoje usytuowanie w regionie i znaczenie prowadzonego przedsiębiorstwa dla społeczności nie tylko lokalnej, jako jeden z pracodawców dających zatrudnienie, a także w elementach dotyczących gospodarki krajowej, taki wpływ na sytuację finansową, gospodarczą, kadrową, wykazał w związku z wystąpieniem nadzwyczajnych okoliczności, których w momencie wszczęcia postępowania nie można było przewidzieć.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak

w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: