

Sygn. akt: KIO 912/20

WYROK

z dnia 3 lipca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę Innovative Security Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Koszalińską z siedzibą w Koszalinie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Innovative Security Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Koszalinie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 912/20

Uzasadnienie

Zamawiający Politechnik Koszalińska z siedzibą w Koszalinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Całodobowa obsługa portierni w Domach Studenckich Politechniki Koszalińskiej nr 1, 2, 3 i 4 przy ul. Rejtana w Koszalinie” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 lutego 2020 r. pod numerem 2020/S 034-080289. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 27 kwietnia 2020 wykonawca Innovative Security Services Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;

2. art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez niezasadne i bezprawne unieważnienie postępowania, albowiem nie zachodzi przesłanka na którą powołał się zamawiający tj. iż rzekomo wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, a nadto oferta odwołującego jest ważna i zgodna z prawem, zatem nie zachodzi ww. przesłanka unieważnienia postępowania;

3. art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności unieważnienia postępowania - Odwołujący wskazał, że uzasadnienie faktyczne zostało ograniczone do lakonicznego jednego zdania, natomiast uzasadnienie prawne w ogóle nie zostało sporządzone, co jak można domniemywać wywołało skutek w postaci braku refleksji zamawiającego w przedmiocie niedopuszczalności zastosowania niniejszej przesłanki jako podstawy unieważnienia postępowania.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż Zamawiający poza przepisami ustawy Pzp dokonał także naruszenia art. 5 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście a także naruszenia art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu uchylenia decyzji o unieważnieniu postępowania, kontynuowania postępowania i dokonania oceny ofert.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, iż przywołana w piśmie zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2020 r. przyczyna faktyczna unieważnienia w postaci rzekomej zmiany warunków zewnętrznych i wykwaterowania większości studentów oraz wyłączenia całkowicie jednego akademika na potrzeby kwarantanny nie może mieć wpływu na tok postępowania i nie wywołuje skutku w postaci obowiązku jego unieważnienia, jest przyczyną pozorną, ogólnikową i lakoniczną. Wskazał, iż Zamawiający obejmował swoją wiedzą i świadomością w pełni warunki, w jakich prowadzone było postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a także w momencie udzielania odpowiedzi na zapytania wykonawców (odpowiedzi z dnia 20 marca 2020 r.), nastąpiło już wcześniej znaczne ograniczenie działalności uczelni począwszy od dnia 18 marca 2020 r., na podstawie Zarządzenia JM Rektora z dnia 17 marca 2020 r. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający dysponował przed udzieleniem wyjaśnień na zapytania wykonawców, potem w momencie otwarcia ofert, przez „cały czas”, wiedzą pewną, co wynika wprost z treści udzielonych wyjaśnień, że sposób wykorzystania akademików będzie ewoluował, oraz że mogą one służyć jako miejsca kwarantanny. Jako dowód Odwołujący powołał treść udzielonych wyjaśnień w odpowiedzi na pytanie nr 1 i 9.

Odwołujący wskazał, iż aby unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający musi wykazać kumulatywne spełnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie. W tym zakresie Odwołujący szeroko powołał się na orzecznictwo, przywołując m.in. wyroki KIO z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 670/09, z dnia 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 262/08, z dnia 27 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 176/09; z dnia 18 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 76/08, wyrok SO w Lublinie z 10 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 30/08, SO w Gliwicach z 10 listopada 2005 r., sygn. akt III Ca 855/05, SO w Warszawie z 4 lipca 2005 r., sygn. akt V Ca 419/05, SO w Warszawie z 30 grudnia 2003 r., V Ca 2405/03, uchwałę KIO z dnia 25 lipca 2017 r., sygn. akt KIO/KD 32/17, wyroki KIO z dnia 20 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 919/16, z dnia 4 marca 2014 r., sygn. akt KIO 293/14, z dnia 22 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 512/10. Odwołujący podkreślił, że unieważnienie postępowania winno być okolicznością nadzwyczajną, natomiast przypadek o jakim pisze Zamawiający w swoim uzasadnieniu był już podstawą orzekania przez sądy, które nie podzielały zapatrywania Zamawiającego. Powszechnym, niekwestionowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa jest pogląd, który za aksjomat przyjmuje takie podejście dopuszczające zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, które stanowi, że interes publiczny tylko wtedy uzasadnia unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy „umiera” on bezpowrotnie a nie w sytuacji gdy zamawiający chciałby np.

hipotetycznie dokonać zmniejszenia wolumenu ilości zamawianej usługi. Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że w tym konkretnym przypadku Zamawiający podpisał umowę z innym

podmiotem na świadczenie usługi ochrony, a więc nie znosi sprzeciwu twierdzenie, że tego rodzaju usługa była, jest obecnie i będzie w przyszłości wykonywana na rzecz zamawiającego. Ergo, w ocenie Odwoływającego, nie ma zastosowania przesłanka unieważnienia postępowania na jakiej usiłuje nieskutecznie udaremnić postępowanie zamawiający. Z ostrożności Odwoływający nadmienił, że wymiar świadczonej usługi może poprzez np. aneks w oparciu o art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, ulegać modyfikacji, co zresztą zamawiający przewidywał odpowiadając na pytanie nr 1. Tego rodzaju aneks, zdaniem Odwoływającego, stanowi nieistotną zmianę umowy, tj. dopuszczalną zawsze nawet wtedy, gdy wyraźnie tego nie przewidziano w postanowieniach dotyczących zmian do umowy. Aneks taki nie dotyka bowiem istotnych postanowień umownych gdyż nie zwiększa on wolumenu zamówienia, ani wynagrodzenia wykonawcy (art. 144 ust. 1 pkt 5 w zw. z ust. 1e ustawy Pzp stanowiącym tzw. test zmiany nieistotnej).

Jako, że w ocenie Odwoływającego odpadła przyczyna unieważnienia postępowania w oparciu o przesłankę interesu publicznego, Odwoływający wskazał na konsekwencje wynikające z art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dodał, że zamawiający w sposób lakoniczny i wadliwy odniósł się do podstawy prawnej i faktycznej czynności unieważnienia postępowania. Uzasadnienie prawne ograniczył bowiem tylko i wyłącznie do podania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i stwierdzenia, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Odwoływający wskazał na sprzeczność tego działania z zapewnieniami, które poczynił Zamawiający wykonawcom, że postępowanie będzie kontynuowane, a okoliczności, o których Zamawiający wspomina nie są nowe, bo od początku były znane. Odwoływający podkreślił, że jeżeli w decyzji o unieważnieniu postępowania nie napisano na czym polega stwierdzenie, że interes publiczny rzekomo wygasł, gdy identycznego zamówienia w tym samym czasie Zamawiający udziela innemu podmiotowi, to dokonana czynność unieważnienia postępowania przez Zamawiającego ma charakter prawnie nieskuteczny.

Zamawiający w dniu 11 maja 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

Wskazał, iż przedmiotowe postępowanie przygotowywane było od stycznia 2020 r. W warunkach postępowania przyjęto sposób funkcjonowania domów studenta we wcześniejszych latach. Zarówno w dacie ogłoszenia, tj. 13 lutego - przesłanie do Urzędu Publikacji i 18 lutego 2020 r. - ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nie były znane i niemożliwe do przewidzenia okoliczności związane z rozprzestrzenianiem się wirusa COVID-19. Na etapie składania ofert pojawiły się pierwsze informacje o ograniczeniach działalności uczelni. Ograniczenia te pojawiały się sukcesywnie w miarę rozprzestrzeniania się epidemii. W związku z zaistniałą sytuacją nastąpiły zmiany przepisów regulujących w tym okresie działalność uczelni w kierunku ograniczenia jej funkcjonowania poprzez zmianę przepisów ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce oraz wydawania przez Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego stosownych rozporządzeń. W ich wykonaniu Rektor Politechniki Koszalińskiej wewnętrznymi regulacjami ograniczał funkcjonowanie Uczelni oraz dostosowanie do istniejących warunków, przy czym działalność domów studenta była istotnym przedmiotem tych zmian. Pierwsze ograniczenia związane z funkcjonowaniem osiedla studenckiego wprowadzone zostały przez Rektora Zarządzeniem Nr 13/2020 z dnia 11 marca 2020 r. którym odwołane zostało zakwaterowanie nowych osób w akademikach. Zamawiający wskazał, iż decydujące znaczenie dla funkcjonowania uczelni, które miało bezpośredni wpływ na konieczność unieważnienia przedmiotowego przetargu było wydanie przez Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego w dniu 23 marca 2020 r. rozporządzenia w sprawie czasowego ograniczenia funkcjonowania niektórych podmiotów systemu szkolnictwa wyższego i nauki w związku z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 (Dz. U. z 2020 r. poz. 511 ze zm.). Mocą rozporządzenia zawieszono kształcenie w Uczelni na wszystkich rodzajach studiów, w tym doktorantów, a kształcenie w okresie od dnia 23 marca 2020 r. do dnia 24 maja odbywa się wyłącznie z wykorzystaniem metod i technik kształcenia na odległość. W taki sam sposób odbywa się weryfikacja osiągniętych efektów uczenia się tj. zaliczeń, egzaminów oraz egzaminów dyplomowych (jako dowód Zamawiający wskazał ww. rozporządzenie).

Zamawiający wskazał, iż z powodu zmiany prowadzenia zajęć na formę zdalną większość studentów wykwaterowała się z domów studenta, bez prawa zakwaterowania, do odwołania. Jednocześnie, w wykonaniu zarządzenia Rektora nr 13/2020 kanclerz wydał do odwołania zakaz kwaterowania we wszystkich domach studenta i hotelu asystenta nowych mieszkańców. W tym okresie na polecenie Wojewody udostępniono Dom Studenta Nr 2 na cele kwarantanny, wykwaterowując z tego domu wszystkich studentów. Umowy najmu wypowiedzieli również najemcy korzystający z najmu komercyjnego. Usługa, jaka miała być udzielona w wyniku przedmiotowego postępowania obejmować miała okres 36 miesięcy tj. od miesiąca kwietnia 2020 do 1 kwietnia 2023 r. Zamawiający wyjaśnił, iż w dacie unieważnienia podstępowania wiadomo było, że osiedle studenckie przez okres co najmniej 7 miesięcy, tj. do października 2020 r. nie będzie funkcjonować. Miesiąc kwiecień i maj już

