

WYROK

z dnia 18 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Członkowie: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ILF Consulting Engineers Austria GmbH, airport consulting partners GmbH Beratende Ingenieure, amd.sigma strategic airport development GmbH w Warszawie** postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Port Komunikacyjny Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 8 stycznia 2021 r. polegającej na zaproszeniu do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia.
2. kosztami postępowania obciążyć **Centralny Port Komunikacyjny Spółkę z o.o. w Warszawie** i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ILF Consulting Engineers Austria GmbH, airport consulting partners GmbH Beratende Ingenieure, amd.sigma strategic airport development GmbH w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
3. zasądzić od **Centralnego Portu Komunikacyjnego Spółki z o.o. w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ILF Consulting Engineers Austria GmbH, airport consulting partners GmbH Beratende Ingenieure, amd.sigma strategic airport development GmbH w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. z/s w Warszawie prowadzi w trybie negocjacji bez ogłoszenia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. postępowanie na „Usługi Konsultanta wsparcia technicznego ds. opracowania Master Planu dla Centralnego Portu Komunikacyjnego Sp. z o.o.”, numer ref. 192/20/LSP/7/PZP/DW/105

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ”

1. ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z/s w Warszawie, Polska
2. ILF Consulting Engineers Austria GmbH, A-6063 Rum koło Innsbrucka
3. airport consulting partners GmbH Beratende Ingenieure, 70197 Stuttgart, Niemcy,
4. amd.sigma strategie airport development GmbH, 10627 Berlin, Niemcy

(dalej jako „odwołujący”) wnieśli odwołanie od czynności polegającej na wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia w sytuacji, w której nie występują przesłanki ustawowe wymagane dla zastosowania tego trybu określone w art. 386 ust. 2 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (Dz.U z 2019 r. poz 2019)

Zamawiającemu odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 386 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez wszczęcie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie dało się przewidzieć, uniemożliwiającą zachowanie terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, pomimo tego, że nie ziściły się

przesłanki ustawowe wymagane w przywołanym przepisie ustawy Pzp;

2.art. 386 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez wszczęcie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia z uwagi na fakt odrzucenia wszystkich ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ze względu na ich niezgodność z opz w uprzednio prowadzonym postępowaniu, w sytuacji, w której dla postępowań wszczętych w związku z postępowaniami uprzednio prowadzonymi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Pzp zastosowanie mają przepisy art. 91 ust. 4 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020; dalej jako: "Ustawa Wprowadzająca").

W związku z powyższym wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań odwołujący wskazał, jak poniżej.

I.Stan faktyczny

Zamawiający 17 marca 2020 r. wszczął postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego pn. "Usługi Konsultanta wsparcia technicznego ds. opracowania Master Planu dla Centralnego Portu Komunikacyjnego", nr DUUE 2020/S 054-129493. Postępowanie było prowadzone w oparciu o art. 138c ust. 1 pkt 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Pzp (Dz. U. 2019, poz. 1843 ze zm.; dalej jako: "ustawa Pzp z 2004 r.")

Zamawiający w dniu 9 października 2020 r. przekazał wykonawcom Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia wraz z zaproszeniem do złożenia ofert oraz informacją, że oferty można składać do dnia 6 listopada 2020 r. do godziny 13.00.

Odwołujący złożył ofertę, która podobnie jak oferty pozostałych wykonawców - została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z 2004 r.

Podstawą decyzji był fakt niewłaściwego opisanego doświadczenia członków personelu wykonawców (niewykazanie spełnienia "minimalnych wymagań" członków personelu wykazywanego na potrzeby kryterium oceny ofert. Odwołujący odwołał się od decyzji Zamawiającego - Krajowa Izba Odwoławcza KIO 3190/20 podtrzymała stanowisko Zamawiającego (wskazując, że w części ocena oferty Odwołującego została przeprowadzona przez Zamawiającego błędnie). Na wydany wyrok Izby wniesiono skargę do sądu okręgowego.

W dniu 8 stycznia 2021 r. Zamawiający przekazał wykonawcom zaproszenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia, działając na podstawie przepisów ustawy Pzp, które weszły w życie w dniu 1 stycznia 2021 r.

Jako podstawę wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia wskazano przepisy: a)art. 209 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 386 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz

b)art. 386 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący stoi na stanowisku, że w zaistniałym stanie faktycznym nie ziszcili się przesłanki dla zastosowania powyżej wskazanej procedury, co stanowi obejście art. 129 ust. 2 ustawy Pzp, która wskazuje, że możliwość skorzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia jest możliwa jedynie w przypadku ziszczenia się ściśle określonych warunków, które należy interpretować w sposób zawężający.

II. Zarzuty. Ad. 1 zarzut naruszenia art. 209 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 386 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp - niezasadne uznanie przez Zamawiającego, że zachodzi "pilna potrzeba udzielenia zamówienia"

Art. 386 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wskazuje, że w przypadku zamówień sektorowych "Do negocjacji bez ogłoszenia stosuje się przepisy art. 208 i art. 210-212" Z kolei art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp brzmi: "Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia (...) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego/ której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem."

W świetle przepisów dla zastosowania trybu niezbędnym jest kumulatywne spełnienie przesłanek:zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i ta pilna potrzeba nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego; potrzeby tej nie było można wcześniej przewidzieć; nie jest możliwym zachowanie terminów określonych dla trybów konkurencyjnych oraz negocjacji z ogłoszeniem.

Zamawiający jest zobowiązany do wykazania w protokole zaistnienie przesłanek.

W ocenie odwołującego, nie doszło do zmaterializowania się żadnej z powyższych przesłanek.

Zdaniem odwołującego nie zachodzi "pilna potrzeba" udzielenia zamówienia. Oparcie rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie na brzmieniu ugruntowanych poglądów prezentowanych na gruncie dotychczasowego stanu prawnego, a także z uwagi na fakt, że przepisy art. 63 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z 2004 r. (przesłanka zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia) i art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp mają analogiczną treść, wydaje się działaniem celowym.

Pilna potrzeba udzielenia zamówienia oznacza potrzebę niezwłocznego udzielenia zamówienia publicznego w celu zapobieżenia powstania znacznej szkody, w celu ochrony zdrowia i życia bądź środowiska, przy czym podstawą wydania decyzji powinny być wiarygodne informacje. Do stwierdzenia, że wystąpiła pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie wystarczy samo pozostawanie w przekonaniu, że skrócenie terminu udzielenia zamówienia przyniesie mu obiektywnie rozumiane korzyści. Przyjęcie takiego rozumienia sytuacji powodowałoby, że każdorazowe skorzystanie przez zamawiającego z powyższej możliwości wymykałoby się spod jakiegokolwiek kontroli pod względem celowości i zasadności. (...) Zamawiający powołując się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia obowiązany jest wykazać i uzasadnić w oparciu o obiektywne przesłanki, że wystąpiła wyjątkowa, pilna konieczność skrócenia terminu. „Pilność” powinna być realna i wyjątkowa i nie może wynikać z zamierzonych działań zamawiającego.

Przedmiotowe zamówienie dotyczy strategicznej inwestycji państwa, a przygotowania w sprawie zamówienia publicznego toczyły się w okresie kilku lat przed wszczęciem postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego. Fakt

unieważnienia uprzednio prowadzonego postępowania nie kreuje okoliczności powodujących, że wykonanie zamówienia nabiera charakteru "pilnego" / "natychmiastowego" / "niezwłocznego", zwłaszcza w sytuacji, w której Zamawiający prowadził dialog konkurencyjny przez okres prawie 10 miesięcy, nie widząc potrzeby "przyspieszenia" działań w tym zakresie. Dialog konkurencyjny jest jednym z najbardziej długotrwałych i czasochłonnych trybów prowadzenia postępowania przetargowego. Trudno przyjąć, że w ciągu kilku tygodni (od momentu unieważnienia dialogu konkurencyjnego do momentu przekazania zaproszenia do udziału w negocjacjach) status (priorytet) wyboru wykonawcy uległ tak diametralnej zmianie.

Takie okoliczności jak potrzeba dotrzymania harmonogramu prac związanych z realizacją inwestycji nie stanowi przesłanki pilnego udzielenia zamówienia.

W ocenie odwołującego, Zamawiający swoim działaniem próbuje obejść przepisy ustawy nakładające obowiązek prowadzenia postępowania w trybie w pełni otwartym na konkurencję.

Kolejną przesłanką uprawniającą do skorzystania z negocjacji bez ogłoszenia jest konieczność wykazania, że Zamawiający nie mógł przewidzieć wystąpienia potrzeby wykonania zamówienia. Wg stanowiska UZP wyrażonego w opinii pn. "Udzielanie zamówień publicznych w związku z wystąpieniem powodzi /.../ "Dla udzielania zamówień w trybie pilnym ustawodawca przewidział bowiem inny niż wolna ręka tryb, mianowicie wyżej omówione - negocjacje bez ogłoszenia. Należy również podkreślić, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno służyć wyłącznie do przeciwdziałania lub do usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia."