zostały wyłączone. W miesiącu czerwcu, w którym odbywają się głównie zaliczenia, egzaminy i obrony prac dyplomowych przyjęto procedurę zdalnego zaliczania. Sytuacja ta przedłuży się jeszcze na miesiąc październik, gdyż, jak wynika z informacji zamieszczonej na stronie Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, końcowe wyniki matur będą opublikowane do 30 września 2020 r. Rekrutacja na studia będzie prowadzona jeszcze w październiku, co spowoduje opóźnienie rozpoczęcia zajęć w nowym roku akademickim, a tym samym zasiedlenie domów studenta przez studentów (jako dowód wskazano na Informację Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego). Zamawiający podkreślił, iż na dzień dzisiejszy sytuacja jest dalej niepewna, co wynika z zapowiedzi kolejnej fali epidemii w okresie jesiennym.

Zamawiający wskazał, iż przedstawione wyżej ograniczenia, praktycznie wyłączenia, funkcjonowania domów studenta, przekładają się na utratę dochodów w postaci opłat za akademiki wnoszone przez studentów, osoby wynajmujące na warunkach komercyjnych oraz wynajmów czasowych w okresie przerwy w zajęciach w miesiącach lipiec - wrzesień. W tej sytuacji ponoszenie kosztów obsługi portierni niezamieszkałych obiektów finansowanych z publicznych środków w ocenie Zamawiającego obarczone byłoby niegospodarnością. Przyjmując tylko ograniczenia w funkcjonowaniu domów studenta przez najbliższe 7 miesięcy nieuzasadnione koszty stanowiłyby kwotę 362.781,00 zł. Oferta Odwołującego w kwocie wynagrodzenia 1.865.764,00 zł: 36 miesięcy = 51 826,00 zł za jeden miesiąc, co przy 7 miesiącach stanowi kwotę 362.781,00 zł. Zamawiający wskazał, iż w poprzednich latach domy studenckie prowadziły usługi zakwaterowania dla innych osób niż studenci. Przyjmowano na noclegi grupy zorganizowane i osoby indywidualne. Należały do nich grupy chórów polonijnych, turniejów szachowych, obozów sportowych i in. W okresie od kwietnia do września usługa miała wymiar ok. 10 200 osobo/dób hotelowych. Zgodnie z aktualnym stanem wszystkie planowane imprezy w 2020 r. nie będą realizowane. Oznacza to utratę dochodu na poziomie 816.000,00 zł, Spadek dochodów w miesiącu kwietniu w stosunku do dwóch pierwszych miesięcy wyniósł 236.000,00 zł. Łączny spadek przychodów domów studenckich przewidywany w okresie kwiecień-wrzesień 2020 r. wyniesie ok. 1 200 000. zł, a w skali całego roku ok. 2 000 000. zł. Zamawiający wskazał, iż zważywszy, że jedynym źródłem finansowania usługi dozoru są przychody z domów studenckich, nie jest możliwe finansowanie tych usług na warunkach przewidzianych w przetargu. Zaistniała sytuacja spowodowała konieczność wyłączenia z użytkowania kolejnego budynku (DS 3). Aktualnie i w przewidywanej przyszłości funkcjonował będzie tylko jeden dom studenta (DS 1) oraz budynek, który pełni funkcję częściowo domu studenckiego i częściowo hotelu asystenta.

Odnosząc się do odwołania, zdaniem Zamawiającego zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia. W jego ocenie wystąpiła przesłanka wskazana w ww. przepisie w postaci wystąpienia zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym oraz, że istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć. Okoliczności powodujące unieważnienie postępowania, jakim było pojawienie i rozprzestrzenianie się wirusa COVID-19 mają charakter obiektywny, faktycznie wystąpiły i przy zachowaniu należytej staranności Zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć ich wystąpienia, co zostało wykazane przedstawionymi chronologią wydarzeń. W chwili udzielania odpowiedzi na pytanie wykonawcy dotyczące wyłączenia jednego DS, ograniczenia funkcjonowania Uczelni ustalone były do dnia 25 marca, stąd Zamawiający na tym etapie postępowania przekazał w dniu 20 marca 2020 r. informację o kontynuowaniu postępowania. Dynamika rozwoju epidemii spowodowała w Uczelni, tak jak w całym kraju konieczność wprowadzenia dalszych restrykcji, których skutkiem była konieczność unieważnienia postępowania. W opisanej wyżej sytuacji dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Zmniejszenie wpływów z najmu i zakwaterowania studentów przy niewykorzystaniu domów studenta spowodowałoby ponoszenie zbędnych nieuzasadnionych kosztów, w tym ze środków publicznych. Zamawiający wskazał, iż także ze względów organizacyjnych nie ma uzasadnienia całodobowego dozoru w obiektach niewykorzystywanych lub zasiedlonych w minimalnym zakresie. Dodał, że nowa organizacja dozoru w najbliższym, trudnym do sprecyzowania czasie, będzie oparta w większości na dozorcze elektronicznym. Zdaniem Zamawiającego bezpodstawny jest również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż decyzja o unieważnieniu postępowania w jednakowym stopniu dotyczy wszystkich wykonawców, którzy złożyli ofertę, przez co zarzut o niejednakowym traktowaniu lub utrudnianiu uczciwej konkurencji nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący zresztą zarzut tego nie uzasadnił. Doraźne zlecenie usługi na 1 miesiąc na czas prowadzenia postępowania innej firmie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający zauważył także, że Odwołujący nie wskazał, że propozycja usługi w tym czasie dotyczyła także jego firmy, a nie została przyjęta ze względu na cenę.

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 stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących

odrzuconiem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

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 ustawy Pzp. Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą, Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu tego zamówienia. Unieważnienie postępowania przez Zamawiającego niewątpliwie mogło pozbawić

Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego, a zatem wykazał on możliwość poniesienia szkody będącej skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które wskazano w odwołaniu.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców odnoszące się do treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert, oferty Odwołującego oraz informacji o unieważnieniu postępowania. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 czerwca 2020 roku. Izba dopuściła także dowody z dokumentów:

1. złożonych przez Odwołującego, tj.:
 - a) wydruku ze strony ;
 - b) umowy nr 16/PNOG/ADS/2018 z dnia 26 kwietnia 2018 r. wraz z aneksami nr 1 i 2;
 - c) umowy nr 1/ADS/2020 z dnia 31 marca 2020 r.
 - d) protokołu z wyboru oferty dot. zapytania ofertowego nr 28/ATZ/KB/2020, umowy nr 28/ATZ/KB/2020;
 - e) oświadczenia Prezesa Zarządu spółki Innovative Cleaning Services Sp. z o.o. z dnia 24 czerwca 2020 r.;
2. złożonych przez Zamawiającego, tj.:
 - a) zarządzenia nr 13/2020 Rektora Politechniki Koszalińskiej z dnia 11 marca 2020 r. w sprawie przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się wirusa SARS-CoV-2 wśród społeczności akademickiej Politechniki Koszalińskiej;
 - b) wydruku informacji ze strony internetowej Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego o możliwym opóźnieniu rozpoczęcia zajęć w roku akademickim 2020/2021;
 - c) zarządzenia nr 33/2020 Rektora Politechniki Koszalińskiej z dnia 29 maja 2020 r. w sprawie ustalenia zasad zachowania bezpieczeństwa związanego z częściowym przywracaniem działalności dydaktycznej Politechniki Koszalińskiej.

Załączone do pism Zamawiającego wydruki rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego w sprawie czasowego ograniczenia funkcjonowania niektórych podmiotów systemu szkolnictwa wyższego i nauki w związku z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID 19 z dnia 23 marca 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 511) oraz z dnia 21 maja 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 911), nie stanowią dowodu lecz źródło prawa powszechnie obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej, które Izba uwzględniła podczas rozstrzygnięcia.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 lutego 2020 r. pod numerem 2020/S 034-080289 i w tym samym dniu Zamawiający zamieścił SIWZ na stronie internetowej.

Zgodnie z Rozdziałem III SIWZ przedmiotem zamówienia jest całodobowa obsługa portierni w Domach Studenckich Politechniki Koszalińskiej nr 1, 2, 3 i 4 przy ul. Rejtana w Koszalinie w zakresie określonym w SIWZ. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 2 do SIWZ. Zamawiający wskazał, iż obsługa portierni będzie odbywać się we wszystkie dni tygodnia według szczegółowych ustaleń z Kierownikiem Działu DS i załączonym zakresem obowiązków. Szacunkowa liczba roboczogodzin w okresie trwania umowy: 105 120. Ilość godzin obsługi portierni może ulec zmianie. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmniejszenia liczby godzin podczas trwania umowy do 10%. Obsługa portierni polegać będzie na: kontroli by do obiektu nie wchodziły osoby nie mające do tego upoważnienia lub osoby w stanie wskazującym na spożycie alkoholu nie będący mieszkańcami danego obiektu; zwracaniu uwagi na przestrzeganie zakazu spożywania alkoholu na terenie obiektów osiedla; dokonywaniu kontroli zamknięć drzwi zewnętrznych oraz zabezpieczeń budynków w godzinach nocnych; reagowaniu na wszelkie przypadki zakłócania ciszy nocnej na terenie obiektów; niezwłocznym powiadomieniu Zamawiającego, Wykonawcy, odpowiednich służb oraz patrolu dojazdowego o zaistniałych przestępstwach, awariach (np. pożar, zalanie pomieszczeń wodą, włamania, itp.); wpisywaniu uwag dotyczących zdarzeń zaistniałych w obiektach, w książce raportów Zamawiającego znajdującej się na portierni.

W Rozdziale IV SIWZ wskazano, iż Zamawiający wymaga, aby zamówienie zostało

wykonane w okresie od dnia podpisania umowy od godz. 7:00 do godz. 7:00 dnia 01.04.2023

r. w obiektach Politechniki Koszalińskiej przy ul. Rejtana w Koszalinie. Miejscem wykonywania usługi są Domy Studenckie Politechniki Koszalińskiej, zlokalizowane przy: ul. Rejtana 5a-7a

w Koszalinie (DS nr 4), ul. Rejtana 11 w Koszalinie (DS nr 3), ul. Rejtana 13 w Koszalinie (DS nr 2), ul. Rejtana 15 w Koszalinie (DS nr 1).