Podobne stanowisko Urząd zajął w "Wytycznych dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki" Fakt, że odpowiedni organ zobowiązany na mocy przepisów prawa krajowego do zatwierdzenia projektu lub wydania odpowiedniego pozwolenia może w określonym terminie zgłosić zastrzeżenia lub odmówić wydania pozwolenia nie stanowi okoliczności, której nie dało się przewidzieć. Podobnie rzecz się ma jeśli chodzi o konieczność dochowania określonych terminów. Fakt, że dany organ może na podstawie obowiązującego prawa nakładać pewne terminy stanowi przewidywalny element procedury zatwierdzania projektu. Władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są natomiast zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających z prawa krajowego, takich jak konieczność dochowania terminów czy uzyskania zatwierdzenia projektu. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę ewentualny negatywny rezultat takich postępowań lub braku wypełnienia zobowiązań i nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego

W uchwale z 17 marca 2011 r., sygn. akt KIO/KD 18/11, zauważono, że przesłanka skorzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia materializuje się jedynie „w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku wyjątkowego, nieprzewidywalnego zdarzenia zmuszony jest do natychmiastowej reakcji. niezbędnej do ograniczenia bezpośrednich skutków takiego zdarzenia, np. usunięcia bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub życia czy zabezpieczenia majątku przed poniesieniem szkody o znacznych rozmiarach "

Reasumując, niemożność przewidzenia określonego zdarzenia zasadniczo ocenia się, jako nikłe prawdopodobieństwo wystąpienia konkretnej sytuacji. Do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Konieczne zatem będzie wykazanie przez zamawiającego, iż mimo zachowania należytej staranności nie można było obiektywnie przewidzieć wystąpienia wyjątkowej sytuacji, powodującej konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Okoliczności nieprzewidywalne, to m. in. zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego takie jak: klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.)/ katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Dodatkowo wystąpienie okoliczności, której zamawiający nie mógł przewidzieć, musi powodować konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia.

Okoliczność związana z pozyskaniem podmiotu świadczącego usługi konsultanta w zakresie wsparcia technicznego ds. opracowania Master Planu była Zamawiającemu znana, a okoliczność związana z zakończeniem procedury przetargowej bez wyłonienia wykonawcy powinna zostać przez zamawiającego przewidziana, a przynajmniej zamawiający powinien brać pod uwagę tę okoliczność, zwłaszcza wobec określonych wymagań i stawianych warunków udziału w postępowaniu).

Jak pokazują statystyki, znaczna część postępowań kończy się ich unieważnieniem, zatem okoliczność zakończenia postępowania bez wyboru oferty najkorzystniejszej nie jest wyjątkowa. Brak zatem podstaw dla uznania, że przesłanka zaistniała w okolicznościach analizowanej sprawy.

Zamawiający jest zobowiązany wykazać, że dla przeprowadzenia postępowania nie ma możliwości zastosowania terminów określonych w ustawie dla przetargu nieograniczonego, ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, co oznacza nie tylko brak możliwości zachowania podstawowych terminów, ale również i sytuację, w której niemożliwe jest udzielenie zamówienia z zastosowaniem tzw. procedury przyspieszonej, czyli takiej, która pozwala na skrócenie terminów na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert ze względu na pilną potrzebę.

W ocenie odwołującego brak jest podstaw dla przyjęcia, że nie ma możliwości zastosowania trybu konkurencyjnego dla wyłonienia wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia. W sytuacji w której zamawiający ma potrzebę szybkiego udzielenia zamówienia - ustawa Pzp w art. 138 ust. 2 pkt 2 daje możliwość zastosowania przetargu nieograniczonego z procedurą przyspieszoną. Analiza terminów i etapów postępowania przyspieszonego wykazuje, że negocjacje bez ogłoszenia będą trwały dłużej niż postępowanie prowadzone w tym trybie. Powyższe obrazuje następujące zestawienie dokonane przez odwołującego, w którym przyjęto czas postępowania (szacowany) od 30 do 60 dni, a dla przetargu nieograniczonego od 20 do 50 dni.

Ad. 2 zarzut naruszenia art. 386 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP skorzystanie z trybu z pominięciem przepisów ustawy

wprowadzającej

Ustawa obowiązująca od 1 stycznia 2021 r. w treści art. 386 ust. 2 pkt 2 w sposób wyraźny nawiązuje do okoliczności związanych z unieważnieniem uprzednio prowadzonego postępowania w oparciu o przepisy "nowej" ustawy Pzp i brak jest przesłanek umożliwiających odwołanie się w art. 386 ust. 2 pkt 2 Pzp do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z 2004 r.

Na kanwie zaistniałego stanu faktycznego zastosowanie mają przepisy Ustawy Wprowadzającej, która reguluje kwestie związane z możliwością wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia w nowym reżimie prawnym w związku unieważnieniem postępowania poprzednio prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp z 2004 r.

Nie jest możliwym prowadzenie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, gdyż:

a) unieważnione postępowanie nie było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, a dialogu konkurencyjnego, który nie został wymieniony w art. 91 ust. 4 pkt 2 Ustawy Wprowadzającej;

b) oferty nie zostały odrzucone z uwagi na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, ale (rzekomym) niedopełnieniem wymagań formalnych związanych z wykazaniem doświadczenia personelu przedstawianego przez wykonawców na potrzeby kryterium oceny ofert (niewykazanie spełnienia "wymagań minimalnych").

W świetle powyższego, zamawiający pomijając przepisy Ustawy Wprowadzającej naruszył jej przepisy. Powyższe może stanowić podstawę do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z pogwałceniem dyspozycji płynących z przywołanych norm prawnych (art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp oraz art. 611 pkt 2 ustawy Pzp).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniosł o jego oddalenie.

Przedstawił uzasadnienie stanowiące o prawidłowości dokonania wyboru trybu postępowania tj. wystąpienie przesłanek umożliwiających zastosowanie tego trybu.

1. Przypomniał, że 23 listopada 2020 r. unieważnił postępowanie pn. „Usługi Konsultanta wsparcia technicznego ds. opracowania Master Planu dla Centralnego Portu Komunikacyjnego”, prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego. Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło dziesięciu wykonawców, z czego pięciu wykonawców spełniło warunki udziału i zostało dopuszczone do dialogu. Oferty złożyło trzech z tych wykonawców (wśród nich obecny Odwołujący), pozostali dwaj poinformowali Zamawiającego, iż nie złożą ofert z uwagi na zbyt restrykcyjne warunki umowy. Postępowanie trwało 8 miesięcy i kilka dni, a nie kilkanaście miesięcy. Podstawą unieważnienia postępowania był art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp 2004, czyli brak ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp 2004, gdyż ich treść nie odpowiadała treści siwz. Na czynność odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania Odwołujący wniosł odwołanie do KIO. Wyrokiem z 28 grudnia 2012 r. KIO oddaliła odwołanie w całości uznając, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego była zasadna i prawidłowa, co skutkowało koniecznością unieważnienia postępowania (KIO 3190/20). W dniu 22 stycznia 2021 r. wyrok został przez Odwołującego zaskarżony do Sądu Okręgowego w Warszawie.

3. Zamawiający w dniu 8 stycznia 2021 r. wszczął w trybie negocjacji bez ogłoszenia postępowanie pn. „Usługi Konsultanta wsparcia technicznego ds. opracowania Master Planu dla Centralnego Portu Komunikacyjnego sp. z o.o.". Zaproszenie do udziału w tym postępowaniu zostało skierowane do wszystkich pięciu dopuszczonych do dialogu uczestników poprzedniego postępowania, w tym Odwołującego. Podstawą prawną zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia były przepisy:

a) art. 209 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 386 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp 2019 oraz

b) art. 386 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp 2019.

W odwołaniu Odwołujący zarzuca Zamawiającemu nieprawidłowe zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia z uwagi na niewystąpienie przesłanek wyboru trybu.

II. Stanowisko Zamawiającego w zakresie podstawy określonej w art. 209 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 386 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp 2019

1. Dla zastosowania ww. przepisów jako podstawy zastosowania trybu niezbędne jest wykazanie łącznego spełnienia czterech przesłanek:

a. wystąpienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia

b. brak przyczynienia się zamawiającego do powstania tej pilnej potrzeby

c. brak możliwości przewidzenia pilnej potrzeby

d. niemożliwość zachowania terminów przewidzianych dla trzech trybów konkurencyjnych.

Ad. Ia. (wystąpienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia)

2. Pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie jest pojęciem zdefiniowanym w ustawie Pzp. Pojęcie to musi być oceniane z punktu widzenia sytuacji, w jakiej znajduje się zamawiający. Sytuacja taka nie jest kategorią obiektywną. Zawsze towarzyszą jej określone okoliczności, zazwyczaj nietypowe, ale charakterystyczne dla danego zamawiającego w danym czasie. Nie można sporządzić zamkniętego katalogu sytuacji, które mogą spowodować wystąpienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Zresztą nawet otwarty katalog przykładowych sytuacji nie będzie właściwym dla oceny, czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z przesłanką pilności. Dla jej zaistnienia niezbędne jest bowiem ustalenie, czy wystąpiła sytuacja, w której zamawiający nie może procedować udzielenia zamówienia w zwykły sposób i musi się posłużyć szczególnymi środkami dla realizacji określonego celu. To ustalenie jest prerogatywą zamawiającego i tak naprawdę nie powinno podlegać weryfikacji jako samodzielna przesłanka. Można ją oceniać tylko w kontekście pozostałych trzech przesłanek. Rolą zamawiającego jest natomiast wskazanie tych wszystkich okoliczności, które wywołały pilną potrzebę udzielenia zamówienia. Inaczej mówiąc: zamawiający decyduje o tym, czy udzielenie przez niego zamówienia w określonej sytuacji jest pilne, czy też nie. Natomiast rolą organów weryfikujących jest poddanie

określonej sytuacji ocenie, czy sytuację wywołał zamawiający i czy zachowanie terminów wynikających z innych trybów daje zamawiającemu możliwość udzielenia zamówienia w takim czasie, w jakim jego udzielenie jest niezbędne.