Zamawiający w dniu 20 marca 2020 r. opublikował odpowiedzi na pytania wykonawców do treści SIWZ, w tym:

- na pytanie nr 1 o treści „Prosimy o potwierdzenie lub całkowite zaprzeczenie, iż jeden z akademików ma zostać przekształcony na prośbę Wojewody. Uzyskaliśmy informację, że jeden z budynków, ma zostać zamieniony na kwarantannę, a mimo wszystko wchodzi w skład zamówienia publicznego.”, Zamawiający odpowiedział, iż: „Wchodzi, ale zamówienie dotyczy całego okresu. W czasie użytkowania na kwarantannę będzie wyłączony z zamówienia.”

- Na pytanie nr 9 o treści: „Prosimy o przełożenie przetargu na inny termin ze względu na wymienione powyżej zagrożenia. Mogą one narazić na rozpowszechnianie się COVID-19, a zwłaszcza jeśli odpowiedź na pytanie pierwsze jest twierdzące. W takim wypadku całkowicie zmienia się SIWZ na „Całodobowa obsługa portierni w Domach Studenckich Politechniki Koszalińskiej nr 1, 2, 3 i 4 przy ul. Rejtana w Koszalinie”, przez co firmy lokalne lub lepiej poinformowane mogą znać informacje, że jeden z akademików będzie miał zmniejszone ilości godzin przez jakiś okres.”, Zamawiający odpowiedział, iż nie wyraża zgody na przełożenie przetargu na inny termin.

Termin składania ofert upływał w dniu 23 marca 2020 r. W postępowaniu wpłynęły trzy oferty, w tym oferta Odwołującego z ceną 1 865 764,36 zł brutto (najniższą z zaofiarowanych).

Zamawiający pismem z dnia 17 kwietnia 2020 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wskazując, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający uzasadniając powyższe działanie wyjaśnił, iż unieważnia postępowanie ze względu na zmianę warunków zewnętrznych. Uczelnia dokonała wykwaterowania większości studentów oraz wyłączyła całkowicie jeden akademik na potrzeby kwarantanny. W pierwotnych założeniach do SIWZ zakładano, że okres wyłączenia potrwa do połowy kwietnia. Rozwój wydarzeń wskazuje, że nie jest możliwe określenie czasu trwania wyłączenia. Najprawdopodobniej potrwa to do początku następnego roku akademickiego. Realizacja zamówienia w pierwotnej postaci nie leży w interesie Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Wedle zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy 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. Z kolei zgodnie z ust. 3 tego przepisu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Na wstępie należy wskazać, że możliwość zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest uwarunkowana kumulatywnym spełnieniem wszystkich przesłanek wskazanych w tym przepisie, tj. wystąpieniem istotnej zmiany okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć i która powoduje, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się także, iż oceny zasadności czynności unieważnienia postępowania dokonywać należy według stanu istniejącego w dacie dokonania tej czynności, z zastrzeżeniem, iż konieczne jest również wykazanie, że przyczyny unieważnienia postępowania były niemożliwie do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania (por. m.in. wyr. KIO dnia 13 maja 2019 r., sygn. akt KIO 764/19, wyrok KIO z dnia 12 lutego 2016 r. KIO 110/16).

W konsekwencji Izba dokonała oceny zaskarżonej czynności Zamawiającego uwzględniając okoliczności faktyczne i prawne, jakie miały miejsce na moment podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, czyli na dzień 17 kwietnia 2020 r. Podkreślenia wymaga fakt, że rozpoznanie odwołania od ww. decyzji - ze względu na czasowe zawieszenie rozpraw przed Krajową Izbą Odwoławczą - miało miejsce dopiero pod koniec czerwca 2020 r., kiedy to znane były już dalsze okoliczności faktyczne związane z rozwojem pandemii koronawirusa COVID-19, jak również możliwe było odniesienie się przez Strony do działań podejmowanych przez Zamawiającego w okresie od unieważnienia postępowania do dnia rozprawy (tj. w okresie od dnia 17 kwietnia 2020 r. do dnia 30 czerwca 2020 r.). Dlatego też wskazać należy, że okoliczności, które nastąpiły już po podjęciu przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania, co do zasady nie mogły wpływać na rozstrzygnięcie.

W ocenie Izby Zamawiający unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia nie naruszył art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Po pierwsze w przedmiotowej sprawie wystąpiła istotna zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Pandemia koronawirusa COVID-19 i ogłoszenie w kraju stanu zagrożenia epidemiologicznego, a następnie stanu epidemii, niewątpliwie stanowiło okoliczność zewnętrzną, mającą istotne znaczenie z perspektywy funkcjonowania uczelni wyższych, w tym Zamawiającego. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z hipotetycznym ryzykiem wystąpienia okoliczności mogącej oddziaływać na dalsze prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, lecz ze zmianą okoliczności o obiektywnym charakterze, która faktycznie nastąpiła. Zmiana ta była zmianą istotną, w jej efekcie zaistniała bowiem konieczność znaczącej reorganizacji działań jednostek systemu oświaty, w tym uczelni wyższych, wiążąca się m.in. z przejściem na tryb nauczania zdalnego. Powyższe stanowi fakt powszechnie znany, nie wymagający dowodu.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, 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 zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2526/18). Nie budzi wątpliwości Izby, że Zamawiający wszczynając postępowanie tej istotnej zmiany okoliczności nie mógł przewidzieć. W momencie wszczęcia postępowania, tj. w dniu 18 lutego 2020 r., zagrożenie epidemiologiczne (a co za tym idzie także wiążące się z nim ograniczenia mające służyć przeciwdziałaniu rozwojowi epidemii), nie było obiektywnie możliwe do przewidzenia ani przez Zamawiającego, ani żaden inny podmiot działający z zachowaniem należytej staranności, którego zawodowa działalność nie wiąże się z szeroko rozumianą epidemiologią. Zamawiający wówczas nie mógł nawet przypuszczać, że zajdą okoliczności, które spowodują, że prowadzenie postępowania w takim kształcie i na takich zasadach, jakie określił, przestanie leżeć w interesie publicznym.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby przesłanka wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, której nie można było przewidzieć, miała nie zostać spełniona w przedmiotowej sprawie, z uwagi na fakt, że Zamawiający odpowiadając na

pytania wykonawców zapewniał, że przetarg będzie kontynuowany (odpowiedź na pytanie 1 i 9). W ocenie Izby działania Zamawiającego nie sposób oceniać negatywnie. Zauważyć należy, że w dniu udzielenia odpowiedzi na pytania, tj. w dniu 20 marca 2020 r., Zamawiający nie miał i w istocie nie mógł mieć wiedzy, jak długo zagrożenie epidemiologiczne będzie istniało. Izba miała na względzie, że odpowiedzi na pytania udzielono w okresie tygodnia od chwili kiedy wydano Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemiologicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 433), a dopiero w dniu udzielenia odpowiedzi na pytania wydano Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U. z 2020 r. poz. 491). Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców miał zatem prawo przypuszczać, że wiążące się ze stanem epidemii ograniczenia będą występować jedynie przez krótki okres, a kontynuowanie postępowania i zawarcie umowy o zamówienie publiczne na pierwotnie ustalonych zasadach będzie możliwe i celowe. Izba za wiarygodne uznała wyjaśnienia Zamawiającego przedstawione na rozprawie, że konsultował on planowany okres wyłączenia jednego z akademików na potrzeby stworzenia izolatorium na polecenie Wojewody, uzyskując odpowiedź, że może to potrwać ok. miesiąc. W tamtym momencie brak było obiektywnej możliwości ustalenia jak długo potrwa stan epidemii i jak długo uczelnia Zamawiającego funkcjonować będzie w trybie zdalnym.

Działanie Zamawiającego, który 20 marca 2020 r. (tj. w momencie udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców) jeszcze wstrzymywał się z unieważnieniem postępowania, należy wręcz oceniać pozytywnie. Wskazują one na to, że decyzja ta nie została podjęta przez Zamawiającego pochopnie, lecz dopiero w momencie, kiedy stało się pewne, że uczelnia jeszcze przez długi okres (co najmniej do października 2020 r.) nie będzie mogła działać w dotychczasowy sposób. Podkreślić należy, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp możliwe jest na każdym etapie prowadzonego postępowania, również po upływie terminu składania ofert. W dniu 17 kwietnia 2020 r., tj. w chwili podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania jasnym stało się, że funkcjonowanie uczelni na zasadach, jakie istniały przed wprowadzeniem stanu epidemii, jest w istocie niemożliwe. W okresie od wszczęcia postępowania do tego momentu sytuacja zmieniała się dynamicznie, czego efektem były kolejne decyzje organów państwowych w zakresie działań mających zapobiegać i przeciwdziałać rozprzestrzenianiu się wirusa COVID-19, w tym te wprowadzające ograniczenia w funkcjonowaniu jednostek systemu oświaty i przejścia w tryb pracy zdalnej (jak m.in. przywoływane przez Zamawiającego rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego w sprawie czasowego ograniczenia funkcjonowania niektórych podmiotów systemu szkolnictwa wyższego i nauki w związku z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID 19 z dnia 23 marca 2020 r.). Na marginesie jedynie dodać należy, że nawet obecnie, pomimo pojawiających się informacji o powrocie szkół i uczelni do normalnego trybu w najbliższym roku szkolnym/akademickim, brak jest możliwości przewidzenia czy w istocie tak będzie, jak również brak jest możliwości realnego oszacowania jak długo zagrożenie epidemiologiczne będzie istniało.