3. Rozumieniem pojęcia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia zajmowało się orzecznictwo i doktryna. Jednak ograniczenie się chociażby tylko do przykładów podanych w odwołaniu wskazuje, że powodów pilności może być wiele. Chodzi w nich przede wszystkim o konieczność ochrony jakiegoś interesu, przykładowo wymienia się ochronę zdrowia czy życia, bezpieczeństwo, ochronę środowiska, czy też zapobieganie szkodzie w majątku. Z przytoczonego w odwołaniu orzeczenia WSA w Krakowie wynika, że o pilności decydować mogą względy społeczne, organizacyjne czy nawet ważny interes zamawiającego. Z kolei z przytoczonych przez Zamawiającego w analizie przesłanek wyboru trybu wyroków KIO z lat 2019/2020 wynika, że o pilności decydować może interes społeczny związany z realizacją inwestycji publicznych. Ale to wciąż tylko przykłady, do których można dopisywać jeszcze inne. Decydujące znaczenia ma bowiem to, czy w danym czasie u danego zamawiającego wystąpiły okoliczności zmuszające go do pilnego udzielenia zamówienia publicznego.

Dowód nr 1: analiza pn. „Przesłanki wyboru trybu negocjacji” - w dokumentacji postępowania

4. W przypadku objętym odwołaniem okoliczności te wynikają z unieważnionego wcześniej postępowania, które nie doprowadziło do zawarcia umowy, pomimo ubiegania się o to zamówienie przez kilku wykonawców. Gdyby nie zaszła konieczność unieważnienia postępowania, nie trzeba byłoby szukać dodatkowego czasu na kolejne postępowanie. Poprzednie postępowanie było bowiem prowadzone w taki sposób, aby w terminie niezbędnym dla podjęcia realizacji zadania można było wybrać ofertę. Niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, że unieważnienie poprzedniego postępowania nie kreuje okoliczności uzasadniających pilność. Wprost przeciwnie, ta pilność jest właśnie wynikiem unieważnienia postępowania, które nastąpiło na skutek wadliwych ofert złożonych przez wykonawców. Warto bowiem zauważyć, iż są powody unieważnienia występujące po stronie zamawiającego, ale są też powody występujące niezależnie od zamawiającego. Do takich należy m. in. unieważnienie z powodu braku odpowiednich ofert. Szerzej na ten temat w złożonej przez Zamawiającego opinii r. pr. M. S. .

5. Oczywiście unieważnienie postępowania to tylko bezpośredni efekt sprawczy. Decydujące znaczenia mają natomiast obiektywne okoliczności, które determinują Zamawiającego co do terminu udzielenia zamówienia. Zamawiający wyznaczony został do prowadzenia strategicznej z punktu widzenia państwa inwestycji jaką jest budowa Centralnego Portu Komunikacyjnego. Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia na jedno z kluczowych zadań związanych z rozpoczęciem inwestycji, czyli wsparcia technicznego w opracowaniu Master Planu dla CPK. Jakie znaczenie dla realizacji całej inwestycji ma wybór doradcy technicznego w opracowaniu Master Planu przedstawiono m. in. w ww. analizie przesłanek wyboru trybu, stanowiącej dowód nr 1 oraz w opinii, stanowiącej dowód nr 2. Z dowodów tych wynika, że wybór wykonawcy powinien nastąpić w lutym 2021 r., a najpóźniej do 18 marca 2021 r. W przeciwnym przypadku powstaną konkretne straty finansowe, ale przede wszystkim ucierpi na tym terminowa realizacja całej inwestycji. Bez Master Planu nie jest bowiem możliwe terminowe wykonanie innych zadań związanych z budową portu lotniczego, które to zadania zostały już powierzone innym wykonawcom.

6. Termin wyboru Konsultanta ds. opracowania Master Planu jest pochodną wielu opracowań, harmonogramów i działań podjętych przez Zamawiającego. Wśród nich przede wszystkim wskazuje na uchwałę Nr 156 Rady Ministrów z 28 października 2020 r., zawierającą „Program inwestycyjny Centralny 'Port Komunikacyjny: Etap I. 2020-2023'”, stanowiący Program Wieloletni dla CPK w rozumieniu ustawy o finansach publicznych. Z tego dokumentu wynikają daty determinujące poszczególne działania, a pośród nich terminy udzielania poszczególnych zamówień publicznych. Daty te znalazły się w harmonogramach tworzonych na potrzeby realizacji inwestycji. O ich znaczeniu i uwarunkowaniach z nich wynikających szczegółowo informuje dokument przygotowany na tę okoliczność przez Zamawiającego.

Przedstawił - Informację na temat pilności realizacji prac Master Plan - (tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji)

7. Odnosząc się do zarzutów Odwołania w tym zakresie podkreślił, iż Odwołujący nie posiada wiedzy pozwalającej, czy zaistniała sytuacja skutkująca ziszczeniem się przesłanki pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Nie odwołuje się do żadnych zdarzeń, dokumentów czy okoliczności, które mogłyby o tym cokolwiek stanowić. Formuluje natomiast tezę, iż nie sposób uznać, że potrzeba udzielenia zamówienia ma charakter pilny. Zwraca co prawda uwagę na to, iż przedmiotowe zamówienie dotyczy strategicznej inwestycji Państwa, ale nie wyciąga z tego logicznych wniosków, z których mógłby dowiedzieć się, że to nie Zamawiający jest jedynym decydem w zakresie terminów realizacji poszczególnych zadań. Mieszając przesłankę pilności udzielenia zamówienia z natychmiastową koniecznością jego wykonania, przesłankę pilności z przesłanką jej przewidywalności oraz podważając sens poprzedniego postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego (w którym sam aktywnie uczestniczył nie skarżąc się na jego przewlekłość), bezkrytycznie stwierdza, iż potrzeba dotrzymania harmonogramu prac związanych z realizacją inwestycji nie stanowi przesłanki pilnego udzielenia zamówienia. Dalej stwierdza, że wydłużenie procesu wyłonienia wykonawcy Master Planu nie powoduje niemożliwości lub rażącego utrudnienia w realizacji inwestycji. Aż trudno uwierzyć, że tego rodzaju wywody prezentuje wykonawca ubiegający się o realizację Master Planu. Wykonawca, który powinien wiedzieć, jakie znaczenie ma ten dokument na tym etapie realizacji portu lotniczego.

8. Z wszystkich opracowań i harmonogramów wynika, iż data 18 marca 2021 r. jako dzień podpisania umowy z Konsultantem ds. Master Planu pozwala nazgodną z założeniami realizację tej strategicznej inwestycji. Niewielkie przekroczenie tego terminu rodzi konieczność podjęcia awaryjnych działań, utrudniających realizację inwestycji, ale dających szansę na dotrzymanie założeń. Większe opóźnienie powodować będzie natomiast skutki, których szerszy opis znajduje się w załączonych dowodach 2 i 3. Ich ocena pozwala jednoznacznie stwierdzić, że zaistniała pilna potrzeba udzielenia zamówienia. Ad. lb-c (brak przyczynienia się zamawiającego do powstania tej pilnej potrzeby, brak możliwości przewidzenia pilnej potrzeby)

9. Przesłanka niemożliwości przewidzenia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia i przesłanka nieprzyczynienia się Zamawiającego do powstania pilnej potrzeby są ze sobą powiązane, dlatego omówione zostaną razem..

W dniu 17 marca 2020 r. opublikowane zostało ogłoszenie (przesłane 12 marca 2020 r.) dotyczące postępowania na wybór Konsultanta ds. Master Planu w trybie dialogu konkurencyjnego, jako najbardziej właściwego dla zamówienia mającego w znacznym stopniu przesądzić o sposobie realizacji wielkiego i skomplikowanego projektu

infrastrukturalnego. Już sama ta data pokazuje, przed jakim wyzwaniem w tym momencie - bez jakiegokolwiek własnej winy - stanął Zamawiający: właśnie wtedy zaczęto w Polsce wprowadzać restrykcje związane z pandemią Covid-19.

Znając charakter i złożoność przedmiotu zamówienia oraz uwarunkowania proceduralne wybranego trybu, Zamawiający zasadnie założył, iż wybór wykonawcy nastąpi pod koniec 2020 r. Jednak już wyznaczony pierwotnie termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu trzeba było przedłużyć na prośby wykonawców. Ostatecznie termin ten ustalono na 28 kwietnia 2020 r. Wpłynęło 10 wniosków o dopuszczenie do udziału, w większości złożonych przez podmioty zagraniczne, powiązane w dodatku w konsorcja lub powołujące się na potencjał podmiotów trzecich. Tylko jeden wniosek był od pojedynczego podmiotu nie powołującego się na potencjał innych podmiotów. Aby ułatwić zadanie wykonawcom, dopuszczono składanie dokumentów w języku angielskim.

Ocena wniosków zakończyła się 3 lipca 2020 r. przekazaniem pięciu wykonawcom zaproszenia do dialogu. Taki czas oceny wniosków wynikał z konieczności wezwania ośmiu wykonawców do ich uzupełnienia, siedmiu z nich po wezwaniu wystąpiło o przedłużenie wyznaczonego terminu, powołując się na restrykcje wynikające z Covid-19. Dla sprawnego przebiegu postępowania Zamawiający wzywał wykonawców o uzupełnienie w kolejności badania wniosków, nie czekając na zakończenie badania wszystkich. Ostatnie uzupełnienia i wyjaśnienia wpłynęły do zamawiającego w dniu 17 czerwca 2020 r. Dla zobrazowania skali wyzwania można podać przykład jednego z wykonawców, którego materiały uzupełniające składały się z 57 plików w języku angielskim.

10. Prowadzony z pięcioma wykonawcami dialog formalnie trwał do 9 października 2020 r., kiedy wystosowano do wykonawców zaproszenie do składania ofert. W trakcie dialogu trwały spotkania i przekazywano wykonawcom stosowne dokumenty, tłumaczone od razu na język angielski. Wykonawcy poza spotkaniami zgłaszali wiele pytań i propozycji. Jednocześnie zamawiający pracował nad dokumentacją, a następnie przekazał ją odpowiednim organom do zatwierdzenia lub zaopiniowania (Rada Nadzorcza, Zgromadzenie Wspólników, Prokuratura Generalna). Wyznaczono 4 tygodniowy termin składania ofert. W toku dialogu niektórzy Wykonawcy wnosili o dłuższy termin, nawet do 8 tygodni. Po formalnym zaproszeniu do składania ofert, przekazaniu dokumentacji oraz wyznaczeniu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęło ponad 80 pytań do siwz oraz wnioski o przedłużenie terminu składania ofert, na co nie została wyrażona zgoda. 6 listopada 2020 r. złożone zostały 3 oferty. Informację o wynikach oceny ofert i unieważnieniu postępowania Zamawiający przekazał 23 listopada 2020 r.

11. Opisany przebieg dialogu konkurencyjnego pokazuje, iż Zamawiający nie prowadził postępowania w sposób przewlekły czy z przestojami. Czynności wykonywano bez zbędnej zwłoki, a nawet szybciej niż wskazywałyby na to okoliczności (sukcesywne wzywanie wykonawców bez czekania na zakończenie oceny wszystkich wniosków, rozpoczęcie dialogu przed upływem terminu na wniesienie odwołań). Stawianie obecnie tezy, że sposób prowadzenia postępowania przez zamawiającego doprowadził do powstania pilnej potrzeby udzielenia zamówienia jest nie tylko całkowicie nieuprawnione, ale jest wręcz zafałszowaniem rzeczywistości. Odwołujący uczestniczył bowiem do końca w postępowaniu i ma orientację co do wniosków i oczekiwań formułowanych w nim przez wykonawców.

12. Odwołujący stara się w swoim odwołaniu pominąć aspekt nieprzyczynienia się Zamawiającego do ziszczenia się pilnej potrzeby udzielenia zamówienia poprzez stawianie zarzutu, iż Zamawiający powinien przewidzieć unieważnienie postępowania. Wskazuje przy tym na poglądy doktryny i orzecznictwa, w żaden sposób nie odnosząc się natomiast do okoliczności sprawy. W zarzutach odnosi się zresztą do konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, co jest przesłanką, ale zupełnie innego trybu niż negocjacje bez ogłoszenia. Słusznie jednak, podsumowując poglądy doktryny i orzecznictwa podkreśla, że niemożność przewidzenia określonego zdarzenia zasadniczo ocenia się jako nikłe prawdopodobieństwo wystąpienia konkretnej sytuacji. Zgodnie z orzeczeniem KIO 1808/20, które dotyczy art. 62 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp 2004 nie można utożsamiać wyjątkowej sytuacji ze zdarzeniami, których wystąpienie jest nieprawdopodobne lub wręcz niemożliwe, lecz z takimi, które strony działając zgodnie z przyjętym miernikiem staranności w obrocie, nie mogą zakładać i nie mogą planować. Tak bowiem było w omawianym przypadku. Zamawiający zdawał sobie sprawę, że każde postępowanie może zostać unieważnione, chociaż biorąc pod uwagę obecną elastyczność procedur zdarza się to niezmiernie rzadko. W prowadzonym postępowaniu nie wystąpiły jednak żadne sygnały wskazujące na takie prawdopodobieństwo. Dialog konkurencyjny to tryb, w którym wykonawcy mają bardzo szerokie możliwości wyjaśnienia wszelkich wątpliwości i tym samym złożenia prawidłowych ofert. To tryb, w którym Zamawiający spotyka się z wykonawcami i wręcz uzgadnia z nimi istotne elementy zamówienia (oferty). Trudno jest więc zakładać konieczność unieważnienia z powodu złożenia nieodpowiednich ofert. W dialogu do końca uczestniczyło pięciu wykonawców, trudno więc było nawet przypuszczać, że żaden nie złoży odpowiedniej oferty. Tym bardziej, że już w dniu 15 września (a więc na długo przed doręczeniem siwz) wykonawcy otrzymali projekt wymagań w zakresie oceny doświadczenia ekspertów i była tam informacja o odrzuceniu oferty w przypadku niespełniania przez nich minimalnych wymagań. Dostali więc już wtedy informację o tym, co w listopadzie stało się przyczyną odrzucenia ofert i unieważnienia postępowania. W dodatku oczekiwania zamawiającego co do kwalifikacji ekspertów nie były przez wykonawców kwestionowane. Nie można więc przyjąć, iż Zamawiający powinien przewidzieć końcowy efekt postępowania. W tym konkretnym przypadku konieczność unieważnienia należy więc uznać za absolutnie wyjątkową sytuację, niemożliwą do przewidzenia. Na jej nieprzewidywalność zwraca też uwagę opinia dowód nr 2. Podkreśla się w niej, że celem postępowania jest udzielenie zamówienia, a nie jego unieważnienie. Dlatego nie jest naturalną rzeczą przewidywanie konieczności unieważnienia.

13. Zamawiający prowadząc postępowanie nie musiał podejmować radykalnych działań w celu jego szybkiego zakończenia. Wspomniana uchwała nr 156 Rady Ministrów, która wskazała koniec 2023 r. jako zakończenie realizacji pierwszego etapu powstawania portu lotniczego, opublikowana została 28 października 2020 r., a więc na kilka dni przed złożeniem ofert w postępowaniu. Dopiero po tym terminie Zamawiający mógł sporządzić realny harmonogram przebiegu pierwszego etapu realizacji CPK. Na bazie właśnie takiego harmonogramu, po unieważnieniu postępowania, określona została data 18 marca 2021 r. jako graniczny termin udzielenia zamówienia na Konsultanta ds. Master Planu.

Ad. 1d (niemożliwość zachowania terminów dla trzech trybów konkurencyjnych)

14. Biorąc pod uwagę planowany na 18 marca 2021 r. termin podpisania umowy, postępowanie o udzielenie zamówienia musiałyby zakończyć się najpóźniej do końca lutego. To wyklucza możliwość zastosowania trybów przetargu ograniczonego czy negocjacji z ogłoszeniem jako trybów dwu- i czteroetapowych. Pozostaje co najwyżej tryb przetargu nieograniczonego. Biorąc pod uwagę specjalistyczny przedmiot zamówienia, wymagania stawiane wykonawcom i

restrykcyjne warunki realizacji zamówienia trudno wyobrazić sobie, aby udzielenie zamówienia mogło nastąpić w tym właśnie trybie, uniemożliwiającym negocjacje z wykonawcami. Odwołujący porównując w odwołaniu terminy dla trybów przetargu i negocjacji bez ogłoszenia błędnie zakłada, iż w przetargu uczestniczyliby tylko ci wykonawcy, którzy doskonale już znają przedmiot i warunki zamówienia. Zamawiający ogłaszając przetarg nieograniczony musiałby, zgodnie z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, zapewnić wszystkim wykonawcom możliwość ubiegania się o zamówienie (już do ogłoszonego w marcu 2020 r. dialogu zgłosiło się przecież dziesięciu). A to oznaczałoby chociażby konieczność udzielania wyjaśnień do siwz i przewidzenia stosunkowo długiego terminu na składanie ofert. Trudno też zakładać, biorąc pod uwagę doświadczenia z dialogu, iż czas na uzupełnianie i wyjaśnianie treści złożonych ofert oraz składanych jednocześnie wraz z nią dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, byłby krótszy niż 2 miesiące. Stąd przeprowadzenie w takiej sytuacji otwartej procedury, jaką jest przetarg nieograniczony, nie jest absolutnie możliwe a porównanie czasu trwania procedur, zastosowane przez Odwołującego, oderwane jest całkowicie od przedmiotu i warunków zamówienia.

15. Odnosząc się do tego porównania należy podkreślić, iż błędne jest też samo założenie możliwości wszczęcia postępowania w obydwu trybach w tym samym dniu. Poprzednie postępowanie prowadzone było w trybie dialogu konkurencyjnego, co oznacza, iż przygotowana w nim siwz jest w znacznym stopniu odmienna od takiego dokumentu tworzonego na potrzeby przetargu nieograniczonego. Jej dostosowanie do innego trybu, wraz z koniecznością dostosowania do nowych przepisów, nie było możliwe na dzień 8 stycznia 2021 r., w którym przesłano zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia. W tym trybie swz przekazuje się dopiero na etapie zapraszania do złożenia oferty, po odbyciu negocjacji, zaś w przetargu musiałaby zostać opublikowana wraz z ogłoszeniem.

16. Pobieżna tylko analiza porównania użytego w odwołaniu wskazuje na pozbawione jakichkolwiek podstaw i oderwane od praktyki wyliczenia. Jak wynika ze sprawozdania Prezesa UZP średni czas trwania przetargu nieograniczonego o wartości powyżej progów unijnych za rok 2018 wynosi 95 dni (w roku 2017 - 93 dni). Odwołujący wyliczył czas trwania postępowania na 20 do 50 dni. Podkreślić należy, że skrócenie terminu z powodu pilności (niezależnie od tego, że w przedmiotowym przypadku całkowicie nierealne) o 15 dni niewiele w tych wyliczeniach zmienia. Ponadto za niewiele warte należy uznać wyliczenia, które mieszczą się w przedziale 20 do 50, bo taki rozrzut czasowy pokazuje na całkowitą przypadkowość podanych liczb. Można oczywiście tłumaczyć, że jest to idealny model matematyczny czasu trwania postępowania, tylko że w praktyce takie modele się nie zdarzają. A biorąc pod uwagę przedmiot i warunki udzielanego zamówienia (w tym m. in. udział w zdecydowanej większości wykonawców zagranicznych tworzących konsorcja i posługiwanie się potencjałem podmiotów trzecich), taki model matematyczny nie ma prawa zaistnieć.

17. Należy też zwrócić uwagę na zastosowaną w wyliczeniach przez Odwołującego przesłankę pilności jako podstawy do skrócenia terminu składania ofert. Jest taka sama, jak w zastosowanym przez Zamawiającego trybie negocjacji bez ogłoszenia. Skoro Odwołujący uważa, że można tę przesłankę użyć, to sam przyznaje, że jego odwołanie jest bezzasadne. A jeżeli ją kwestionuje, to dla obliczeń czasu trwania przetargu nie powinien jej stosować. W trybie negocjacji bez ogłoszenia, w którym krąg wykonawców jest ograniczony do podmiotów znających przedmiot i warunki, zastosowanie przesłanki pilności jest możliwe. Natomiast w przetargu nieograniczonym zastosowanie przesłanki byłoby niedopuszczalne, naruszałoby zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

III. Stanowisko Zamawiającego w zakresie podstawy z art. 386 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp 2019

Analiza odwołania wskazuje, że zarzut ten opiera się na następujących dwóch argumentach: unieważnione postępowanie nie było prowadzone w trybie przetargu, oferty nie zostały odrzucone z uwagi na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, ale (rzekomym) niepełnieniem wymagań formalnych związanych z wykazaniem doświadczenia personelu przedstawianego przez wykonawców na potrzeby kryterium oceny ofert (niewykazanie spełnienia „wymagań minimalnych”).

Na uwagę zasługuje, że w okresie vacatio legis treść art. 386 ustawy Pzp 2019 uległa zmianie na podstawie art. 2 pkt 74 Nowelizacji Pzp. Pierwotne brzmienie art. 386 było następujące:

„Do negocjacji bez ogłoszenia stosuje się przepisy art. 208-212.”

Regulacja stosowania negocjacji bez ogłoszenia do zamówień sektorowych odsyłała zatem pierwotnie, także w zakresie określenia przesłanek dopuszczalności stosowania tego trybu, do przepisów dotyczących zamówień klasycznych. Do kwestii tej odnosił się art. 209 w zw. z art. 386 ustawy Pzp 2019. Dla sprawy znaczenie ma treść art. 209 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp 2019.

Nowelizacja Pzp wprowadziła zmianę przesłanki stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia do udzielania zamówień sektorowych polegającą na rozszerzeniu katalogu trybów, w których zakończenie postępowania niepowodzeniem uprawnia do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Katalog ten rozszerzony został m.in. o tryb dialogu konkurencyjnego.

Ustawodawca przewidział przepis przejściowy odnoszący się do sytuacji, w której unieważniono postępowanie, w którym wszystkie oferty zostały odrzucone.

Przepis przejściowy określa zatem katalog trybów, w których przesłanki stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia są w Dyrektywie klasycznej 2014/24. Jednakże należy zauważyć, że w Dyrektywie sektorowej 2014/25 przesłanki stosowania trybu bez ogłoszenia są inne.

Regulacje prawa europejskiego w zakresie stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia:

Zgodnie z treścią art. 32 ust. 2 lit. a Dyrektywy klasycznej 2014/24:

„Procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji można stosować do zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w każdym z następujących przypadków:

a) jeżeli w odpowiedzi na procedurę otwartą lub procedurę ograniczoną nie złożono żadnej oferty bądź żadnej odpowiedniej oferty lub żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału bądź żadnego odpowiedniego wniosku o dopuszczenie do udziału, pod warunkiem że pierwotne warunki zamówienia nie ulegają zasadniczym zmianom oraz pod

warunkiem że odpowiednie sprawozdanie zostanie przesłane Komisji, jeśli tego zażąda."

Natomiast zgodnie z treścią art. 50 Dyrektywy sektorowej 2014/25:

„Podmioty zamawiające mogą stosować procedurę negocjacyjną bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie w następujących przypadkach:

a) jeżeli w odpowiedzi na procedurę z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie nie złożono żadnej oferty bądź żadnej odpowiedniej oferty lub żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału bądź żadnego odpowiedniego wniosku o dopuszczenie do udziału, o ile pierwotne warunki zamówienia nie ulegają zasadniczym zmianom."

Czym jest zaproszenie do ubiegania się o zamówienie wyjaśnia art. 44 ust. 4 Dyrektywy 2014/25: „Zaproszenia do ubiegania się o zamówienie można dokonać w jeden z następujących sposobów:

a) za pomocą okresowego ogłoszenia informacyjnego zgodnie z art. 67, jeżeli zamówienia udziela się w drodze procedury ograniczonej lub procedury negocjacyjnej;

b) za pomocą ogłoszenia o istnieniu systemu kwalifikowania zgodnie z art. 68, jeżeli zamówienia udziela się w drodze procedury ograniczonej, procedury negocjacyjnej, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego;

c) za pomocą ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z art. 69. "

Regulacja dialogu konkurencyjnego wymaga przekazania zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, w związku z czym procedura ta mieści się w zakresie pojęcia procedura z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie. Dyrektywa sektorowa 2014/25 dopuszcza zatem stosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia również wówczas, gdy do niezłożenia ofert albo złożenia ofert nieodpowiednich doszło w trybie m.in. dialogu konkurencyjnego.

Odnosnie zarzutu z odwołania wskazującego, że dialog konkurencyjny nie został wymieniony w art. 91 ust. 4 pkt 2 Ustawy Wprowadzającej lit. a), należy zapytać, czy pomimo tego, że przepis przejściowy art. 91 ust. 4 pkt 2 nie przewiduje wprost możliwości prowadzenia negocjacji bez ogłoszenia po unieważnieniu dialogu konkurencyjnego, możliwe i uprawnione było wszczęcie negocjacji. Było to uprawnione i przemawiają za tym następujące argumenty.

Wykładnia zgodna z przepisami prawa europejskiego oraz celem nowelizacji ustawy Pzp 2019

Ponieważ polskie przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych stanowią implementację unijnych dyrektyw zamówieniowych i mają dążyć do uzyskania rezultatów określonych w tych dyrektywach, badanie celów przepisów ustawy PZP 2019 oraz Ustawy Wprowadzającej musi uwzględniać analizę regulacji unijnych.

Jak wskazano powyżej Dyrektywa sektorowa 2014/25 dopuszcza stosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia, gdy do niezłożenia ofert albo złożenia ofert nieodpowiednich doszło w trybie m.in. dialogu konkurencyjnego.

W zmianie treści art. 386 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp 2019 wyraża się aprobatą ustawodawcy dla szerszej dopuszczalności stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, tj. w granicach dopuszczonych przez Dyrektywę 2014/25. Celem Nowelizacji zaś było pełniejsze uwzględnienie możliwości, jakie daje Dyrektywa 2014/25 w zakresie stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Innymi słowy, zmiana art. 386, dokonana na mocy Nowelizacji, stanowi wykorzystanie możliwości przewidzianej przez prawodawcę europejskiego szerszego określenia stosowania przesłanek negocjacji bez ogłoszenia. Należy zatem uznać, że ustawodawca, w ślad za prawodawcą unijnym, aprobeuje taki stan rzeczy, w którym możliwe jest udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli niepowodzeniem zakończyło się postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego.

Mając na uwadze powyższe nie ma żadnego uzasadnienia dla rozwiązania, by w okresie przejściowym (po wejściu w życie ustawy Pzp 2019) nie można było rozpocząć negocjacji bez ogłoszenia po unieważnieniu dialogu konkurencyjnego (siłą rzeczy toczącego się w oparciu o przepisy ustawy Pzp 2004). Jest to bowiem możliwe zgodnie z nowym brzmieniem art. 386 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp 2019 oraz przepisami Dyrektywy 2014/24.

Art. 91 ust. 4 i ust. 5 Ustawy Wprowadzającej odnosi się wyłącznie do zamówień klasycznych. Przyjęcie, że miałby on regulować również zamówienia sektorowe prowadziłoby do sprzeczności z Dyrektywą 2014/25/UE. W konsekwencji konieczna jest jego prounijna wykładnia, uwzględniająca cele i aksjologię krajowego ustawodawcy wdrażającego prawo unijne. Prowadzi to do uznania, że dla zamówień sektorowych procedura negocjacji bez ogłoszenia powinna być dostępna na tych samych zasadach, jakie wynikają z art. 50 lit. a) Dyrektywy 2014/25/UE i art. 386 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp 2019.

Pełna argumentacja zawarta jest w posiadanej przez Zamawiającego opinii prawnej.

Wykładnia systemowa uwzględniająca postulat szybkiego działania nowych przepisów jest wartością, która przemawia za szerokim interpretowaniem rozważanych przepisów, jest dążenie do szybkiego zapewnienia działania prawa nowego, które z zasady uznaje się za lepsze od prawa uchylanego. Skoro bowiem pod rządami ustawy Pzp 2019 można, w przypadku niepowodzenia postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego, przeprowadzić postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, to dlaczego nie umożliwić takiego samego działania w sytuacjach, w których niepowodzeniem zakończył się dialog konkurencyjny pod rządami ustawy Pzp 2004, tym bardziej, że obydwie ustawy wdrażają te same regulacje unijne. Literalna treść przepisów przejściowych prowadzi do tego, że trzeba czekać wiele miesięcy na możliwość skorzystania z tej przesłanki stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia (tj. aż zostaną przeprowadzone postępowania w całości pod rządami ustawy Pzp 2019). Taka sytuacja jest nie do pogodzenia z postulatem szybkości działania nowego prawa, co potwierdza przypuszczenie o niedopatrzaniu legislacyjnym, do którego doszło na etapie nowelizowania art. 386 ustawy Pzp 2019.

Wnioskowanie typu analogia iuris prowadzi do uznania za dopuszczalne zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia w rozważanej sytuacji. Wnioskowanie takie można scharakteryzować następująco: „Jeśli na podstawie szeregu obowiązujących przepisów wyinterpretować można normy N1, N2, N3, ... Nn takie, które można uznać za uzasadnione aksjologicznie przez ocenę (zespół ocen) O, to należy uznać za obowiązujące w tym systemie również normę Nr, która wprowadzi nie została sformułowana w obowiązujących przepisach, ale ma takie samo, jak poprzednie, uzasadnienie aksjologiczne." Ziemiński /.../ Zarys teorii państwa i prawa, wwa 1992)

Dopuszczenie zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia w przypadku niepowodzenia postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie dialogu konkurencyjnego dla zamówień sektorowych znajduje uzasadnienie w takich samych wartościach, jak w przypadku przetargu ograniczonego i przetargu nieograniczonego. Dopuszczenie zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia w przypadku niepowodzenia postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie dialogu znajduje uzasadnienie w takich samych wartościach niezależnie od tego, czy dialog toczył się w oparciu o przepisy nowej czy starej ustawy Pzp.

Przedstawiona interpretacja nie jest sprzeczna z zasadą, że wyjątki (podstawy stosowania trybów zamkniętych) nie może być interpretowane rozszerzająco.

Przepis przejściowy (art. 91 ust. 4 pkt 2) reguluje w taki sam sposób stosowanie rozważanej przesłanki w odniesieniu do zamówień sektorowych i zamówień klasycznych w sytuacji, gdy w odniesieniu do zamówień sektorowych mógłby być sformułowany szerzej, co nie odzwierciedla regulacji Dyrektywy sektorowej 2014/24, ani regulacji ustawy Pzp 2019 po nowelizacji (tj. przepisów materialnych, które obowiązywały w chwili wszczęcia niniejszego postępowania) i jest sprzeczne z postulatem szybkiego działania nowego prawa. Powyżej przedstawione argumenty dotyczą oceny i wykładni przepisów przejściowych.

5. Odnośnie zarzutu z odwołania dotyczącego odrzucenia ofert z uwagi na niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący twierdzi, iż oferty zostały odrzucone z uwagi na niespełnienie wymagań formalnych związanych z wykazaniem doświadczenia personelu przedstawianego przez wykonawców na potrzeby kryterium oceny ofert. Twierdzenie Odwołującego jest błędne. Na marginesie należy zauważyć, że ocena oferty odwołującego była przedmiotem postępowania odwoławczego i Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzuty Odwołującego (KIO 3190/20). Gdyby doszło do odrzucenia oferty ze względu na kryteria oceny ofert, to odwołanie to zostałoby uwzględnione. W ocenie Zamawiającego przyczyną odrzucenia ofert była niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia rozumianym jako zbiór wymagań opisujących charakterystykę nabywanych usług. Uprzednio prowadzone postępowanie 48/20/LSP/1/PZP/35 w trybie dialogu konkurencyjnego zostało unieważnione z uwagi na odrzucenie wszystkich ofert. Prawdopodobnie tej decyzji potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 28 grudnia 2020 r. Podstawą odrzucenia każdej oferty było m.in. nie spełnienie wymagań minimalnych, merytorycznych w zakresie personelu kluczowego, tj. osób które miały świadczyć usługi będące przedmiotem zamówienia. Wymagania te zostały zamieszczone w załączniku o nazwie Opis przedmiotu zamówienia oraz uszczegółowione w rozdziale XVIII SIWZ, należy więc uznać, że wystąpiła niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Należy bowiem zauważyć, że wymagania minimalne określały sposób świadczenia usługi - sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Wymagania te nie stanowiły warunków formalnych, ani warunków udziału w postępowaniu. Wymagania minimalne co do ekspertów kluczowych nie stanowiły tylko kryterium oceny oferty, ale „wymóg brzegowy”, umożliwiający - po jego spełnieniu - ocenę oferty w ramach kryterium Zespół.

Należy zauważyć, że podstawą prawną odrzucenia był art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP 2004.

Przez opis przedmiotu zamówienia należy rozumieć różne wymagania odnoszące się do nabywanej usługi. Wymaganiami tymi może być np. termin świadczenia, czy sposób świadczenia, w szczególności sposób realizacji usług, w tym obowiązek ich realizacji przez osoby posiadające określone kompetencje, a nawet przez konkretne osoby. Potwierdzeniem tego jest art. 99 ust. 2 ustawy PZP 2019: „Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych.”. Brak spełnienia minimalnych wymagań przez ekspertów, którzy mieli realizować umowę, z pewnością nie jest formalną przyczyną odrzucenia oferty. Nie sposób też zakwalifikować tej sytuacji inaczej, niż niezgodność z opisem przedmiotu świadczenia wymogiem świadczenia usług przez skonkretyzowanych ekspertów spełniających minimalne wymagania. Wykonawca zaoferował świadczenie inne niż to, którego oczekiwał Zamawiający (Zamawiający oczekiwał świadczenia usług przez zespół o ściśle określonym doświadczeniu, a zaoferowano świadczenie usług przez zespół o mniejszym doświadczeniu) i dlatego jego oferta została odrzucona.

6) Podstawą odrzucenia każdej oferty było m.in. nie spełnienie wymagań minimalnych, merytorycznych w zakresie personelu kluczowego

6. Powyższą ocenę Zamawiającego, w zakresie podstawy odrzucenia ofert w unieważnionym dialogu konkurencyjnym, potwierdzają dodatkowo przepisy Dyrektywy 2014/25.

W świetle art. 50 lit. a) Dyrektywy 2014/25 procedurę negocjacyjną bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie można stosować w sytuacji, gdy w poprzednio prowadzonym postępowaniu nie złożono żadnej oferty bądź żadnej odpowiedniej oferty. Prawodawca europejski wyjaśnia, co rozumie przez nieodpowiednią ofertę:

„Ofertę uznaje się za nieodpowiednią, jeżeli nie ma ona żadnego związku z zamówieniem, ponieważ wyrażnie nie jest w stanie, bez istotnych zmian, zaspokoić potrzeb i spełnić wymogów podmiotu zamawiającego określonych w dokumentach zamówienia.”

Unijna definicja nieodpowiedniej oferty koncentruje się wokół potrzeb zamawiającego. Oferty powinny zostać uznane za nieodpowiednie w rozumieniu art. 32 ust. 2 lit. a Dyrektywy 2014/24 tylko wtedy, gdy ich niezgodność z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia prowadzi do niespełnienia określonych w dokumentach zamówienia wymagań co do przedmiotu zamówienia w szczególności jego funkcjonalności albo działania. Innymi słowy można powiedzieć, że oferta jest nieodpowiednia, gdy „oferta nie może pokryć potrzeb danej jednostki”.

Nie każda zatem niezgodność oferty z dokumentami zamówienia może zostać uznana za nieodpowiedniość oferty w rozumieniu rozważanego przepisu. W szczególności za przejaw nieprawidłowości oferty może być uznane takie niespełnienie przez ofertę wymagań określonych w dokumentacji zamówienia, które skutkuje brakiem możliwości zgodnej z prawem realizacji projektu (np. brakiem możliwości zgodnego z prawem uruchomienia i eksploatacji elektrociepłowni, której budowa stanowiła przedmiot zamówienia ze względu na niespełnienie wymagań środowiskowych).

Należy zatem rozróżnić ofertę „nieodpowiednią” oraz ofertę niespełniającą wymogów formalnych, lecz zasadniczo zgodną z przedmiotem zamówienia. Różnica pomiędzy tymi dwoma kategoriami ofert jest istotna. „Pojęcie oferty «nieodpowiedniej» odnosi się do zgodności oferty z określonymi przez instytucję zamawiającą specyfikacjami technicznymi, a drugie do braku formalnej podstawy uczestnictwa w przetargu.”⁸ Przykładowo - oferta zawierająca

oferty wariantowe niedopuszczalne w świetle art. 45 Dyrektywy 2014/24 nie będzie stanowiła oferty nieodpowiedniej w rozumieniu art. 32 ust. 2 lit. a tej dyrektywy.

Kierując się regułami interpretacyjnymi, a także wskazówkami wynikającymi z orzecznictwa europejskiego należało dojść do wniosku, że niewystarczające jest odrzucenie ofert ze względu na jakąkolwiek niezgodność z dokumentacją. Z przepisu wynika bowiem, że chodzi o ofertę istotnie i wyraźnie niespełniającą wymogów zamawiającego i nie mogącą zaspokoić jego potrzeb, co prowadzi do skutku, że oferta taka jest oceniana jako niemająca związku z zamówieniem. W literaturze podnosi się, że jeżeli oferta jest na tyle niezgodna z dokumentami zamówienia, że uzasadnione jest uznanie takiej oferty za nieodpowiednią w rozumieniu m.in. art. 50 lit. a Dyrektywy 2014/25, można ją uznawać jednocześnie za ofertę nieprawidłową w rozumieniu art. 26 ust. 4 lit. b Dyrektywy 2014/25. 11

W stanie faktycznym będącym przedmiotem sprawy oferty złożone w unieważnionym postępowaniu należy uznać za oferty nieodpowiednie w rozumieniu art. 50 lit. a) Dyrektywy 2014/25. W szczególności rozbieżności pomiędzy doświadczeniem ekspertów wykazanim przez wykonawców, którzy złożyli oferty, a wymaganiami minimalnymi określonymi w SIWZ były istotne (co potwierdziło orzeczenie KIO) i oferty te wymagały zasadniczych zmian, aby mogły zostać uznane za realnie odpowiadające potrzebom Zamawiającego.

Reasumując tę część wyводу należy stwierdzić, że analiza przyczyn odrzucenia ofert na gruncie Dyrektywy sektorowej 2014/25 w pełni potwierdza, że odrzucone oferty miały charakter ofert nieodpowiednich i w konsekwencji zasadność zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. W związku z powyższym wnioś o oddalenie odwołania.

Strony postępowania przedstawiły stanowiska na rozprawie.

Odwolujący wskazał, że pojęcie pilnej potrzeby opisane jest w piśmiennictwie i nie budzi wątpliwości. Pilna potrzeba musi mieć wbrew ocenie zamawiającego charakter obiektywny, co zresztą potwierdza opinia M. S. . Stwierdził, że inwestycja nie jest podejmowana w celu zaspokojenia potrzeb społecznych, jak np. szpital, lecz ma charakter komercyjny, a przedmiot działania portu komunikacyjnego nie jest niezbędny przy działających obecnie podmiotach tej branży. Zamawiający nie wskazał na powstanie pilności potrzeby w trakcie prowadzenia dialogu konkurencyjnego i nie zostało wykazane, jaka okoliczność spowodowała ocenę, że zachodzi pilna potrzeba realizacji. W rzeczywistości unieważnienie można ocenić, jako przewidywalny naturalny wynik postępowania. Nadal nie wyłoniono wykonawców do infrastruktury kolejowej. Powyższe nie dowodzi pilności. Terminy w tym 18.03. wskazane w odpowiedzi są hipotetycznie i niewiążące. Mogą ulec aktualizacji. Dotyczy to także treści uchwały RM 156. Wskazał przykład ze str. 6 i 22 tej uchwały. Zauważył, że zamawiający znacząco poszerza pojęcie pilnej potrzeby przyznając sobie prawo do zastosowania kwestionowanego trybu. Zauważył, że COVID-19 nie miał szczególnego wpływu na przebieg ubiegłorocznego postępowania, które prowadzono drogą elektroniczną. Wskazał, że terminy i etapy prac podane są w SIWZ (str. 30). Także w załączniku do umowy zawarto Harmonogram Rzeczowy określony w miesiącach począwszy od daty zawarcia umowy. Tym samym Zamawiający nie wykazał, iż zaistniała pilna przesłanka udzielenia zamówienia.

W zakresie drugiego zarzutu wskazał na argumentację w odwołaniu (str. 12 i n.). Przypomniał definicję ustawowe poszczególnych trybów, art. 7 pkt 33 – 37. Zakwestionował opinię DPZ dotyczącą możliwości wszczęcia postępowania sporządzoną 10.02.2021 r. jako odnoszącą się do ustawodawstw europejskich. Przypomniał, że istotą sporu jest zastosowanie przepisów przejściowych. Podkreślił celowość pełnienia funkcji konsultanta Master Plan. Zamierza pełnić tę funkcję i w tym celu zastosował przysługujące środki ochrony prawnej. Wskazał na treść wzoru umowy, gdzie przedstawiono możliwość zmiany terminów poszczególnych prac w trybie przewidzianych dla konsultanta, § 7 ust. 4 oraz § 19 ust. 9.5. Wskazał, że dyrektywa sektorowa i klasyczna nie dają możliwości zastosowania w sposób wskazany przez zamawiającego. Podkreślił pierwszeństwo wykładni literalnej przepisów ustawy.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący kwestionuje cel inwestycji, funkcję konsultanta Master Planem, co stanowi przedmiot zamówienia oraz założone terminy realizacji. Podkreślił znaczenie tej funkcji na obecnym etapie prac przygotowawczych. Zauważył, że odwołujący został zaproszony do negocjacji. Wniósł o uwzględnienie przedstawionych dowodów wraz ze wskazanymi opiniami załączonymi do odpowiedzi na odwołanie. Wskazał na przedstawione uzasadnienie zasadności wyboru trybu. Zauważył, że pojęcie pilnej potrzeby, o której mowa w art. 209 pzp należy odnosić do konkretnej sytuacji (okoliczności). Przypomniał przebieg postępowania wszczętego w 17.03.2020 r. wskazując na prawidłowość swojego działania. Zauważył, że postępowanie prowadzono z minimalnym prawdopodobieństwem otrzymania wadliwych ofert. Z przyczyn leżących również po stronie wykonawców doszło do unieważnienia postępowania. Zauważył, że uchwała RM dot. inwestycji podjęta w październiku 2020 r., ogłoszona 18 listopada 2020r. ze wskazaniem terminu rozpoczęcia umowy w 2023 r. wskazywała na potrzebę sporządzenia harmonogramu prac wstecznego opracowanego w grudniu 2020 r. Wskazał na 18 marca 2021 r. jako początek prac konsultanta Master Plan. Wskazuje na dokumenty harmonogramu. Podkreślił, że unieważnienie postępowania prowadzonego w trybie dialogu z udziałem 10 wykonawców było w przedstawionych okolicznościach nie do przewidzenia. Zauważył, że symulacja Odwołującego dotycząca terminów postępowań w 2 trybach jest wadliwa.

Odnosnie drugiej przesłanki zastosowania trybu przypomniał, że dyrektywy oraz nowy art. 386 ustawy pzp pozwalają na zastosowanie przyjętego trybu w zaistniałych okolicznościach. Wskazał na zasadność zastosowania w tym zakresie wykładni funkcjonalnej przepisu przywołując złożoną opinię p. H. . Przedstawił pokrótce historię CPK i znaczenia Master Planów w etapie przygotowawczym, a przed realizacyjnym oraz potrzeby pilnego wyłonienia konsultanta niezbędnego do prowadzenia prac przed kolejnymi etapami.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie z uwzględnieniem materiału dowodowego w sprawie, na który składa się w szczególności dokumentacja prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz do protokołu, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba uznała, że odwołujący wykazał ziszczenie się przesłanki wniesienia odwołania, o której stanowi art. 505 ust. 1 ustawy pzp, jaką jest interes w uzyskaniu zamówienia i ryzyko poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Żądanie przez odwołującego nakazania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia tylko pozornie może budzić wątpliwość co do zamiaru uzyskania zamówienia przez ten podmiot. Odwołujący zasadnie wskazał, że w jego interesie leży, by postępowanie prowadzone przez zamawiającego nie było obarczone wadą, a jego wynikiem była możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy stron.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów Izba uznała, że podlega ono uwzględnieniu wobec stwierdzenia wady postępowania polegającej na braku przesłanek do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia dokonanego dnia 8 stycznia 2021 r., stanowiącego zaproszenie wykonawców na

podstawie art. 210 ust. 1 ustawy pzp.

Jak wynika z protokołu postępowania zamawiający uzasadniając powody zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia wskazał jako podstawę prawną art. 386 ust. 2 pkt 2 oraz art. 209 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 386 ust. 2 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

W zakresie wskazanej podstawy określonej w art. 209 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 386 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający potwierdził i rozwinął w toku postępowania odwoławczego uzasadnienie zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia wskazując na łączne spełnienie czterech niezbędnych ku temu przesłanek, którymi są:

- a. wystąpienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia
- b. brak przyczynienia się zamawiającego do powstania tej pilnej potrzeby
- c. brak możliwości przewidzenia pilnej potrzeby
- d. niemożliwość zachowania terminów przewidzianych dla trzech trybów konkurencyjnych.

Konsekwentnie podtrzymane uzasadnienie zawarte w protokole postępowania poszerzone o uzasadnienie pilności udzielenia zamówienia, częściowo zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający uzupełnił złożoną wraz z odpowiedzią na odwołanie opinią prawną z dnia 8 lutego 2021 r. autorstwa radcy prawnego M. S. .

Stan faktyczny sprawy, w tym przebieg prowadzonego przez zamawiającego w roku 2020 postępowania o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego na usługi konsultanta wsparcia technicznego ds. Master Planu CPK co ma oczywisty związek z rozpatrywaną sprawą, przytoczony w stanowiskach stron, jest niesporny i nie wymaga przypomnienia. Unieważnienie tego postępowania było bezpośrednim powodem, dla którego zamawiający wszczął postępowanie będąc przedmiotem rozpatrzenia.

W ocenie składu orzekającego zamawiający nie wykazał, że wystąpiła okoliczność wskazana w art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, której istotą jest wystąpienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia z nieprzewidywalnych przyczyn, nieleżących po stronie zamawiającego, a przy tym nie ma możliwości zachowania terminów przewidzianych w otwartym konkurencyjnym trybie ustawowym.

Można wstępnie założyć, że zamawiający prowadząc postępowanie wszczęte ogłoszeniem z 17 marca 2020 r. mógł z dużym prawdopodobieństwem przypuszczać, że zakończy się ono wyborem oferty najkorzystniejszej, a nie unieważnieniem tego postępowania, co pozwala na przyjęcie, że do zaistnienia tego nieoczekiwanego wyniku zamawiający się nie przyczynił i raczej nie miał podstaw tego zdarzenia przewidzieć.

Istotą jednakże sprawy jest ocena zaistnienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia wymienianej kilkakrotnie wśród przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. W sygnalizowanej wcześniej opinii prawnej zasadnie wskazano, że umowa na wybór Konsultanta ds. Master Planu wchodzi w zakres dużego przedsięwzięcia gospodarczego, jakim jest budowa portu lotniczego CPK wraz całą infrastrukturą towarzyszącą oraz skorelowanymi z tym projektem inwestycjami kolejowymi, a realizacja przedsięwzięcia wpisuje się w realizację ważnego interesu publicznego, uwarunkowanego właściwymi przepisami rangi ustawowej oraz rozporządzenia Rady Ministrów. Tym samym uznać należy, że bezspornie istnienie potrzeby zostało potwierdzone wolą zarówno ustawodawcy, jak i rządu polskiego, przez wydane akty prawne w postaci ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o Centralnym Porcie Komunikacyjnym (Dz. U. poz. 1089 ze zm.), jak i uchwały Nr 156 Rady Ministrów z dnia 28 października 2020 r. w sprawie ustanowienia programu wieloletniego - „Program inwestycyjny centralny Port Komunikacyjny. Etap I. 2020-2023” (M.P. poz. 1050). Omyłka w nazwie uchwały jako rozporządzenia i wskazaniu miejsca publikacji nie ma znaczenia dla istoty wniosku co do wykazania potrzeby, która może być uznana za zamiar realizacji celu tak publicznego, jak i społecznego o skali ogólnokrajowej.

Zamawiający w kolejnych dokumentach kilkakrotnie wskazał na konieczności dochowania terminu zlecenia prac Konsultantowi ds. Master Planu wskazanego datą 18 marca 2021 r. jako terminem wynikającym z opracowanego harmonogramu po podjęciu przez Radę Ministrów uchwały z 28 października 2020 r. Termin powyższy był jedyną okolicznością mającą czynić potrzebę pilną, z uwagi na zagrożenie terminu przewidzianego w harmonogramie dla I etapu (etapu wstępnego) inwestycji przewidzianej do realizacji w planie wieloletnim.

Należy wobec tego zauważyć, że same terminy w harmonogramie, zgodnie z uchwałą nr 156 RM, jakkolwiek ustalone jako podstawowe, mogą ulec zmianie, zważywszy na charakter postanowień będących założeniami sposobu realizacji prac w kolejnych etapach. Ewentualne zmiany przewidziano także w modelu finansowania programu.

Należy także stwierdzić, że termin, którego zachowanie miało zapewnić wszczęte postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, musiał ulec przesunięciu. Jak wynika z przedstawionych w toku postępowania odwoławczego dokumentów, w miejsce terminu 18 marca 2020 r. zamawiający wskazał, jako kolejny możliwy, termin 15 kwietnia 2021 r.

W ocenie składu orzekającego terminy dla tego etapu nie są wystarczającą podstawą do przyjęcia wniosku, iż zagrożone - w związku z unieważnieniem dialogu konkurencyjnego - jest osiągnięcie celu przedsięwzięcia gospodarczego, jakim jest budowa CPK. Pilność zamówienia powinna być odnoszona w szerszej perspektywie, jaka jest podyktowana tym, iż budowa CPK obecnie nie ma określonych, wiążących terminów, które można byłoby określić, jako zagrożone. Jakkolwiek można przyjąć, jako zasadne, ocenianie pilności w kontekście realizacji samego etapu I i przewidywanych do wykonania w jego zakresie innych umów już zawartych i powiązanych z przedmiotem zamówienia, to Zamawiający nie wykazał w sposób wystarczający, iż powiązania pomiędzy obowiązkami poszczególnych ekspertów powodują, iż nie jest możliwe przystąpienie do realizacji już zawartych umów, jak również, że zagrożony jest termin końcowy wyznaczony na rok 2023. Izba przychyliła do twierdzeń odwołującego opartych na opinii prawnej w tym zakresie, iż dla oceny spełnienia przesłanki należy "dokonać analizy, czy nawet przy zidentyfikowaniu określonej, pilnej potrzeby udzielenia zamówienia publicznego, której nie dało się obiektywnie przewidzieć, nie można zrealizować, prowadząc postępowanie w standardowej i konkurencyjnej procedurze udzielenia zamówienia publicznego". Ponieważ jednak pilność potrzeby

udzielenia zamówienia wynika wyłącznie z rozpoczęcia biegu terminu dla pierwszego etapu wyznaczonego w perspektywie 2020-2023, to nie można przyjąć, iż ryzyko naruszenia tego terminu nie było możliwe do przewidzenia. Doświadczenie życiowe wskazuje, iż czynione założenia dla inwestycji, których termin realizacji obejmuje szerszą perspektywę czasową, wymagają korekt na skutek różnych zdarzeń, jakie mogą wystąpić. W niniejszej sprawie unieważnienie dialogu konkurencyjnego stało się okolicznością, która miała obiektywnie czynić potrzebę udzielenia zamówienia pilną. W tym kontekście uzasadnione jest twierdzenie, że w zaistniałych okolicznościach, w szczególności wobec unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego brak było możliwości obiektywnego dotrzymania terminów uprzednio założonych na udzielenie zamówienia na wybór Konsultanta ds. Master Planu zarówno w procedurze konkurencyjnej, z publicznym ogłoszeniem o zamówieniu, także w najszybszym z trybów i procedur, tj. w przetargu nieograniczonego, jak i w procedurze negocjacji bez ogłoszenia.

Podzielając stanowisko, że przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia na jedno z kluczowych zadań związanych z rozpoczęciem inwestycji, czyli wsparcia technicznego w opracowaniu Master Planu dla CPK i jego znaczenia dla realizacji całej inwestycji należy zauważyć, że wybór wykonawcy przewidywany przez zamawiającego pierwotnie w lutym 2021 r., a najpóźniej do 18 marca 2021 r. nie był możliwy niezależnie od decyzji co do rodzaju trybu postępowania, w wyniku którego zamówienie zostanie udzielone. Ewentualne negatywne następstwa przesunięcia takich terminów nie zostały przy tym wykazane przekonująco wykazane, jako ograniczone do ogólnego stwierdzenia, że „powstaną konkretne straty finansowe, ale przede wszystkim ucierpi na tym terminowa realizacja całej inwestycji.”

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający stwierdził, że zamawiający nie wykazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego została wypełniona przesłanka ustawowa, o której mowa w art. 209 ust. 1 pkt 4 mająca zastosowanie na mocy art. 386 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp zezwalająca na udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Dokonawszy oceny dopuszczalności zastosowania przez zamawiającego dokonania wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 386 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp w związku z art. 91 ust. 4 pkt 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020) -tj. przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia sektorowego na powtórzone postępowanie dotyczące Usług Konsultanta wsparcia technicznego ds. opracowania Master Planu dla Centralnego Portu Komunikacyjnego sp. z o.o., skład orzekający stwierdza, że w sprawie rozpatrywanej nie było podstaw do wyboru wskazanego trybu postępowania.

Jak wynika z treści protokołu postępowania, jako jedną z podstaw wszczęcia i prowadzenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia wskazano art. 386 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp pozwalający na udzielenie zamówienia sektorowego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio m. in. w trybie dialogu konkurencyjnego nie zostały złożone żadne oferty, albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

W toku postępowania odwoławczego za niesporne uznano, że bezpośrednie zastosowanie przepisu art. 386 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp nie jest możliwe wobec faktu, że poprzednie postępowanie na ten sam przedmiot zamówienia było prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843).

W zaistniałym stanie faktycznym ma bowiem zastosowanie przepis art. 91 ust. 4 pkt 2 ustawy - Przepisy wprowadzające. Zgodnie z art. 91 ust. 4 pkt 2 tej ustawy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r. na podstawie ustawy pzp z 2004 r., w następstwie postępowań wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., na podstawie ustawy pzp z 2004 r., zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy uchylanej w art. 89, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Mając na względzie powyższe, na gruncie ocenianego stanu faktycznego nie jest możliwe prowadzenie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, gdyż postępowanie poprzednie nie było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, lecz dialogu konkurencyjnego, który nie został wymieniony w art. 91 ust. 4 pkt 2 Ustawy. Należy przy tym stwierdzić, że spód działania przepisu nie zostały, wbrew twierdzeniom zamawiającego, wyłączone zamówienia sektorowe.

Wskazany przepis o charakterze przejściowym jest w ocenie Izby precyzyjny, jednoznaczny i poza literalną, nie wymaga funkcjonalnej wykładni woli racjonalnego ustawodawcy. W wyjątkowo długim (od 11 września 2019 r. do 1 stycznia 2021 r.) *vacatio legis* przepis nie został zmieniony, co może być potwierdzeniem oceny w zdaniu poprzednim.

W konsekwencji dokonanych ustaleń stanu faktycznego i mających w sprawie zastosowanie przepisów prawa, orzeczono jak w sentencji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....
.....