Izba uznała, iż całokształt okoliczności wiążących się z ogłoszonym na terenie kraju stanem epidemii uprawniał Zamawiającego do przyjęcia, że na dzień 17 kwietnia 2020 r., prowadzenie postępowania przestało leżeć w interesie publicznym. Okoliczności związane z pojawieniem się zagrożenia epidemiologicznego w ocenie Izby były na tyle znaczące, że zmusiły Zamawiającego do istotnego przeorganizowania sposobu wykonywania nałożonych na niego jako jednostkę systemu oświaty - uczelnię publiczną, zadań i to nie tylko w zakresie kształcenia, ale także w zakresie zapewnienia zaplecza socjalnego dla społeczności akademickiej, w tym co do funkcjonowania domów studenckich, których dotyczy przedmiotowe postępowanie. Izba za wiarygodne uznała stanowisko Zamawiającego, że w efekcie omawianej zmiany okoliczności, prowadzenie postępowania w zakresie i na zasadach pierwotnie ustalonych stało się bezcelowe. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że przejście uczelni na tryb pracy zdalnej i brak zajęć na uczelni, miałby nie przekładać się na sytuację w domach studenckich i na kwestię obsługi tych domów studenckich. Takie podejście jest niezgodne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Okolicznością bezsporną jest, że jednej z czterech akademików objętych przedmiotem zamówienia jeszcze w marcu 2020 r. został wyłączony na polecenie organów administracji rządowej na cele stworzenia izolatorium, zaś czas tego wyłączenia nie jest obiektywnie możliwy do ustalenia - zależy on od długości utrzymywania się stanu epidemii (zagrożenia epidemiologicznego), której nie sposób oszacować, nie posiadając wiedzy o możliwym przebiegu rozwoju epidemii w okresie jesienno-zimowym i w kolejnych latach. Również bezsporne jest, że na mocy wcześniej wspomnianego Rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 23 marca 2020 r. istotnie ograniczono funkcjonowanie uczelni, zawieszając kształcenie w formie innej niż z wykorzystaniem metod i technik kształcenia na odległość. W tej sytuacji oczywistym było, że zdecydowana większość społeczności akademickiej wykwateruje się z domów studenckich, co też się stało i co było okolicznością już znaną Zamawiającemu w chwili unieważnienia postępowania. Potwierdzają to także wyjaśnienia Zamawiającego (których Odwołujący nie kwestionował, a które Izba uznała za

wiarygodne), iż w okresie stanu epidemii, nawet obecnie (kiedy przywrócono w nieznacznym zakresie zajęcia praktyczne na uczelni) z akademików korzysta niewiele ponad 50 osób na 1000 dostępnych miejsc (głównie osoby, które nie miały innego miejsca zamieszkania i pracują w Koszalinie), a noclegi studentów przeważnie mają charakter doraźny i krótkotrwały (co wiąże się z konieczności odbycia zajęć praktycznych w wymiarze jednego tygodnia). Siłą rzeczy przekłada się to nie tylko na istotne zmniejszenie przychodów Zamawiającego z tego tytułu, z których to przychodów finansowana jest obsługa portierska, ale także na zapotrzebowanie związane z obsługą portierską i intensywność prac takiej obsługi. Złożona przez Odwołującego umowa zawarta przez Zamawiającego już po unieważnieniu postępowania na okres maj-sierpień 2020 r., jedynie potwierdza, że odpadła potrzeba realizacja zamówienia w pierwotnej postaci (jej zakres ograniczono z czterech do dwóch akademików, z czego jeden stanowi de facto hotel asystenta).

Dlatego też za niezrozumiałe uznać należy stanowisko Odwołującego, zdaniem którego wykwaterowanie większości studentów i całkowite wyłączenie jednego z akademików na potrzeby kwarantanny nie stanowi zmiany okoliczności zewnętrznych i nie może wywoływać skutku w postaci unieważnienia postępowania. Ta sytuacja ewidentnie wskazuje, że dalsze prowadzenie postępowania w zakresie, jaki został ustalony, stało się bezcelowe. Zmiana ta okazała się być istotna do tego stopnia, że Zamawiający podjął decyzję o przeorganizowaniu całego sposobu obsługi akademików i oparciu obsługi portierskiej domów studenckich o dozór elektroniczny, aby ograniczyć ilość osób fizycznie obecnych na terenie Osiedla Akademickiego. W konsekwencji powyższego, ustalony zakres zamówienia (obsługa portierska czterech domów studenckich na okres od podpisania umowy do kwietnia 2023 r.) przestał być adekwatny do aktualnych, faktycznych potrzeb publicznych, które zmieniły się w sposób istotny, na skutek sytuacji obiektywnie niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Udzielenie zamówienia publicznego w pierwotnie opisanym kształcie i zakresie, bez uwzględnienia istotnych zmian, które nastąpiły od momentu wszczęcia postępowania, przestało zatem leżeć w interesie publicznym, jak również nastąpiłoby ze szkodą dla środków publicznych, którymi dysponuje Zamawiający.

Wskazać należy, że pojęcie interesu publicznego jest pojęciem niedookreślonym, niemniej jego funkcja w stosowaniu prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego (w tym wypadku zamawiającego) w możliwości reagowania na sytuacje faktyczne doniesione prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych, prowadzącym do elastycznego i słusznego rozstrzygnięcia spraw (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 maja 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 405/180). Wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w ustawie orzecznictwo przyjmuje rozumienie tego pojęcia wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. akt W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy uznać 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 (por. m.in. postanowienie KIO z dnia 30 marca 2020 r., sygn. akt KIO/W 12/20). Co prawda interesu publicznego co do zasady nie powinno się utożsamiać z interesem własnym Zamawiającego, niemniej mogą mieć miejsce przypadki, kiedy te interesy będą zbieżne.

Zamawiający będący uczelnią wyższą, realizuje cele publiczne związane z szeroko rozumianą oświatą i dysponuje środkami publicznymi przeznaczonymi na ten cel. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia nie może być oderwane od ww. okoliczności, tj. faktu, że Zamawiający gospodaruje co do zasady środkami publicznymi, a ich bezcelowa dystrybucja zdecydowanie w interesie publicznym nie leży. Kontynuowanie przedmiotowego postępowania i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, czego domaga się w istocie Odwołujący, prowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający miałby zawrzeć umowę w zakresie, który nie odpowiadał faktycznym potrzebom publicznym. Odwołujący nie kwestionował także stanowiska Zamawiającego, że obsługa portierska domów studenckich jest co do zasady finansowana ze środków pochodzących z opłat wnoszonych przez osoby korzystające z noclegów w akademikach (studentów, asystentów, doktorantów czy osoby wynajmujących pokoje komercyjnie), których to środków - wobec braku studentów i innych najemców, w tym komercyjnych - Zamawiający nie posiada w zakresie warunkującym sfinansowanie zamówienia. Nie sposób bowiem porównywać przychodów uzyskiwanych przy pełnej obsadzie domów studenckich (1000 osób, pełny miesiąc) z przychodami uzyskiwanymi z doraźnych (tygodniowych) noclegów ok. 50 osób.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ma zastosowanie właśnie do takich sytuacji, jak będąca przedmiotem rozpoznania - kiedy to na skutek nadzwyczajnych okoliczności prowadzenie postępowania/wykonanie zamówienia stało się niecelowe lub wiązałoby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym (por. m.in. wyrok KIO z dnia 12 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 99/16). W ocenie Izby nie można tracić z oczu okoliczności, że prawa i interesy wykonawcy podlegają ochronie o tyle, o ile nie godzą w interes publiczny. W przedmiotowym

przypadku kontynuowanie postępowania, które nie leży już w interesie publicznym w pierwotnie opisanym kształcie i zakresie, w efekcie czego udzielenie zamówienia danemu wykonawcy nastąpiłoby ze szkodą dla środków publicznych, którymi dysponuje Zamawiający, czyni zasadnym uznanie prymatu interesu publicznego nad interesem wykonawcy. Przy czym podkreślić należy, że nie chodzi tu wyłącznie o interes Odwołującego, lecz o interes jakiegokolwiek wykonawcy, który złożyłby w postępowaniu ofertę najkorzystniejszą i mógłby uzyskać zamówienie.

Argumentacja Odwołującego, jakoby Zamawiający powinien prowadzić postępowanie, zawrzeć z nim umowę, a następnie ewentualnie skorzystać z możliwości odstąpienia od umowy na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy Pzp lub ograniczyć zakres umowy do 10%, którą to możliwość Zamawiający przewidział w SIWZ, jest bezzasadna. Odwołujący zdaje się pomijać okoliczność, że art. 145 ust. 1 ustawy Pzp zawiera przesłanki analogiczne jak art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, z którego Zamawiający skorzystał. Regulacje te są ze sobą spójne, przy czym art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp referuje jeszcze do etapu przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne, zaś art. 145 ust. 1 odnosi się już do etapu po zawarciu umowy o zamówienie publiczne. Niekonsekwentne jest zatem twierdzenie, że Zamawiający nie mógł unieważnić postępowania, ale po zawarciu umowy w razie potrzeby ewentualnie będzie mógł od umowy odstąpić. Ponadto stanowisko Odwołującego sprowadza się w istocie do tego, że Zamawiający miałby zawrzeć z Odwołującym umowę na realizację przedmiotu zamówienia, który w takim kształcie, jak pierwotnie ustalony, nie jest obiektywnie uzasadniony i nie leży w interesie publicznym, a następnie już tuż po zawarciu umowy dokonywać zmian ograniczających zakres zamówienia (czy to w zakresie, do którego uprawnia go SIWZ, czy też w oparciu o art. 144 ust. 1 ustawy Pzp) lub od umowy odstąpić, narażając się na ewentualne roszczenia wykonawcy z tego tytułu.

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy: 1) ubiegali się o udzielenie zamówienia - w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert, 2) złożyli oferty - w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W ocenie Izby uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego, jakkolwiek dość zwięzłe, to jednak w swym całokształcie wyjaśniało podstawy faktyczne i prawne zapadłej decyzji i wskazywało na bezcelowość wykonania zamówienia w pierwotnej postaci. Odwołujący na podstawie tej informacji, nie zgadzając się z tą czynnością, był w stanie sformułować zarzuty w odwołaniu i polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego co do zgodności z ustawą zaskarżonej czynności. Możliwe było także dokonanie przez Izbę oceny działania Zamawiającego. Odwołujący nie wskazywał, aby treść przedstawionego uzasadnienia było niewystarczające dla możliwości podjęcia działań w celu ochrony jego interesów. Podnoszona zaś okoliczność, że w treści informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego udzielając odpowiedzi na pytania zapewniał wykonawców, że postępowanie będzie kontynuowane, pozostaje bez znaczenia dla oceny przedmiotowego zarzutu, Zamawiający nie miał bowiem takiego obowiązku, zaś unieważnienia postępowania - jak wskazano już wcześniej - mógł on dokonać de facto na każdym jego etapie, także po upływie terminu składania ofert.

Mając na uwadze, iż nie potwierdziły się omówione powyżej zarzuty, za bezzasadny Izba uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 5 i art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Natomiast kwestia oceny ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie leży w kognicji Izby, jako organu właściwego do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego rolą jest weryfikacja zgodności działań i zaniechań Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości 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 § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: