

WYROK
z dnia 12 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Członkowie: Daniel Koniecz
Piotr Kozłowski
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach:

A. 27 stycznia 2016 r. przez wykonawcę: PZ Capital Sp. z o.o., ul. Żłota 59, 00-120 Warszawa;

B. 29 stycznia 2016 r. przez wykonawcę: Beskid Sp. z o.o., ul. Zagrody 24A, 33-350 Piwniczna-Zdrój

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 15, 00-564 Warszawa**

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu: Urzędowi do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 15, 00-564 Warszawa - unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w Rzeczypospolitej Polskiej, w zakresie zadań częściowych nr 8 i 10;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 15, 00-564 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: PZ Capital Sp. z o.o., ul. Żłota 59, 00-120 Warszawa i Beskid Sp. z o.o., ul. Zagrody 24A, 33-350 Piwniczna-Zdrój - tytułem wpisów od odwołań,

1

2.2. zasądza od zamawiającego: Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 15, 00-564 Warszawa na rzecz wykonawcy: PZ Capital Sp. z o.o., ul. Żłota 59, 00-120 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od zamawiającego: Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 15, 00-564 Warszawa na rzecz wykonawcy: Beskid Sp. z o.o., ul. Zagrody 24A, 33-350 Piwniczna-Zdrój kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd do Spraw Cudzoziemców z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi pn. *„Zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w Rzeczypospolitej Polskiej”*, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 października 2015 r. pod numerem 2015/S 208-378047 oraz zamieszczone w siedzibie zamawiającego na tablicy ogłoszeń w okresie 22.10-23.12.2015 r. i na stronie internetowej zamawiającego w okresie 22.10-30.11.2015 r.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zwana dalej „SIWZ”, została udostępniona na stronie internetowej zamawiającego od dnia 27.10.2015 r. do dnia 30.11.2015 r.

Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadań częściowych nr 8 i 10 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy wskazując, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć (pismo z dnia 19.01.2016 r.).

I. Wykonawcy: PZ Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Beskid Sp. z o.o. z siedzibą w Piwnicznej-Zdroju wniosli – w ustawowych terminach – odwołania od czynności i zaniechania zamawiającego, podnosząc jak niżej.

A Sygn. akt KIO 99/16

Odwolujący – PZ Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł odwołanie:

1. wskazując, że niezgodne z przepisami Pzp są czynności Zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania częściowego nr 10, z uwagi na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonywanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć oraz nieprzeprowadzeniu wizytacji w obiekcie;
2. zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp oraz Kodeksu cywilnego,

3

w szczególności:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przez błędne zastosowanie podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, w której nie doszło do spełnienia żadnej z przesłanek unieważnienia postępowania, bowiem wszelkie okoliczności zamówienia były znane Zamawiającemu przed wszczęciem postępowania, więc nie doszło do istotnej zmiany okoliczności, a także dalsze prowadzenie postępowania nie było sprzeczne z interesem publicznym,
- 2) art. 5, art. 58 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp przez naruszenie zasad współżycia społecznego oraz dobrych obyczajów w sytuacji, w której wszelkie okoliczności dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego były znane Zamawiającemu przed ogłoszeniem o zamówieniu, co nie stanowiło przeszkody do wszczęcia postępowania,
- 3) art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 i 14 Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i zasad obiektywizmu oraz naruszenie pkt III.2.3) 1.2 i 2) (s. 12 ogłoszenia) i pkt 3.7.2 SIWZ w zakresie, w jakim Zamawiający zamiast poinformowania władz samorządowych o udziale w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zgodnie z SIWZ), wymaga zgody władz lokalnych do udzielenia zamówienia;
3. wniósł o dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadka J.Cz. - na okoliczność informowania Burmistrza Olecka w listopadzie 2015 r. o zamiarze przeznaczenia obiektu w Olecku przy ul. Parkowej 11 na ośrodek dla uchodźców, o braku sprzeciwu ze strony Burmistrza Olecka oraz akceptacji dla lokalizacji ośrodka, a także wskazania

późniejszego, że wszystkie protesty organizowane są przez wąskie grono grup narodowych, gdzie większa część lokalnej społeczności odnosi się z aprobatą do zamiaru lokalizacji ośrodka;

4. wnioś o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania częściowego nr 10, a także nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności wizytacyjnych w oferowanym przez Odwołującego obiekcie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał (*numeracja punktów zgodna z przyjętą w uzasadnieniu odwołania*).

Stan faktyczny.

13. Odwołujący złożył ofertę na zadanie nr 10 w dniu 30 listopada 2015 r., jedyną ofertę złożoną na tę część postępowania, oferując obiekt położony w Olecku, przy ul. Parkowej 11. *Dowód: oferta Odwołującego.*

14. Zamawiający w dniu 11 grudnia 2015 r. unieważnił postępowanie w zakresie

4

zadań 1, 6 i 7, z uwagi na niezłożenie ofert niepodlegających odrzuceniu.

15. W dniu 21 grudnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia w zakresie: -poinformowania władz lokalnych o zamiarze przeznaczenia oferowanego obiektu na ośrodek dla cudzoziemców; -faktur na zakup i montaż drzwi antywłamaniowych; -dokumentu przeglądu/kontroli/inspekcji placu zabaw. *Dowód: pismo z dnia 21 grudnia 2015 r.*

16. Odwołujący złożył Zamawiającemu w dniu 24 grudnia 2015 r., w odpowiedzi na wezwanie, obszernie pismo wyjaśniające poparte dokumentami, wyraził też gotowość do udzielania dalszych wyjaśnień. *Dowód: pismo z dnia 24 grudnia 2015 r.*

17. W dniu 14 stycznia 2016 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu pismo potwierdzające gotowość do składania ewentualnych dalszych wyjaśnień co do zamówienia. *Dowód: pismo z dnia 14 stycznia 2016 r.*

18. W dniu 18 stycznia 2016 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie przez wybór najkorzystniejszej oferty na zadania częściowe nr 2, 3, 4, 5 i 9. *Dowód: pismo z dnia 18 stycznia 2016 r.*

19. W dniu 19 stycznia 2016 r. Zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie zadań częściowych 8 i 10 wskazując, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Obiekty z zadań częściowych 8 i 10 zlokalizowane były kolejno w Piwnicznej-Zdroju oraz w Olecku (obiekt z oferty Odwołującego). *Dowód: pismo z dnia 19 stycznia 2016 r.*

21. Uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania.

Zamawiający wskazał okoliczności faktyczne: -sprzeciw władz lokalnych (*„...w formie oficjalnych wystąpień pisemnych ze strony miejscowych władz”*); -sprzeciw społeczności lokalnej (*„...sprzeciw odbijający się szerokim echem w mediach TV, prasa, Internet...”*); -negatywny odbiór zjawiska uchodźstwa, komentarze dotyczące aktualnej sytuacji migracyjnej w Europie oraz decyzji dotyczącej udziału Polski w procesie relokacji i przesiedleń. Informacje z mediów, portali informacyjnych i społecznościowych prowadzące do nieprzychylnych postaw wobec, zarówno przyjmowania cudzoziemców w Polsce, jak i uruchamiania ośrodków dla cudzoziemców.

22. W uzasadnieniu prawnym unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Jako interes publiczny zasługujący na ochronę wskazał zagrożenie bezpieczeństwa dla przyszłych mieszkańców.

23. Zamawiający wskazał, że nie mógł przewidzieć wymienionych okoliczności faktycznych. W ocenie Odwołującego, jest zupełnie oczywiste, że Zamawiający nie tylko

5

mógł przewidzieć sprzeciw władz lokalnych i społeczności lokalnej, ale i był tego świadomy, o czym informowała Rzecznik Zamawiającego. Jako uzasadnienie prawne wskazał, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, gdyż może stanowić zagrożenie bezpieczeństwa dla przyszłych mieszkańców tychże ośrodków oraz powodować zakłócenie porządku publicznego. Jednoznacznie wskazał, że zagrożeni są cudzoziemcy a nie władze

lokalne lub społeczność lokalna.

24. Dodatkowo, Zamawiający wskazał, że: -jest zobligowany do zapewnienia szeroko pojętej pomocy socjalnej dla cudzoziemców ubiegających się o ochronę na terenie RP; -obiekty pozyskiwane na potrzeby prowadzenia w nich ośrodków dla cudzoziemców muszą spełnić szereg wymogów, ale przede wszystkim muszą zagwarantować atmosferę spokoju i bezpieczeństwa osobom w nich zamieszkującym przez cały okres trwania procedury; -do tej pory Zamawiający nie spotkał się z tak silnym sprzeciwem ze strony władz lokalnych oraz społeczności lokalnej.

25. Z uwagi na powyższe argumenty, Zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie zadań nr 8 i 10 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

26. Odnosnie stanu faktycznego Odwołujący wskazał. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakwaterowanie oraz wyżywienie osób ubiegających się o status uchodźcy w RP jest organizowane cyklicznie przez Urząd do Spraw Cudzoziemców od kilkunastu lat (wcześniej Urząd do spraw Repatriacji i Cudzoziemców, jeszcze wcześniej wyodrębniona jednostka MSWiA). Wymagania SIWZ z każdym postępowaniem są uszczegółowione i coraz bardziej rygorystyczne. Konsekwentnie podnoszony jest wymagany standard obiektów, postępuje też ich specjalizacja (oprócz wymagań czysto ograniczających się do zakwaterowania i wyżywienia, pojawia się więcej wymagań specjalistycznych – gabinety: lekarski, pielęgniarki, psychologa, przedszkole, plac zabaw, izolatka, świetlice, sale spotkań, biura z pomieszczeniami socjalnymi, sala modlitw). Sukcesywnie zwiększany jest standard obiektów (wi-fi, większa ilość sprzętu rtv, agd, instalacje dla ochrony). Zwiększają się co roku wymagania co do kadry (odpowiednie wykształcenie, znajomość języków, liczba osób z właściwymi uprawnieniami).

27. Przystąpienie do zamówienia publicznego na zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców wiąże się z: -dużymi kosztami przygotowania obiektu; -spełnieniem kilkudziesięciu formalnych i faktycznych wymagań; -przystosowaniem kilkunastu pomieszczeń funkcyjnych z wyposażeniem (gabinet lekarza, pielęgniarki, psychologa, przedszkole, plac zabaw, świetlice, pralnia, suszarnia, biura Zamawiającego, etc.); -wyłączenia obiektu z funkcjonowania na czas przygotowania do procedury (następnie uwzględnienia ograniczeń w gospodarowaniu obiektem, np. wypowiedzania umów najmu, uniemożliwienie przyjmowania rezerwacji, planowania wykorzystania obiektu);

6

-zabezpieczenia środków związanych z postępowaniem w wysokości 200.000,00 PLN; -wniesienia wadium w wysokości ok. 90.000,00 PLN.

28. Szacuje się zatem, że przystąpienie do procedury przetargowej wymaga od potencjalnego wykonawcy kapitału przekraczającego 600 000 PLN, bez wkładu nabycia obiektu (co niejednokrotnie jest inwestycją kilkunastomilionową).

29. Powyższe stanowi poważne bariery wejścia na rynek dla potencjalnych wykonawców, na co powinien być wrażliwy Zamawiający przy ogłoszeniu o zamówieniu.

30. Zamówienie publiczne na zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców prowadzone jest nie z myślą o zakwaterowaniu osób pokazywanych w mediach jako imigranci z Syrii, a osób, które od wielu lat szukają schronienia w Polsce i które są tolerowane przez społeczności lokalne (obywatele dawnego ZSRR, w ostatnim czasie Ukraińcy). Na co wskazuje też Zamawiający, ponad 50% potencjalnych cudzoziemców stanowią dzieci, które naturalnie nie budzą zagrożenia społeczności lokalnej.

31. Ogłoszenie o zamówieniu było poprzedzone kilkumiesięcznymi przygotowaniem Zamawiającego. Łączna kwota zamówienia przekraczała 105 000 000 PLN a wartość zamówienia z zamówieniem uzupełniającym wynosiła ok. 146 000 000 PLN. Zamawiający w piśmie z dnia 19 stycznia 2016 r., w którym stwierdza unieważnienie zamówienia w części zadań nr 8 i 10, powołuje się głównie na sprzeciw społeczny władz lokalnych oraz protesty społeczne, które miałyby zagrażać bezpieczeństwu mieszkańców ośrodka w Piwnicznej-Zdroju i Olecku. W konsekwencji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców z pożądaných 10 obiektów zostało pozyskanych tylko 5 (tyko 7 podmiotów złożyło oferty niepodlegające odrzuceniu na etapie badania wymagań formalnych). Pozostali dwaj wykonawcy nie wpłacili nawet wadium, w tym jeden przekroczył budżet zadania częściowego sześć razy. Oznacza to, że realnie Zamawiający mógł wybierać z 7 niekonkurujących ze sobą ofert.

32. Z akt postępowania istotnie wynika, że po złożeniu oferty przez Odwołującego na ośrodek w Olecku, władze miejscowe przystąpiły do wyrażenia sprzeciwu, co nastąpiło na

sesji Rady Miejskiej w dniu 8 grudnia 2015 r. przez wydanie tzw. Rezolucji nr ORN.0007.2.2015 z której wynika, że władze są zaniepokojone lokacją obiektu dla cudzoziemców w Olecku z pominięciem opinii samorządu, a także wyrażają obawę o bezpieczeństwo i komfort życia społeczności lokalnej. Odwołujący podkreślił, że w opinii władz zagrożona będzie społeczność lokalna a nie cudzoziemcy. *Dowód: Rezolucja z dnia 8 grudnia 2015 r.*

33. Burmistrz Olecka w piśmie z dnia 14 grudnia 2015 r. skierowanym do Urzędu Zamawiającego wniósł o udzielenie informacji, jakie zasady obowiązują przy funkcjonowaniu tego typu placówek. *Dowód: pismo z dnia 14 grudnia 2015 r.*

7

34. W odpowiedzi, Dyrektor Generalny Urzędu Zamawiającego w piśmie z dnia 18 grudnia 2015 r. wyjaśnił, że Urząd ma za zadanie zapewnienia pomocy socjalnej cudzoziemcom objętym ochroną, którymi w 90% są obywatele Ukrainy oraz Federacji Rosyjskiej. Wyjaśnił, że w chwili obecnej prowadzone postępowanie dotyczy wyboru obiektów na potrzeby pomocy socjalnej dla cudzoziemców z za wschodniej granicy. Wskazał, że w ubiegłych latach przed uruchomieniem każdego nowego ośrodka oraz w trakcie jego funkcjonowania, przybliżał problematykę uchodźczą lokalnym władzom i miejscowej społeczności. Jednocześnie we współpracy z organizacjami pozarządowymi były organizowane liczne spotkania z mieszkańcami oraz kampanie informacyjne, których celem była minimalizacja negatywnych postaw w związku z możliwością uruchomienia obiektu w danej lokalizacji. Zamawiający ponadto wyjaśnił, że współpracuje z właściwymi jednostkami Policji i Straży Granicznej. Wskazał, że uruchomienie ośrodka nie wiąże się z dodatkowymi kosztami dla władz lokalnych, poza zapewnieniem ewentualnego przejazdu dzieci z danego ośrodka do szkół. Pozostałe kwestie finansowane są z budżetu Zamawiającego. Zamawiający informował także, że uruchomienie ośrodka to ok. 20 nowych miejsc pracy. Dalej Zamawiający wskazał korzyści dla jednostki samorządowej. *Dowód: pismo Zamawiającego do Władz Olecka z dnia 18 grudnia 2015 r.*

35. W aktach postępowania o udzielenie zamówienia brak jest jakichkolwiek dokumentów lub wystąpień władz lokalnych czy społeczności lokalnej z Olecka, oprócz ww. i wskazanej korespondencji, które świadczyłyby o tym, że doszło do nadzwyczajnej zmiany okoliczności, czego się nie dało wcześniej przewidzieć, a dalsze procedowanie wobec obiektu w Olecku jest bezprzedmiotowe, z uwagi na zagrożenie interesu publicznego, który został określony przez Zamawiającego jako bezpieczeństwo przyszłych mieszkańców ośrodka dla uchodźców w Olecku.

36. W uzasadnieniu ww. pisma Zamawiający powołał się na doniesienia prasowe czy medialne (nie wskazując konkretnie jakie, bowiem w aktach postępowania o zamówieniu brak jakichkolwiek), w których głównie przebiega się lęk obywateli polskich przez uchodźcami będących muzułmanami, ale to właśnie Polacy boją się o swoje bezpieczeństwo, a nie odwrotnie, jak wskazuje Zamawiający. Sprzeciw społeczności lokalnej odnosił się do obaw o bezpieczeństwo mieszkańców Olecka.

37. Odwołujący ponownie podkreślił, że Zamawiający przygotowywał procedurę postępowania o udzielenie zamówienia na kilka miesięcy wcześniej, zatem znał nastroje społeczne i mógł przewidzieć reakcję władz i społeczności lokalnych na procedurę o udzielenie zamówienia.

38. Dla zobrazowania nastrojów społecznych i fali wcześniejszych sprzeciwów społecznych, Odwołujący przedstawił poniżej kilkadziesiąt protestów ogólnopolskich, które

8

miały miejsce w całej Polsce na kilka miesięcy przed ogłoszeniem o zamówieniu, także w miastach, które zostały wyłonione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie wyboru najkorzystniejszej oferty.

39. Ośrodek w Grotnikach. Do sprzeciwów społeczności lokalnej i władz dochodziło w sprawie ośrodka dla uchodźców w Grotnikach, Ustronie 29. Doszło do ataku na ośrodek dla cudzoziemców i wystąpienia na tle rasistowskim, *Dowód: Hasła „Precz z islamem” pod ośrodkiem dla uchodźców, wyborcza.pl, 11 listopada 2015 r.*

40. Ośrodek w Białymstoku. Do sprzeciwów społeczności lokalnej i władz dochodziło w sprawie ośrodka dla uchodźców w Białymstoku. Odnotowano sprzeciw władz i społeczności lokalnej. Do manifestacji niezadowolenia dochodziło 14 września 2015 r.,

Dowody: Władze Białegostoku nieprzychylnie nastawione wobec uchodźców, www.wiadomosci.onet.pl; Białystok, Protest przeciwko przyjmowaniu uchodźców, Polskie Radio Białystok, 14 września 2015 r.; Szykuje się kolejna manifestacja w Białymstoku, www.dziendobry.bialystok.pl; Ponad 2000 osób na manifestacji antyimigranckiej w Białymstoku, www.telewizja.republika.pl, 4 października 2015 r.; Andruszkiewicz: Nie dla ośrodka islamskich imigrantów! W niedzielę protest, www.wspolczesna.pl 21 stycznia 2016 r.

41. Ośrodek w Białej Podlaskiej – ośrodek Zamawiającego. Do sprzeciwów społeczności lokalnej i władz dochodziło w sprawie ośrodka dla uchodźców w Białej Podlaskiej. Organizowane były manifestacje, sprzeciw wyrażały władze lokalne i społeczność lokalna, *Dowody: Będzie antyimigrancka manifestacja w Białej Podlaskiej, www.dziennikwschodni.pl; „Musimy zrobić wszystko, aby uchodźcy nie trafili do Białej”, www.biala24.pl, 5 października 2015 r.; To nie uchodźcy, to najeźdźcy! – zapowiedź manifestacji w Podkowie Leśnej, www.ruchnarodowy.net.*

42. Ośrodek w Podkowie Leśnej – ośrodek Zamawiającego, *Dowód: To nie uchodźcy, to najeźdźcy! – zapowiedź manifestacji w Podkowie Leśnej, www.ruchnarodowy.net.*

43. Do sprzeciwu władz lokalnych i społeczności lokalnej dochodziło w bardzo wielu miejscach w Polsce. Często były to głośne sprzeciwy. Sprzeciwy można było zaobserwować znacznie wcześniej niż rozpoczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. *Góra Kalwaria, Dowód: Narodowcy protestowali przeciwko imigrantom, 22 maja 2015 r.; Dolny Śląsk, Wrocław, Dowód: Dolny Śląsk przeciwko islamizacji, Marsz..., 20 września 2015 r.; Częstochowa, Dowód: Precz z islamem! Arabcy Precz! Marsz przeciwko uchodźcom w Częstochowie, 14 września 2015 r.; Płock (Informacja w artykule o protestach przeciwko imigrantom w Gdańsku, Szczecinie, Poznaniu, Krakowie, Płocku), Dowód: Tłumy na marszu. Nie dla islamizacji, 20 września 2015 r.; Koszelówka (k. Gąbina, Łącka), Dowód: nieislamowi.pl, demonstracja „Nie oddamy Koszelówki”, demonstracja dnia 21 listopada*

9

2015 r.; Szczeczeszyn, Dowód: „Nie dla uchodźców”. Sprzeciw mieszkańców Szczeczeszyna, 30 października 2015 r.; Gdańsk, Dowód: Manifestacja przeciw uchodźcom w Gdańsku, 17 listopada 2015 r.; Warszawa, Dowód: Warszawa: trwa demonstracja narodowców przeciw uchodźcom, 12 września 2015 r.; Zamość (sprzeciw władz lokalnych), Dowód: Zamość nie przyjmie uchodźców, 30 września 2015 r.; Lublin, Dowód: ...w Lublinie odbędzie się protest „Lublin przeciw imigrantom”..., 26 września 2015 r., Dowód: Marsz narodowców w Lublinie: „w... z uchodźcami!”, Żąbkowice Śląskie, Dowód: Protestowali przeciwko uchodźcom. Akcja manifestacyjna w Żąbkowicach Śląskich; Szczecin, Dowód: „Szczecin wolny od islamu. Protest przeciw imigrantom”, 26 września 2015 r.; Rzeszów, Dowód: W Rzeszowie manifestowali przeciwko imigrantom, 29 września 2015 r.; Nowy Sącz, Dowód: Nowy Sącz. Protest przeciw imigrantom, 17 października 2015 r.; Katowice, Dowody: Marsz przeciw imigrantom w Katowicach, 25 września 2015 r.; Katowice: dwa marsze przeciw imigrantom. Który będzie większy, 24 września 2015 r.; Zwardoń, Dowód: Protest przeciw uchodźcom w niedzielę. Nie dla obozu imigrantów w Zwardoniu, 28 listopada 2015 r.

44. Ponadto, demonstracje zaplanowane były w Poznaniu, Radomiu, Sosnowcu, Łodzi, Siedlcach, Wyszkowie, Ostrołęce, Żyrardowie, Piastowie, Szydłowcu, Krakowie, Gorzowie Wielkopolskim, Opolu, Słupsku, Kłobucku, Międzyrzeczu, Toruniu, Bielsku Białej, Zielonej Górze. *Dowody: To nie koniec protestów w Polsce... to dopiero początek, 12 września 2015 r.; Protesty w całej Polsce przeciwko przyjmowaniu nielegalnych imigrantów, 16 maja 2015 r.*

45. Zamawiający był świadomy, że otwarcie ośrodka związane jest ze sprzeciwem ze strony władz lokalnych i społeczności lokalnej. Rzecznik Zamawiającego dnia 5 grudnia 2015 r. stwierdziła: „Gdybyśmy uzależniali otwarcie ośrodka od zgody Samorządu, nie otwarlibyśmy żadnego.”, *Dowód: Gminy nie mogą się sprzeciwić ośrodkom, które chcą przyjmować imigrantów (wypowiedź Rzecznik Zamawiającego).*

46. Zamawiający już 21 września 2015 r. wskazywał, że nie ujawnia z obawy przed protestami potencjalnych miejsc gdzie mogliby przebywać cudzoziemcy ubiegający się o nadanie statusu uchodźcy w RP. Rzecznik Zamawiającego stwierdziła: „Obawiamy się, że w momencie ujawnienia, że będzie to konkretny akademik X. może dojść do protestów.”, *Dowód: 430 uchodźców może trafić do podlaskiego, 21 września 2015 r. (wypowiedź Rzecznik Zamawiającego).*

47. Zamawiający wyrażał swoje stanowisko, że: „Na etapie zgłaszania obiektów do przetargu nie ma wymogu konsultacji z lokalnymi władzami, ponieważ wiąże się to ze swobodą w prowadzeniu działalności gospodarczej.” Rzecznik Zamawiającego wyjaśniała: „Ale, jeśli taki obiekt przejdzie pozytywnie procedurę przetargową to Urząd będzie rozmawiał

10

zarówno z lokalnym samorządem jak i mieszkańcami. Będziemy wyjaśniać, kto zamieszka w ośrodku, z jakiego powodu, będziemy odpowiadać na wszystkie interesujące ludzi kwestie...”. Dowód: Siła strachu. Radni Olecka przyjęli rezolucję, bo nie chcą uchodzić, 8 grudnia 2015 r. (wypowiedź Rzecznik Zamawiającego).

48. Rzecznik zamawiającego w innym miejscu wypowiadała się, że: „Włodarze regionu nie mogą w żaden sposób ograniczyć możliwości przystąpienia przez przedsiębiorcę do przetargu.”. Dowód: Etcki portal informacyjny, 22 grudnia 2015 r.

49. Wobec powyższych dowodów nie sposób oprzeć się wrażeniu, w ocenie Odwołującego, że fala manifestacji przetaczała się przez Polskę kilka miesięcy przed ogłoszeniem o zamówieniu, a Zamawiający był świadomy skali protestów i pomimo wszystko prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia.

50. Ponadto, mimo protestów, dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 18 stycznia 2016 r. na ośrodki: w Grotnikach – Ustronie – protesty w listopadzie 2015 r., w Białymstoku – protesty we wrześniu 2015 r., w Warszawie – protesty we wrześniu 2015 r. Jednakowo głośne protesty w tym samym czasie przetaczały się przed ośrodkami rządowymi w Białej Podlaskiej i Podkowie Leśnej.

Stan prawny.

51. Zamawiający unieważnił postępowanie w dniu 19 stycznia 2016 r. co do części zadań nr 8 i 10 w związku z istotną zmianą okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający oparł swoje rozstrzygnięcie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, z którego wynika, że zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli zostaną spełnione następujące przesłanki: I -istotna zmiana okoliczności; II -prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym; III -nie można było przewidzieć zmiany okoliczności.

52. Wskazane przesłanki winny być spełnione kumulatywnie, aby Zamawiający mógł unieważnić postępowanie. Powyższe potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28 stycznia 2005 r. (UZP/ZO/0-143/05).

53. Ad I. Istotna zmiana okoliczności. Trudno analizować przesłankę zmiany okoliczności, ponieważ Zamawiający nie wyjaśnił jakie okoliczności uległy zmianie. Można domniemywać, że zmianą okoliczności jest, że przed wszczęciem postępowania władze lokalne i społeczność lokalna były przychylne otwarciu ośrodka dla cudzoziemców, a po rozpoczęciu postępowania stały się nieprzychylne (dochodziło do sprzeciwów). Twierdzenia o zmianie nastawienia społeczności lokalnej są bezpodstawne, a w przedstawionych dowodach i materiale zebranych brakuje informacji, aby do zmiany doszło właśnie po wszczęciu postępowania. Dodatkowo, Rzecznik Zamawiającego przyznał, co wynika

11

z materiałów prasowych dołączonych do Odwołania, że nastawienie społeczeństwa w całym kraju jest podobne. Jako zmiany okoliczności nie można też rozpatrywać hipotetycznej sytuacji, że przed wszczęciem postępowania bezpieczeństwo cudzoziemców nie było zagrożone, a po wszczęciu postępowania zostało zagrożone. Bezpieczeństwa cudzoziemców nie można rozpatrywać w zakresie zmiany okoliczności, bo tych cudzoziemców nadal tam nie ma.

54. Odwołujący wykazał, w załączonych dowodach, że do sprzeciwu społeczności lokalnych i miejscowych władz dochodziło w całym kraju już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiającemu jako podmiotowi odpowiedzialnemu ze strony administracji znane są też nastroje społeczne, sytuacja geopolityczna i jest w stanie przewidywać konsekwencje. Przesłanka zmiany okoliczności nie została spełniona (nie została wskazana przez Odwołującego [Zamawiającego]).

55. Ad II. Prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Zamawiający wielokrotnie wskazywał, że jako organ administracji odpowiada za zapewnienie zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemców. Zamawiający nadal za to odpowiada i nadal

zobligowany jest do pozyskania odpowiedniej liczby ośrodków. W uzasadnieniu pisma z dnia 19 stycznia 2016 r. Zamawiający bardzo ogólnie przedstawił przesłankę interesu publicznego, jako zagrożenia bezpieczeństwa mieszkańców ośrodka – bezpieczeństwo cudzoziemców, zagrożenie porządku publicznego.

56. Argumentem przemawiającym za zagrożeniem bezpieczeństwa cudzoziemców i porządku publicznego jest postawa władz lokalnych. Nie ma podstaw do przypuszczeń, że władze lokalne zagrożą cudzoziemcom. Jest to twierdzenie nielogiczne, nie jest zachowany związek przyczynowo - skutkowy. Sprzeciw władz nie implikuje zagrożenia dla bezpieczeństwa. Na marginesie Odwołujący wskazał, że to odpowiednie służby dbają o bezpieczeństwo a nie władze lokalne. O bezpieczeństwo troszczy się też ochrona obiektu (po dwie osoby na zmianie, 24/7 - wymaganie SIWZ).

57. Argumentem przemawiającym za zagrożeniem bezpieczeństwa cudzoziemców i porządku publicznego jest postawa społeczności lokalnej. Społeczność lokalna obawia się, o swoje bezpieczeństwo. Społeczność lokalna nie grozi cudzoziemcom. Dla społeczności lokalnej ci cudzoziemcy są zjawiskiem nowym - stąd ich obawy są częściowo zrozumiałe (podobny strach towarzyszył wejściu do Unii Europejskiej). Powoływanie się na powyższy argument przez Zamawiającego bez jakichkolwiek dowodów, jest bezprzedmiotowe i stanowi o rażącym naruszeniu przepisów ustawy Pzp.

58. Zarówno władze lokalne jak i społeczność lokalna motywowała swoje niezadowolenie z planowanego ośrodka turystycznym charakterem miejscowości. Argumentowano, że przybycie cudzoziemców zniechęci turystów. Nie jest to zagrożenie

12

jednak dla bezpieczeństwa cudzoziemców.

59. W zakresie bezpieczeństwa, Zamawiający nie postrzega cudzoziemców jako czynnika stanowiącego zagrożenie, wówczas należałoby unieważnić całe postępowanie, wszystkie zadania częściowe. Co podkreślał Zamawiający, zagrożeniem mają być mieszkańcy Olecka dla cudzoziemców. Nie jest to rozumowanie dopuszczalne, ze względu na brak związku przyczynowo - skutkowego.

60. Odwołujący podkreślił też, że projekt umowy o wykonanie zamówienia publicznego zawiera pewien wentyl bezpieczeństwa dla Zamawiającego w postaci możliwości wypowiedzenia umowy w trybie natychmiastowym, jeżeli na terenie obiektu lub wokół niego dojdzie do powtarzających się zakłóceń porządku publicznego i bezpieczeństwa cudzoziemców – § 22 pkt 1 lit. a) – projektu umowy o wykonanie zamówienia publicznego, s. 98 SIWZ. Zamawiający nie wykazał w takim razie, aby zagrożone było bezpieczeństwo cudzoziemców.

61. Ad III. Nie można było przewidzieć istotnej zmiany okoliczności.

Zamawiający, o czym świadczy materiał dowodowy załączony do odwołania, w tym wypowiedzi Rzecznika Zamawiającego, był świadomy nastawienia społeczności lokalnej i władz lokalnych w kwestii uchodźców. Przytoczone dowody w sprawie wskazują, że Zamawiający miał wiedzę o protestach i sprzeciwie władz lokalnych odnośnie informacji o planowanych ośrodkach, na kilka miesięcy przed ogłoszeniem zamówienia. Nie nastąpiła zatem istotna zmiana okoliczności, bo Zamawiający mógł przewidzieć, a nawet przewidywał, że protesty będą występowały. Zamawiający twierdził nawet, że sprzeciw władz nie może być podstawą do unieważnienia postępowania, bowiem opinia i stanowisko władz nie stanowi przesłanki do udzielenia zamówienia. Rzecznik Zamawiającego w publicznych wypowiedziach oznajmiała, że gdyby Zamawiający miał pytać o zgodę na otwarcie ośrodka, to nie otworzyłby żadnego. Ponadto, co wynika także z treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w toku postępowania w piśmie z dnia 24 grudnia 2015 r., Burmistrz Olecka był informowany w listopadzie 2015 r. o zamiarze przeznaczenia obiektu w Olecku na ośrodek dla uchodźców i temu nie oponował. Burmistrz Olecka wskazywał także, że sprzeciw jest skutkiem wąskiej grupy narodowej, a nie wyraża woli wszystkich obywateli Olecka. *Dowód: zeznania świadka J. Cz.*

62. Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 18 stycznia 2016 r. przez wybór Grotnik, Białegostoku oraz Warszawy (obiektów z najgłośniejszymi protestami społecznymi i władz lokalnych), jednocześnie dnia 19 stycznia 2016 r. unieważniając postępowania co do Piwnicznej-Zdrój i Olecka, w sposób rażący naruszył art. 5 Kc w zw. z art. 7 Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz obiektywizmu.

13

Wskazał, że w zamówieniu było 10 zadań, a podmioty składające oferty nie stanowiły dla siebie bezpośredniej konkurencji w zadaniach, jakkolwiek specyfikacja oraz cała procedura zamówienia publicznego opierała się na jednakowych zasadach i winna obowiązywać wszystkie podmioty w równym stopniu. Zamawiający w sposób arbitralny wybrał podmioty, gdzie wg Zamawiającego są, a gdzie nie ma protestów i jakie znaczenie te protesty mogą mieć dla zamówienia. Bezsprzecznie, co zostało wykazane w odwołaniu dowodami, w wybranych przez Zamawiającego lokalizacjach istniały protesty na długo przed ogłoszeniem o zamówieniu, o czym Zamawiający wiedział. Faworyzowanie przez Zamawiającego jednych protestów nad drugimi, jest rażącym złamaniem wszelkich reguł konkurencji i naruszeniem fundamentalnych zasad demokratycznego państwa prawa.

63. Unieważnienie postępowania z ww. powodów należy uznać za sprzeczne z ustawą, bowiem żadna z przesłanek uzasadniająca unieważnienie postępowania nie została spełniona.

64. Odwołujący wskazał za zgodnym stanowiskiem w doktrynie, że „...Za „istotną zmianę okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć – nie można uznać akcji protestacyjnej lub strajku a także przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia...”. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, A. Bazan, J. Nowicki, wyd. Wolters Kluwer S.A., Warszawa 2015, s. 666 pkt 29).

65. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 Pzp jest instytucją wyjątkową i winno być stosowane w ostateczności, w związku z następczymi konsekwencjami. Ogłoszenie o zamówieniu publicznym jest swoistym przyrzeczeniem publicznym polegającym w uproszczeniu na tym, że w przypadku spełnienia określonych warunków przez oferenta (specyfikacji) z ogłoszenia o zamówieniu, oferent może spodziewać się wyboru swojej oferty i zawarcia umowy. Konsekwencją jest nawet możliwość żądania przez wykonawcę po spełnieniu warunków, wydania przez sąd powszechny zastępczego oświadczenia woli w celu wykonania umowy, bowiem procedura zamówienia publicznego opiera się na przepisach prawa cywilnego. Stąd wszelkie odstępstwa od pewności prawa co do unieważnienia postępowania winny być stosowane niezwykle wyjątkowo i z dużą rozważą (wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt KIO 304/13). Uzasadnieniem powyższego także jest rozumienie skutków jakie za sobą niesie zerwanie z przyrzeczeniem zamawiającego w unieważnieniu postępowania, tj. konsekwencji dla oferenta, który przygotowując się do przetargu poniósł określone koszty, licząc na pozytywne rozstrzygnięcie w przypadku spełnienia wszystkich warunków przetargu. Zamawiający naraził Odwołującego w postępowaniu na szkodę sięgającą kilkuset tysięcy złotych (i to tylko w zakresie szkody poniesionej bez utraconych korzyści).

14

66. Unieważnienie postępowania w części zadania nr 8 i 10 stanowi zatem rażące naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, a także art. 5 kc, tj. zasad współżycia społecznego – zasady uczciwości, równego traktowania, sprawiedliwości, uczciwej konkurencji, gdzie bez istotnych argumentów, w przypadku braku spełnienia jakichkolwiek przesłanek, dochodzi do arbitralnego pozbawienia Odwołującego możliwości realizacji zamówienia.

67. Odwołujący wskazał, że należy się także zastanowić nad zachowawczym podejściem do postępowania przez organy władzy państwowej w obliczu wejścia w życie nowej ustawy o służbie cywilnej, bowiem być może to właśnie Odwołujący stał się ofiarą nowych przepisów.

Odwołujący uznał, że wobec powyższego, odwołanie jest uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki: dowody wskazane w uzasadnieniu odwołania.

B. Sygn. akt KIO 110/16

Odwołujący – Beskid Sp. z o.o. z siedzibą w Piwnicznej-Zdroju – wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego – unieważnienia postępowania w zakresie zadania częściowego nr 8:

1. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy przez sprzecznie z zasadami oraz *ratio legis* powołanie przepisu, ponieważ nie zostały spełnione przesłanki

zawarte w dyspozycji przepisu, tj. nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności (zdarzenia faktyczne lub prawne), które powodują, że udzielenie lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;

2. wnioś o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia o w zadaniu nr 8 postanowienia unieważnienia postępowania częściowym i rozstrzygnięcie, co do kosztów wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał.

1. Przesłanki uzasadniające interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w wyniku unieważnienia postępowania.

2. Odwołujący w dniu 30 listopada 2015 r. złożył stosowną ofertę, w której udowodnił m.in., że powiadomił władze lokalne „o zamiarze przeznaczenia oferowanego obiektu na ośrodek dla cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w RP, w przypadku wybrania jego oferty w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” (por. pkt 6.4 SIWZ).

3. Zamawiający 19 stycznia 2016 r. przesłał wykonawcy drogą elektroniczną pismo (dowód w załączeniu), w którym poinformował, że „unieważnia postępowanie o udzielenie

15

zamówienia publicznego [...], w zakresie zadań częściowych nr 8 i 10, gdyż w zadaniach częściowych wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.”

4. Jako przesłankę powołania się na dyspozycję art. 93 ust. 1 pkt 6, Zamawiający podniósł zdecydowany i niespotykany dla siebie opór władz lokalnych oraz mieszkańców, przeciwko utworzeniu ośrodka recepcyjnego dla osób ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy.

5. Odwołujący wskazał, że w przedmiotowej sprawie należy rozważyć, co następuje:

a. w systemie prawa polskiego przewidziana jest prawna ochrona zobowiązań (traktowanego, jako swoiste przyrzeczenie publiczne określone w art. 919 § 1 k.c., ze wskazaniem, że przyrzeczenia tego należy dochować) i niedopuszczalnym jest, aby Zamawiający dokonywał autorytarnego unieważnienia postępowania, a jedynie w przypadku enumeratywnie wskazanych przesłanek (por. KIO 304/13); b. powołany przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 wprowadza możliwość unieważnienia całości lub części postępowania, jednak po łącznym zaistnieniu przesłanek zawartych w przepisie, a brak wystąpienia chociażby jednej powoduje, że unieważnienie jest niedopuszczalne (por. KIO 2832/14); c. Zamawiający działa w pewnej sytuacji oraz kieruje się specyficznymi dla siebie przesłankami do udzielenia zamówienia, jest również zobowiązany do wszechstronnej oceny sytuacji faktycznej i prawnej mogącej mieć wpływ na realizację zamówienia.

6. W odniesieniu do istotnej zmiany okoliczności, Zamawiający powołał się na istotną zmianę nastrojów lokalnych w stosunku do cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy. Nastroje w stosunku do rzekomych cudzoziemców wyznania islamskiego, nie zmieniły się w sposób istotny na terenie funkcjonowania przyszłego ośrodka w Piwnicznej. Wszelkie protesty organizowane były przez ugrupowanie Młodzież Wszechpolski - Okręg Małopolski, które na długo przed terminem składania ofert w postępowaniu, a nawet przed ogłoszeniem postępowania, szeroko deklarowało swoje nastawienie do osób wyznania muzułmańskiego, m.in. na oficjalnym profilu ugrupowania w serwisie Facebook www.facebook.com/mwmalopolska (zapisy w profilu w załączniku). Protesty współorganizowało również ugrupowanie Ruch Społeczno-Narodowy Nowy Sącz, które manifestowało swoją niechęć do cudzoziemców przez te same kanały w tych samych okresach (zapisy w profilu w załączeniu), jak i kilka innych ugrupowań.

7. Podobne protesty odbywają się na terenie całego kraju, w tym również w miejscowościach, w których znajdują się wyłonione już w postępowaniu ośrodki (dowód: doniesienia prasowe w załączeniu). Istotne są tu również daty doniesień z wydarzeń, które, w ocenie Zamawiającego, stanowią podstawę unieważnienia postępowania, ponieważ

16

dowody stanowiące przesłankę skarżonego rozstrzygnięcia były Zamawiającemu znane już przy minimum staranności w momencie ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia.

8. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że same działania Zamawiającego, który mimo

rzekomego wyeliminowania zagrożeń dla celu realizacji zamówienia w postaci faktycznego odsunięcia wykonawcy od postępowania, w sposób jasny i wyraźny komunikuje swoje działania na swojej oficjalnej stronie internetowej deklarując, że wyłaniane w postępowaniu ośrodki nie będą zasiedlane cudzoziemcami pochodzącymi z programu relokacji (dowód: wpis na stronie www Zamawiającego z dnia 26.01.2016 r. w załączeniu), co samo w sobie poprawi nastroje społeczne.

9. Zamawiający w piśmie informującym o unieważnieniu części zamówienia opisuje fakt protestu władz lokalnych w stosunku do możliwości utworzenia ośrodka dla cudzoziemców w Piwnicznej-Zdroju, co stanowi wg niego podstawę do unieważnienia postępowania. Jednak w SIWZ nie został zawarty warunek uzyskania takiej zgody.

10. Należy zważyć również okoliczności sprawy w odniesieniu do samego bezpieczeństwa obiektu oferowanego w postępowaniu. W pkt 3.7.6 ee) Zamawiający wymagał od wykonawcy zapewnienia całodobowego dozoru obiektu (z urządzeniami przeciw napadowymi), w pkt b) całościowego ogrodzenia terenu oraz dopuścił możliwość działania systemu monitoringu wizualnego. Dodatkowo obiekt oferowany przez wykonawcę znajduje się w dobrej dla celu postępowania lokalizacji, tj. na uboczu, w strefie C, tj. daleko poza strefą działalności sanatoryjnej i głównej turystycznej, na stromym wzniesieniu.

11. Zamawiający w żaden sposób nie kontaktował się z wykonawcą w celu wyjaśnienia zaistniałych okoliczności, w dniu 15 stycznia 2016 r. przesłał wykonawcy pismo z wezwaniem do wyjaśnień, zakreślając termin złożenia odpowiedzi na 18 stycznia 2016 r. Wykonawca wypełnił obowiązki zawarte w wezwaniu, a w dniu następnym otrzymał pismo stanowiące przedmiot odwołania.

12. Wykonawca zdaje sobie sprawę i nie lekceważy podnoszonych przez Zamawiającego argumentów, ale posiada również informacje własne dotyczące skali opisywanych przez Zamawiającego problemów i uznaje teoretyczne zagrożenia. Stwierdził jednak, że taka sytuacja nie ma miejsca tylko w Piwnicznej, a co więcej stwierdzić można, że w innych częściach Polski nastroje są o kilka rzędów wielkości gwałtowniejsze, dlatego nie można mówić o istotnej zmianie okoliczności, a tym bardziej takiej, której nie można było przewidzieć.

13. Istotnym jest również fakt, że wykonawca dysponuje osobami, które mają doświadczenie w pracy z uchodźcami (regularne kontakty z ówczesnymi ośrodkami w Niemczech pod Lublinem oraz w Łukowie, a także w ramach spotkań z wysłannikiem Wysokiego Komisarza do Spraw Uchodźców – UNHCR – w Warszawie) w okresie, w którym

17

o nadanie statusu uchodźcy starali się m.in. obywatele Czeczeni, którzy w większości są wyznania muzułmańskiego.

14. Jednocześnie wykonawca, jako podmiot komercyjny oświadczył, że z natury prowadzonej przez siebie działalności, nie ma na celu narażania się na niebezpieczeństwo uszczerbku, dokłada i dołoży wszelkich wysiłków, aby realizacja zamówienia przebiegała maksymalnie bezproblemowo w odniesieniu do niego, Zamawiającego, a szczególnie do osób starających się o nadanie statusu uchodźcy. W tym celu nakładem własnym (ok. 180 000 PLN faktury do wglądu) dostosował ośrodek m.in. pod względem bezpieczeństwa. Będzie też w miarę potrzeby i pozwolenia Zamawiającego, mimo braku takiego zobowiązania w SIWZ, prowadził dialog z lokalnymi środowiskami, aby zapewnić im poczucie bezpieczeństwa i rzetelne informacje.

15. Wykonawca bierze również pod uwagę aktualną politykę Zamawiającego, wyrażoną w wydawanych przez siebie komunikatach (por. ust. 8 uzasadnienia).

16. Biorąc pod uwagę powyższe, wykonawca wniósł jak w *petitum*.

Załączniki: dowody wskazane w uzasadnieniu odwołania.

II. Zamawiający w odpowiedzi na odwołania wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnieniach pism wskazał, jak niżej.

Część wspólna dla obu odwołań

Ustosunkowując się do treści odwołania, Zamawiający wniósł o uwzględnienie stanowiska Zamawiającego, dopuszczenie załączonych dowodów oraz podniósł, że zarzuty sformułowane przez Odwołującego sprowadzające się do twierdzenia braku przesłanek do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, są chybione i nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Zamawiającego czynność unieważnienia postępowania była prawidłowa

i uzasadniona z uwagi na:

1. Przedmiotem postępowania było zapewnienie zakwaterowania i wyżywienia dla cudzoziemców ubiegających się o status uchodźcy, co stanowi ustawowe zadanie Zamawiającego w ramach zapewnienia pomocy socjalnej dla cudzoziemców ubiegających się o ochronę na terenie RP, stosownie do wymogów ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W ramach prowadzonego postępowania czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy została dokonana zgodnie z prawem i z uwagi na zaistniały stan faktyczny. Stosownie do brzmienia wskazanego przepisu, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie

18

zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający podkreślił, że spełnienie się przesłanek wskazanych w ustawie nie pozwala Zamawiającemu na jakąkolwiek uznaniowość, a nakłada na niego obowiązek unieważnienia postępowania – wskazał wyroki KIO: z dnia 1 kwietnia 2011, KIO/UZP 606/11; z dnia 22 października 2008 r., KIO/UZP 1088/08.

2. Zamawiający stosownie do treści art. 93 ust. 3 ustawy dokonał uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania w zakresie zadań częściowych nr 8 i 10, przy czym formalne kwestie związane z uzasadnieniem (to, że jest ono pełne w rozumieniu ustawy oraz zrozumiałe) nie budziły zastrzeżeń ani zarzutów Odwołującego. Unieważnienie dotyczyło dwóch ze wskazanych zadań częściowych – odpowiednio wyrok z dnia 27 marca 2013 r., KIO 586/13, KIO 588/13.

3. Uzasadniając unieważnienie postępowania Zamawiający wskazał jednoznacznie, że wystąpiły nieprzewidziane wcześniej okoliczności, rozumiane jako zdecydowany sprzeciw władz lokalnych oraz lokalnej społeczności w miejscowościach Piwniczna-Zdrój (zadanie nr 8) oraz Olecko (zadanie nr 10), gdzie znajdują się obiekty zgłoszone przez wykonawców z przeznaczeniem na ośrodki dla cudzoziemców. Sprzeciw ten dotyczył wprost i wyraźnie możliwości uruchomienia ośrodków dla cudzoziemców na terenie obu wskazanych miejscowości i był demonstrowany zarówno w postaci oficjalnych pisemnych wystąpień władz jak i zdecydowanych protestów i demonstracji lokalnych społeczności co odbiło się echem w mediach.

A Sygn. akt KIO 99/16

3. [c.d.] W stosunku do miejscowości Olecko wskazany stan faktyczny dokumentują następujące dowody: 1) *Rezolucja Rady Miejskiej w Olecku z dnia 8 grudnia 2015 r.* (załączona także do odwołania); 2) „*Czujemy się oszukani. Mieszkańcy Olecka protestują przeciwko planom stworzenia ośrodka dla uchodźców*”, materiał opublikowany na portalu tvp.info dnia 8 grudnia 2015 r.; 3) *Czy imigranci zniszczą turystyczne Olecko? Masowy protest mieszkańców*, materiał opublikowany na portalu niezalezna.pl w dniu 9 grudnia 2015 r.; 4) „*W Olecku wrze. Nie chcą uchodźców, boją się terrorystów*”, materiał opublikowany na portalu olecko.naszemiasto.pl w dniu 12 grudnia 2015 r.; 5) „*Czy w Olecku powstanie ośrodek dla uchodźców? Mieszkańcy protestują*”, materiał opublikowany na portalu extrapolska.pl w dniu 14.12.2015 r.; 6) „*W Olecku powstanie ośrodek dla uchodźców? Mieszkańcy wyszli na ulice w proteście*”, materiał opublikowany na portalu niezalezna.pl w dniu 20.12.2015 r.; 7) „*Małe miasto, wielki sprzeciw. Mieszkańcy Olecka protestują przeciwko ośrodkowi dla imigrantów*”, materiał opublikowany na portalu wpolityce.pl dnia 30 grudnia 2015 r.; 8) „*Protest przeciw imigrantom na sesji sejmiku warmińsko-mazurskiego*”, materiał opublikowany na onet.pl w dniu 31.12.2015 r.; 9) natemat.pl blog Katarzyny

19

Zuchowicz „*Lepiej dla wszystkich, żeby tego ośrodka tu nie było, bo może być tragedia. Olecko nie godzi się na uchodźców*”; 10) „*Mieszkańcy protestowali i ośrodka u nich nie będzie*”, materiał opublikowany w Gazecie Olsztyńskiej w dniu 21.01.2016 r.

Dodatkowo protesty były dokumentowane udostępnianymi powszechnie materiałami video m.in.:

<http://www.tvp.info/22987235/czujemy-sie-oszukani-mieszkancy-olecka-protestuja-przeciwko-planom-stworzenia-osrodka-dla-uchodzcow>;

<http://panorama.tvp.pl/23243037/w-olecku-protest-przeciw-innym>;

<http://olsztyn.tvp.pl/23669554/glos-sprzeciwu-uslyszany-miasto-bez-kontrowersyjnej-placowki>;
<https://www.youtube.com/watch?v=TiMyZ-pAKNc>;
<https://pl-pl.facebook.com/GizyckaTelewizjaInternetowa/videos/906618229391308/?fref=nf>.

Wszystkie powyższe dowody wskazują jednoznacznie, że do protestów dochodziło w okresie pomiędzy wszczęciem przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a konkretnie po złożeniu przez Odwołującego oferty na prowadzenie ośrodka w miejscowości Olecko.

Wszystkie wskazane protesty dotyczyły konkretnej sytuacji – prowadzenia ośrodka dla uchodźców w miejscowości Olecko, w hotelu Olecko przy ul. Parkowej, zaoferowanego w ramach postępowania prowadzonego przez Zamawiającego – Urząd do Spraw Cudzoziemców. Dodatkowo z dokumentów wynika, że w czynnościach protestu społeczności lokalnej brały czynny udział władze lokalne, dodatkowo ją legitymizując.

B. Sygn. akt KIO 110/16

3. [c.d.] W stosunku do miejscowości Piwniczna-Zdrój wskazany stan faktyczny dokumentują następujące dowody: 1) Pismo Burmistrza Miasta z dnia 26 listopada 2015 r., podpisane także przez Zastępcę Burmistrza oraz radnych Miasta i Gminy; 2) „*Burzliwe nastroje w Piwnicznej. Będzie protest przeciwko uchodźcom*”, materiał umieszczony na portalu sacz.in w dniu 12 stycznia 2016 r.; 3) „*Piwniczna-Zdrój: Protest przeciwko imigrantom. Nic o nas bez nas!*”, materiał umieszczony na portalu sandeczartin.info w dniu 18 stycznia 2016 r.; 4) „*Nie będzie uchodźców w Piwnicznej! Przetarg unieważniony*”, materiał umieszczony na portalu miastons.pl w dniu 20 stycznia 2016 r.; 5) „*Zdrój nie dla uchodźców*”, materiał umieszczony na portalu krakow.wyborcza.pl w dniu 20 stycznia 2016 r.

Wszystkie przedstawione powyżej dowody wskazują jednoznacznie, że do protestów dochodziło w okresie pomiędzy wszczęciem przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a konkretnie po złożeniu przez Odwołującego oferty na prowadzenie ośrodka w miejscowości Piwniczna-Zdrój.

Odwołujący w ofercie wykazał, że poinformował o planowanej działalności –

20

przeznaczeniu obiektu na ośrodek dla uchodźców władze lokalne. Co więcej, ośrodek w Piwnicznej został zaoferowany przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w Rzeczypospolitej Polskiej prowadzonym przez Zamawiającego pod sygnaturą 11/BL/OŚRODKI/PN/15 (termin składania ofert maj 2015 r.) i nie wywołało to żadnych sprzeciwów władz ani społeczności lokalnej. Po wszczęciu przedmiotowego postępowania nastąpiła istotna zmiana okoliczności, mianowicie władze lokalne w osobie Burmistrza oraz radnych, pismem adresowanym do Premier Rządu Polskiego (do wiadomości Zamawiającego, ministrów oraz władz powiatu i województwa) wystąpiły ze sprzeciwem co do zlokalizowania ośrodka dla cudzoziemców na terenie Miasta i Gminy Piwniczna-Zdrój, jednoznacznie wiążąc tenże sprzeciw z zaoferowaniem przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Domu Wypoczynkowego „Beskid” jako miejsca utworzenia ośrodka. Także wskazane w materiałach protesty społeczności lokalnej dotyczyły lokalizacji ośrodka dla cudzoziemców w Piwnicznej, w ramach niniejszego postępowania.

Część wspólna dla obu odwołań

3. [c.d.] Należy uznać, że wobec pojawienia się protestów tak władz jak i społeczności lokalnych mamy do czynienia z istotną zmianą okoliczności, to jest pojawieniem się okoliczności nowych (por. Słownik języka polskiego PWN: zmiana 1. fakt, że ktoś staje się inny lub coś staje się inne niż dotychczas, 2. zastąpienie czegoś czymś).

4. Kolejną przesłanką unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, uwzględnioną i wskazaną przez Zamawiającego w uzasadnieniu unieważnienia jest fakt, że dalsze prowadzenie postępowania oraz wykonanie zamówienia przez realizację umów podpisanych w wyniku rozstrzygnięcia przetargu w zakresie zadań 8 i 10 nie leży w interesie publicznym, gdyż może stanowić zagrożenie dla przyszłych mieszkańców tychże ośrodków oraz powodować zakłócenia porządku publicznego.

Zamawiający już na etapie uzasadnienia unieważnienia postępowania wskazał, że w ramach swoich zadań ustawowych zobowiązany jest do zapewnienia cudzoziemcom ubiegającym się o ochronę na terytorium RP pomocy socjalnej, w szczególności zapewnienia im zakwaterowania i wyżywienia, co realizowane jest przez organizowanie

i prowadzenie ośrodków dla cudzoziemców, które muszą spełniać szereg wymogów. Jednym z kluczowych elementów w ramach realizacji ustawowych zadań Zamawiającego jest zapewnienie osobom zamieszkującym w ośrodkach atmosfery spokoju i bezpieczeństwa przez cały okres trwania procedury uchodźczej. Wobec zdecydowanych protestów, tak władz jak i społeczności lokalnej, dalsze prowadzenie postępowania oraz doprowadzenie do zawarcia umowy i faktycznego uruchomienia ośrodków w miejscach protestu stanowiłoby nie

21

tylko zagrożenie dla mieszkańców ośrodków (a więc uniemożliwiło prawidłową realizację zadań ustawowych), jak i powodowało zakłócenia porządku publicznego. Zamawiający wskazał, że pozytywne nastawienie władz i społeczności lokalnej jest niezbędnym czynnikiem umożliwiającym codzienne funkcjonowanie cudzoziemców ubiegających się o status uchodźcy. W konsekwencji bez takiego nastawienia niemożliwa jest asymilacja i prowadzenie przez tychże cudzoziemców normalnego życia w nowym środowisku, stanowiącym dla nich centrum życiowe przez kilkanaście miesięcy.

Interes publiczny należy w tej sytuacji rozumieć wieloaspektowo: przede wszystkim interesem publicznym jest zapewnienie porządku publicznego przez unikanie czynników, które mogą powodować jego naruszenie (w obliczu aktywnych protestów przeciwko ośrodkowi w danej miejscowości, kolejnym krokiem eskalacji mogą być lokalne zamieszki i incydenty naruszenia, tak porządku publicznego, jak i prawa w ogóle przez wszystkich uczestników potencjalnego konfliktu, a w konsekwencji uniemożliwienie zakwaterowania).

W przedmiotowej sytuacji interesem publicznym jest też bezpieczeństwo cudzoziemców ubiegających się o status uchodźcy – o co zobowiązany jest zadbać Zamawiający. Wreszcie bez wątpienia interesem publicznym jest możliwość realizowania zadań państwa, tu delegowanych na Zamawiającego w drodze nałożenia zadań ustawowych wynikających ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, polegających na zapewnieniu odpowiednich warunków pomocy socjalnej (w szczególności odpowiedniego i bezpiecznego zakwaterowania). Wskazał orzecznictwo Izby – wyroki: z 3 września 2013 r., KIO 2006/13 i z 20 lutego 2013 r., KIO 256/13.

Podkreślił także, że definicja interesu publicznego nie jest nigdzie literalnie wskazana, powołał się na uchwałę TK z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96, OTK 1997, nr 1, poz. 15 oraz analogiczny wyrok KIO z 27 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 470/09.

Interes publiczny, do którego odwołuje się art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., związany jest z interesem określonej grupy społecznej, pracowniczej, która może funkcjonować w normalnych standardowych warunkach również dzięki realizacji, czy też przez realizację określonych dostaw, czy usług albo też robót budowlanych (wyrok z 21 grudnia 2009 r., KIO/UZP 1555/09). Wskazał doktrynę - Red. S. Włodyka, Prawo handlowe – część ogólna. Tom 1, Wydawnictwo: C.H. Beck, wyd. 2009 r., s. 296 oraz wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2777/11. Interes publiczny jest to więc pojęcie niedookreślone, którego treść jest wyznaczana przez obowiązujące prawo, wartości przez nie realizowane, wolę polityczną i zespół odniesień pozaprawnych (M. Wyrzykowski, Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym, W-wa 1986 r., s. 44 i n.). Jak zatem wykazano powyżej dalsze prowadzenie postępowania, a w konsekwencji zawarcie umowy nie leżało w interesie

22

publicznym, który został jednoznacznie wskazany (nie będąc jednocześnie tożsamym z interesem samego Zamawiającego).

5. Wypełniając kumulatywnie przesłanki unieważnienia postępowania określone w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Zamawiający wskazał, że nie mógł przewidzieć istotnej zmiany okoliczności (w postaci zdecydowanych protestów władz i społeczności lokalnych przeciwko prowadzeniu ośrodka dla uchodźców konkretnie w Olecku, w ramach prowadzonego postępowania) – na dzień wszczęcia postępowania z uwagi na fakt, że nie wiedział jakie lokalizacje ośrodków zostaną mu zaproponowane w postępowaniu. Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą oświadczenia o zawiadomieniu władz lokalnych o zamiarze prowadzenia w zaoferowanej lokalizacji ośrodka dla cudzoziemców ubiegających się o status uchodźcy, nie mógł wymagać zgody władz, gdyż nie ma do tego podstawy prawnej. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że zapewnia pomoc socjalną w postaci organizowania i prowadzenia ośrodków dla cudzoziemców od wielu lat i we wcześniejszej praktyce

postępowani przetargowych na zakwaterowanie uchodźców nie spotkał się ani z tak silnym protestami, ani z protestami władz i społeczności lokalnych wymierzonymi w konkretne ośrodki. Zamawiający miał świadomość pojawiających się nastrojów antyimigracyjnych związanych z kryzysem migracyjnym w Europie, jednak po pierwsze, co do zasady dotyczyły one procesu relokacji i przesiedleń, organizowane były w większości przez tzw. *"środowiska narodowościowe"* i odbywały się pod hasłami *"stop islamizacji Europy"*. Wszczęte postępowanie nie wiązało się natomiast z programem relokacji, realizowane było w ramach powtarzalnej, prowadzonej od lat, procedury organizowania ośrodków dla cudzoziemców ubiegających się o status uchodźcy w ramach zapewnienia pomocy socjalnej w celu wykonania zadań ustawowych, przy czym prawie 90% cudzoziemców objętych tą pomocą to obywatele Ukrainy i Federacji Rosyjskiej.

Zamawiający działając w ramach procedur zamówień publicznych nie mógł ograniczyć konkurencji przez wskazanie konkretnych lokalizacji, co do których poczyniłby stosowne ustalenia z władzami lokalnymi. Z uwagi na powyższe logicznie i obiektywnie nie było możliwe przewidzenie, czy i w jakich miejscach pojawią się protesty władz czy społeczności przeciwko konkretnemu ośrodkowi w ramach prowadzonego postępowania.

A Sygn. akt KIO 99/16

Odnosząc się do argumentacji wskazanej przez Odwołującego w treści odwołania:

6. W pkt 27-29 Odwołujący wskazał na potencjalne koszty przygotowania obiektu, bliżej nieuzasadnione potencjalne koszty przystąpienia do postępowania, jak również koszty wniesienia wadium (które ulega zwrotowi). Zamawiającemu trudno odnieść się zarówno do wysokości wskazanych kwot (wskazane sumy nie zostały w żaden sposób udokumentowane) jak i stwierdzić czemu ma służyć ich wskazanie. Jeżeli miałyby to się

23

odnosić do ewentualnych roszczeń Odwołującego, Zamawiający wskazał, że: -stosownie do art. 93 ust. 4 ustawy roszczenia przysługują w razie unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a nie z powodu istotnej zmiany okoliczności; -oferta Odwołującego musiałaby zostać zbadana i uznana za niepodlegającą odrzuceniu; -roszczenia dotyczyć mogą uzasadnionych kosztów uczestnictwa, których nie stanowią nabycie przedmiotu zamówienia (czy też przystosowanie posiadanego mienia do wymogów SIWZ).

7. W pkt 37-44 Odwołujący wskazał, że Zamawiający znał nastroje społeczne przed ogłoszeniem zamówienia, wskazując przykłady na rzekome protesty władz i społeczności lokalnych, w tym w miejscowościach gdzie dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wskazał, że wbrew tym twierdzeniom, przedstawione przykłady nie są analogiczne do sytuacji Olecka, gdzie zarówno władze przez oficjalne stanowisko oraz rezolucję, jak i społeczność lokalna protestowały przeciwko konkretnie wskazanemu ośrodkowi dla uchodźców. I tak: -w miejscowości Grotniki jak wynika z treści artykułu, kilku mężczyzn w kominarkach wywiesiło transparenty *"precz z islamem"*. Nie ma żadnego protestu władz lokalnych, ani społeczności lokalnej; -w Białymstoku nieprawdą jest, że załączone materiały wskazują na protest władz i społeczności lokalnej przeciwko ośrodkowi dla uchodźców, w szczególności: artykuł zatytułowany *"Władze Białegostoku nieprzychylnie nastawione wobec uchodźców"* w treści nie zawiera żadnego stanowiska władz (cytowany Przewodniczący Rady Miasta twierdzi, że *"Póki co nie widzi problemu"*); artykuł *Białystok, Protest przeciwko przyjmowaniu uchodźców, Polskie Radio Białystok mówi o manifestacji 200 osób przeciwko przyjmowaniu w Polsce uchodźców objętych wojną* - nie dotyczy zatem lokalizacji ośrodka w Białymstoku prowadzonego w ramach ustawowych zadań Zamawiającego, nie zawiera stanowiska władz, nie wskazuje też kim byli protestujący; artykuł *"Szykuje się kolejna manifestacja w Białymstoku"* nie wskazuje czy manifestacja się odbyła, nie wskazuje też na oficjalne stanowisko władz czy społeczności lokalnej; artykuł *"Ponad 2000 osób na manifestacji antyimigranckiej w Białymstoku"* nie mówi nic o stanowisku władz lokalnych, dotyczy protestów przeciwko przyjmowaniu imigrantów z Bliskiego Wschodu w ramach ewentualnej relokacji; artykuł *"Andruszkiewicz: Nie dla ośrodka islamskich imigrantów"* mówi o planowanej manifestacji organizowanej przez postą, nie wskazuje czy takowa się odbyła, nie zawiera oficjalnego stanowiska władz lokalnych; -w Białej Podlaskiej – w tej lokalizacji w prowadzonym postępowaniu nie został wybrany ośrodek, Zamawiający prowadzi tam ośrodek własny, wobec czego sytuacja nie jest nawet podobna do sytuacji Odwołującego, zaś artykuły dotyczą zapowiadanych manifestacji przeciwko uchodźcom z Bliskiego Wschodu; -w Podkowie Leśnej – w tej lokalizacji

ośrodek własny, wobec czego sytuacja nie jest nawet podobna do sytuacji Odwołującego, zaś artykuł mówi o zapowiadanych manifestacjach Ruchu Narodowego w różnych miejscowościach w związku z napływem muzułmańskich imigrantów na kontynent; -pozostałe miejscowości – w tych lokalizacjach nie zostały wybrane ośrodki, artykuły o manifestacjach *"przeciwko islamowi"*.

Wskazane przez Odwołującego przykłady dotyczą kryzysu migracyjnego w Europie i wiążą się z programem relokacji, w ramach porozumień Rządu Polskiego. Dodatkowo 31 marca 2014 r. został podpisany przez Ministra Spraw Wewnętrznych *"Plan działania resortu spraw wewnętrznych w zakresie organizacji, przyjmowania, transportu i pobytu na terytorium RP cudzoziemców uchodźców z Ukrainy"*. Plan ten był odpowiedzią na sytuację kryzysową na Ukrainie i nie jest związany z programem relokacji (wtedy nie było jeszcze tego problemu w Europie). W jego ramach Urząd do Spraw Cudzoziemców prowadzi i aktualizuje listę lokalizacji, gotowych na przyjęcie uchodźców w ramach ewentualnej sytuacji kryzysowej. Stąd wzmiankowane w niektórych artykułach zapytania wojewodów do burmistrzów o możliwość przyjęcia ewentualnych uchodźców. Czym innym jest prowadzone w ramach ustawowych zadań Zamawiającego organizowanie i prowadzenie ośrodków dla cudzoziemców ubiegających się o status uchodźcy, czym innym są także protesty różnych środowisk przeciwko imigrantom, głównie z Bliskiego Wschodu, a czym innym oficjalne protesty władz przeciwko konkretnemu ośrodkowi.

Tym samym nie można wskazać, że będąc świadomym manifestacji przeciwko imigrantom, Zamawiający mógł przewidzieć po ogłoszeniu przetargu protesty przeciwko konkretnemu ośrodkowi w ramach powtarzanych od lat procedur.

8. Argumentację co do kumulatywnego spełnienia się przesłanek art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Zamawiający wyczerpująco wskazał powyżej.

9. W pkt 60 odwołania, odwołujący wskazał, że Zamawiający posiada "wentyl bezpieczeństwa" w postaci możliwości rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym, wobec czego jak się wydaje zdaniem odwołującego winno dojść do zawarcia umowy. Zamawiający podkreślił, że art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy został celowo skonstruowany przez ustawodawcę tak, żeby Zamawiający mógł zaprzestać prowadzenia postępowania w okolicznościach, kiedy już na tym etapie prowadzenie go nie leży w interesie publicznym. Zauważył, że dalsze prowadzenie postępowania w okolicznościach nakazujących jego unieważnienie prowadziłoby nie tylko do naruszenia Prawa zamówień publicznych, ale także reżimu ustawy o finansach publicznych (w szczególności w szczególności art. 44 ust. 3 tejże ustawy, statuującego zasadę celowego, zasadnego i gospodarnego wydatkowania środków publicznych), jak i ustawy o odpowiedzialności za naruszenie finansów publicznych.

10. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie nie nastąpiła istotna zmiana okoliczności,

25

jednocześnie w pkt 7 odwołania powołał dowód z zeznań świadka J. Cz. na okoliczność informowania Burmistrza Olecka w listopadzie 2015 r. o zamiarze przeznaczenia obiektu w Olecku na ośrodek dla uchodźców, o braku sprzeciwu ze strony Burmistrza oraz akceptacji dla lokalizacji ośrodka, jak również w pkt 61 odwołania, że Burmistrz pisemnie był informowany o zamiarze przeznaczenia obiektu oraz że Burmistrz wskazywał, że sprzeciw jest skutkiem wąskiej grupy narodowców. Skoro zatem z załączonych przez Zamawiającego dokumentów wynika, że sprzeciw przeciwko ośrodkowi złożył tak Burmistrz jak i Rada Miasta oraz, że protestowała znaczna część społeczności lokalnej – sam Odwołujący potwierdza, że doszło do istotnej zmiany okoliczności.

11. W punkcie 64 odwołania Odwołujący wskazał, że *"Za istotną zmianę okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć" nie można uznać akcji protestacyjnej lub strajku, a także przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia.*" – przywołując komentarz do Prawa zamówień publicznych, A. Bazan, J. Nowicki, nie wskazując, że teza ta odnosi się do wyroku z dnia 16 października 2013 r., KIO 2365/13, a więc do sytuacji, kiedy akcja protestacyjna miała miejsce u Zamawiającego, a Izba rozpatrując odwołanie, badała czy podpisanie porozumienia ze związkami zawodowymi jest okolicznością niezależną od woli zamawiającego, której nie mógł on

wcześniej przewidzieć – przytoczone stanowisko zatem nie odnosi się żaden w żaden sposób do przedmiotowej sprawy.

12. Odnosząc się do zarzutu nierównego traktowania wykonawców Zamawiający ponownie podkreślił, że jedynie w unieważnionych częściach postępowania, w szczególności w Olecku – doszło do oficjalnego sprzeciwu władz lokalnych oraz społeczności lokalnej przeciwko uruchomieniu ośrodka dla uchodźców w lokalizacji oferowanej w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego.

B. Sygn. akt KIO 110/16

Odnosząc się do argumentacji wskazanej przez Odwołującego w treści odwołania:

6. Odwołujący podniósł, że protesty przeciwko imigrantom mają miejsce w całym kraju, wobec czego Zamawiający znał nastroje społeczne najpóźniej w dniu ogłoszenia wszczęcia postępowania. Zamawiający wskazał, że wbrew tym twierdzeniom, przedstawione przykłady nie są analogiczne do sytuacji Piwnicznej, gdzie zarówno władze przez oficjalne stanowisko oraz rezolucję, jak i społeczność lokalna protestowały przeciwko konkretnie wskazanemu ośrodkowi dla uchodźców. Czym innym są także protesty różnych środowisk przeciwko imigrantom, głównie z Bliskiego Wschodu, prowadzone pod hasłami takimi jak *"stop islamizacji"* i związane z kryzysem migracyjnym w Europie i ewentualnymi działaniami relokacyjnymi, a czym innym oficjalne protesty władz przeciwko konkretnemu ośrodkowi.

26

Tym samym nie można wskazać, że będąc świadomym manifestacji przeciwko imigrantom, Zamawiający mógł przewidzieć po ogłoszeniu przetargu protesty przeciwko konkretnemu ośrodkowi w ramach powtarzanych od lat procedur.

7. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymogu zgody władz lokalnych, wobec czego nie powinien unieważniać postępowania w związku z protestem władz lokalnych. Zamawiający wskazał, że nie może wymagać zgody na prowadzenie działalności, która nie jest koncesjonowana, żaden przepis prawa nie pozwala Zamawiającemu na wymaganie zgody władz lokalnych. Nie zmienia to jednak faktu, że w sytuacji sprzeciwu tychże władz ustawowe zadania Zamawiającego polegające m.in. na bezpiecznym zakwaterowaniu cudzoziemców oraz zapewnieniu im prawidłowego nowego środowiska nie mogą zostać spełnione.

8. Wskazując przyczyny odwołania [*unieważnienia*] Zamawiający nie odnosił się do wymagań bezpieczeństwa obiektu w kontekście jego wyposażenia, ani też do kwestii doświadczenia personelu Odwołującego, wobec czego argumenty w tym zakresie są w sprawie bezprzedmiotowe.

9. Odwołujący wskazał na koszty dostosowania obiektu, pod względem bezpieczeństwa w kwocie 180.000 PLN). Zamawiającemu trudno odnieść się zarówno do wysokości wskazanych kwot sumy nie w (wskazane zostały żaden sposób udokumentowane) i stwierdzić czemu ma służyć ich wskazanie przez Odwołującego. Jeżeli miałyby to się odnosić do ewentualnych roszczeń Odwołującego, Zamawiający wskazał, że: -stosownie do art. 93 ust. 4 ustawy roszczenia przysługują w razie unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a nie z powodu istotnej zmiany okoliczności, -oferta Odwołującego musiałaby zostać zbadana i uznana za niepodlegającą odrzuceniu, -roszczenia dotyczyć mogły uzasadnionych kosztów uczestnictwa, których nie stanowią nabycie przedmiotu zamówienia (czy też przystosowanie posiadanego mienia do wymogów SIWZ). Jeżeli natomiast wskazana kwota ma dokumentować fakt, że budynek jest bezpieczny, to argument ten jest bezprzedmiotowy w kontekście przedmiotu odwołania oraz uzasadnienia unieważnienia postępowania – Zamawiający nie dokonywał oceny stanu bezpieczeństwa budynku.

10. Odwołujący deklaruje dołożenie wszelkich starań w realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający podkreślił, że art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy został celowo skonstruowany przez ustawodawcę tak, żeby Zamawiający mógł zaprzestać prowadzenia postępowania w okolicznościach, kiedy już na tym etapie prowadzenie go nie leży w interesie publicznym. Zauważył także, że dalsze prowadzenie postępowania w okolicznościach nakazujących jego unieważnienie prowadziłoby nie tylko do naruszenia Prawa zamówień publicznych, ale także reżimu ustawy o finansach publicznych

27

(w szczególności w szczególności art. 44 ust. 3 tejże ustawy, statuującego zasadę celowego,

zasadnego i gospodarnego wydatkowania środków publicznych) jak i ustawy o odpowiedzialności za naruszenie finansów publicznych. W uprzednio prowadzonym postępowaniu takich protestów także w Piwnicznej nie było.

Część wspólna dla obu odwołań

Reasumując - wszystkie przesłanki wskazane w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy zostały spełnione kumulatywnie: wystąpiła istotna zmiana okoliczności (sprzeciw władz lokalnych oraz społeczności przeciwko ośrodkowi w lokalizacji zaoferowanej w postępowaniu) powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym (niemożliwe jest zrealizowanie ustawowych zadań Zamawiającego polegających na zapewnieniu pomocy socjalnej w tym zakwaterowania z zachowaniem bezpieczeństwa mieszkańców ośrodka, prowadzenie postępowania i zawarcie umowy stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa mieszkańców ośrodka i zagrożenie porządku publicznego), czego nie można było wcześniej przewidzieć (Zamawiający nie wiedział jakie lokalizacje ośrodków zostaną mu zaoferowane, wobec czego nie mógł przewidzieć stanowiska władz lokalnych i postawy społeczności lokalnej).

Z uwagi na powyższe, odwołania winny być oddalone.

Załączniki: dowody wskazane w uzasadnieniach odpowiedzi na odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania dotyczą tej samej czynności zamawiającego, uzasadnienia różnią się numeracją zadań częściowych, a w zakresie przyczyn unieważnienia postępowania, mimo że dotyczą innych obiektów, są analogiczne, wobec tego Izba odniosła się łącznie do zarzutów obu odwołań, wskazując różnice związane z lokalizacją obiektów oferowanych przez odwołujących.

Stan faktyczny w zakresie objętym sporem.

Zamawiający, realizując ustawowe zadania zapewnienia pomocy socjalnej dla cudzoziemców na podstawie ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot został określony jako *„Zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w Rzeczypospolitej Polskiej”*. Zamówienie zostało podzielone na 10 zadań częściowych odpowiadających dziesięciu ośrodkom, w których zamawiający planował świadczenie usługi przez wykonawców, z możliwością składania ofert częściowych na każde zadanie odrębnie,

28

z zastrzeżeniem, że wykonawca może złożyć oferty na taką ilość zadań, jaka odpowiada ilości nieruchomości/obiektów przeznaczonych do wykonania usług będących przedmiotem zamówienia (zakwaterowanie i wyżywienie średnio od 50 do 120 osób w każdym z ośrodków). Wskazanie lokalizacji świadczenia usług należało do wykonawców składających oferty – dysponentów nieruchomości/obiektów.

Zgodnie z punktem 3.7.2 SIWZ, podmiot świadczący usługi był zobowiązany do poinformowania miejscowych władz samorządowych (wójta, burmistrza, prezydenta miasta) o zamiarze przeznaczenia oferowanego obiektu na ośrodek dla cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w RP, w przypadku wybrania jego oferty w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Na potwierdzenie wykonania tego obowiązku należało dostarczyć dokument, o którym mowa w pkt 6.4.2 SIWZ.

W punkcie 6.4.2 SIWZ (tabela – wymagane dokumenty) zamawiający zamieścił wymaganie, by oświadczenie, że wykonawca poinformował miejscowe władze (wójta, burmistrza, prezydenta) o zamiarze przeznaczenia oferowanego obiektu na ośrodek dla cudzoziemców ubiegających się o uzyskanie statusu uchodźcy w RP, w przypadku wybrania jego oferty w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zostało złożone zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ.

Termin składania ofert upłynął w dniu 30 listopada 2015 r. o godz. 10:00.

Odwołujący się wykonawcy, jako jedyni złożyli oferty na zadania częściowe: nr 10 PZ Capital Sp. z o.o. i nr 8 Beskid Sp. z o.o. Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 30 listopada 2015 r. o godz. 10:30, z możliwością ich udostępnienia od otwarcia.

Treścią załączników nr 3 załączonych do ofert w zadaniach częściowych nr 8 i 10 są oświadczenia wykonawców, że poinformowali miejscowe władze (wójta, burmistrza lub prezydenta miasta) o zamiarze przeznaczenia oferowanego obiektu na ośrodek dla

cudzoziemców ubiegających się o uzyskanie statusu uchodźcy w RP, w przypadku wybrania ich oferty w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (PZ Capital Sp. z o.o. z datą 29.11.2015 r. (Burmistrz Miasta Olecka potwierdził powiadomienie z datą 1 grudnia 2015 r.), Beskid Sp. z o.o. z datą 27.11.2015 r. (pisemna informacja złożona w siedzibie Urzędu Miasta i Gminy w Piwnicznej-Zdroju w dniu 25.11.2015 r., potwierdzona przez Burmistrza Miasta i Gminy Piwniczna-Zdrój).

Wykonawcy uzupełniali na wezwania zamawiającego dokumentację ofertową o oświadczenia, dokumenty i wyjaśnienia – do dnia 18 stycznia 2016 r.

Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia wybrał najkorzystniejszą ofertę w pięciu zadaniach częściowych (nr 2, 3, 4, 5 i 9) w dniu 18 stycznia 2016 r., zawierając umowy na wykonanie zamówienia (26 stycznia 2016 r.), w trzech zadaniach częściowych unieważnił postępowanie w związku z niezłożeniem żadnej oferty

29

niepodlegającej odrzuceniu (nr 1, 6, 7).

W zakresie zadań częściowych nr 8 i 10 (przedmiot rozpoznawanych odwołań) zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przed badaniem i oceną ofert wskazując, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć (pismo z dnia 19.01.2016 r.).

W uzasadnieniu unieważnienia, zamawiający przedstawił następujące okoliczności. „Zamawiający wyjaśnia, że Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców z mocy ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2012 r. poz. 680, z 2013 r. poz. 1650, z 2014 r. poz. 1004 oraz z 2015 poz. 1607, z późn. zm.) jest zobowiązany do zapewnienia szeroko pojętej pomocy socjalnej dla cudzoziemców ubiegających się o ww. ochronę na terenie RP, w tym między innymi zapewnienia tym osobom zakwaterowania i wyżywienia. Pomoc ta jest realizowana poprzez organizowanie i prowadzenie ośrodków dla cudzoziemców lub przyznawanie pomocy socjalnej realizowanej w postaci świadczenia pieniężnego na pokrycie we własnym zakresie kosztów pobytu. Obiekty pozyskiwane na potrzeby prowadzenia w nich ośrodków dla cudzoziemców muszą, spełnić szereg wymogów opisanych przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jednak przede wszystkim muszą zagwarantować atmosferę spokoju i bezpieczeństwa osobom w nich zamieszkującym przez cały okres trwania ich procedury uchodźczej w RP. W celu realizacji ww. zadań Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców, w tym zapewnienia ciągłości świadczeń w postaci zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemców, wszczęto kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przedmiotowe usługi. Tymczasem w trakcie trwania procedury przetargowej wystąpiły nieprzewidywane wcześniej istotne okoliczności, które spowodowały, że dalsze prowadzenie postępowania oraz wykonanie zamówienia tj. realizacja umów, które byłyby podpisane w wyniku pozytywnego rozstrzygnięcia postępowania w zadaniach częściowych nr 8 i nr 10 nie leży w interesie publicznym, gdyż może stanowić zagrożenie bezpieczeństwa dla przyszłych mieszkańców tychże ośrodków oraz powodować zakłócenia porządku publicznego. Zamawiający ma na myśli zdecydowany sprzeciw władz lokalnych oraz lokalnej społeczności w miejscowościach Piwniczna Zdrój i Olecko, gdzie znajdują się obiekty zgłoszone przez Wykonawców w zadaniu nr 8 i nr 10 z przeznaczeniem na ośrodki dla cudzoziemców. W zadaniu nr 8 jedyną ofertę złożył Wykonawca „Beskid” Sp. z o.o., ul. Zagrody 24 A, 33-350 Piwniczna Zdrój oferujący obiekt przy ul. Zagrody 24 A w Piwnicznej Zdroju, natomiast w zadaniu nr 10 jedyną ofertę złożył wykonawca PZ Capital Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa oferujący obiekt przy ul. Parkowej 11 w Olecku.

Sprzeciw wobec możliwości uruchomienia ośrodków dla cudzoziemców na terenie

30

obu ww. miejscowości był demonstrowany zarówno w postaci oficjalnych wystąpień pisemnych ze strony miejscowych władz, jak i zdecydowanych protestów i demonstracji lokalnych społeczności, odbijając się jednocześnie szerokim echem w mediach (TV, prasa, Internet). Jednocześnie należy podkreślić, że przychylna postawa władz, jak i społeczności lokalnej wobec prowadzenia na ich terenie ośrodków dla cudzoziemców jest elementem kluczowym w ich codziennym funkcjonowaniu. Cudzoziemcy ubiegający się o ochronę międzynarodową w Polsce potrzebują zapewnienia warunków, w których

w spokoju oraz bez zagrożenia dla ich bezpieczeństwa będą mogli oczekiwać na rozstrzygnięcie procedury uchodźczej. W sytuacji, w której przed uruchomieniem ośrodka do Zamawiającego docierają liczne sygnały o negatywnym nastawieniu społeczności oraz władz lokalnych, Zamawiający musi rozważyć, jakie konsekwencje mogą nastąpić w przypadku uruchomienia obiektów w tych lokalizacjach. Zanotowane bardzo nieprzyjemne nastroje społeczne w Piwnicznej Zdroju i w Olecku są nadal potęgowane przez relacje medialne dotyczące aktualnego kryzysu migracyjnego w Europie. Zlekceważenie tych nastrojów i uruchomienie ośrodka w ww. lokalizacjach może się spotkać z nasileniem negatywnych postaw, a w konsekwencji wpłynąć na bezpośrednie zagrożenie bezpieczeństwa przyszłych mieszkańców ośrodków, w tym dzieci, które stanowią zazwyczaj ok. 50% mieszkańców takich obiektów, co spowoduje konieczność natychmiastowego odstąpienia od realizacji umowy. Należy podkreślić, że Zamawiający do tej pory nie miał do czynienia z przypadkami tak silnego sprzeciwu ze strony władz, jak i społeczności lokalnej na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców, jako przykład podać można obiekt w Piwnicznej Zdroju, który został zaoferowany jako ośrodek dla cudzoziemców również w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, jednak do Zamawiającego nie dotarły wtedy żadne sygnały świadczące o sprzeciwie wobec możliwości uruchomienia tam ośrodka. Elementem, który w ocenie Zamawiającego przyczynił się do negatywnego odbioru zjawiska uchodźstwa są liczne komentarze dotyczące aktualnej sytuacji migracyjnej w Europie oraz decyzji dotyczących udziału Polski w procesie relokacji oraz przesiedleń, które pojawiły się w mediach, portalach informacyjnych i społecznościowych, doprowadzając do nasilenia nieprzychylnych postaw wobec zarówno przyjmowania cudzoziemców w Polsce, jak i uruchamiania ośrodków dla cudzoziemców. Mając na uwadze powyższe uwarunkowania, Zamawiający, prowadząc działania zapewniające cudzoziemcom ubiegającym się o ochronę międzynarodową w Polsce zakwaterowanie i wyżywienie, zobowiązany jest uwzględnić, jak zostaną przyjęci przyszli mieszkańcy ośrodków. Zlekceważenie sygnałów płynących ze strony lokalnych władz oraz społeczności o sprzeciwie wobec planów uruchomienia ośrodków dla cudzoziemców może nieść, bowiem, poważne konsekwencje dla przyszłego

31

procedury ośrodków i bezpieczeństwa ich mieszkańców oraz powodować zakłócenia porządku publicznego. W związku z powyższym Zamawiający postanowił jak na wstępie.”

Izba zważyła.

Wykonawcy – PZ Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Beskid Sp. z o.o. z siedzibą w Piwnicznej-Zdroju – spełniają ustawowe materialno-prawne przesłanki uprawniające ich do wniesienia odwołań, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Składając oferty, odpowiednio w zakresie zadań częściowych nr 10 i 8, wykonawcy wykazali zainteresowanie udziałem w uzyskaniu zamówień oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wobec nie wystąpienia przesłanek odrzucenia odwołań (art. 189 ust. 2 ustawy Pzp), Izba rozpoznała odwołania na rozprawie w granicach przedstawionych w nich zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp), mając na uwadze, że zarzut to substrat okoliczności faktycznych i prawnych odnoszących się do kwestionowanej czynności lub zaniechania zamawiającego, zatem zakres zarzutów podniesionych w rozpoznawanych odwołaniach wynika z okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych przez zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia (wyrok z dnia 8 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1092/15).

Izba uwzględniła odwołania zgodnie z normą art. 192 ust. 2 ustawy Pzp: *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia* (docelowym wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego – art. 2 pkt 7a ustawy Pzp) – uznając, że czynność zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp w zakresie zadań częściowych nr 8 i 10, jest niewłaściwa w świetle okoliczności faktycznych i uzasadnienia prawnego przedstawionego w piśmie z dnia 19 stycznia 2016 r. oraz ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór oferty wykonawcy, z którym

zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zniweczenie tego celu może nastąpić wyłącznie w okolicznościach wskazanych w ustawie. Zatem, zamawiający po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia zobowiązany jest, zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy Pzp, prowadzić postępowanie, którego finalnym efektem jest udzielenie zamówienia wybranemu wykonawcy. Zakończenie postępowania, którego rozstrzygnięcie nie jest możliwe w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty, podlega unieważnieniu na podstawie ustawowych przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 Pzp,

32

mających charakter *numerus clausus* (katalogu zamkniętego) i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Przesłanki wskazane w przepisie muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. Wystąpienie istotnej zmiany okoliczności należy do kategorii przesłanek zobiektywizowanych, co oznacza, że przy zachowaniu należytej staranności zamawiający nie mógł przewidzieć zdarzeń powodujących istotną zmianę okoliczności. Na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania zmiany okoliczności, o jaki interes publiczny chodzi oraz, że jest on na tyle ważny, że postępowanie nie może być kontynuowane.

Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp nieodzowne jest stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Przepis ten może dotyczyć sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności wykonanie zamówienia będzie niecelowe lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym; zatem dotyczy zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach.

Unieważnienie postępowania wywiera skutek *ex tunc* i znosi wszystkie czynności dokonane w postępowaniu przez zamawiającego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, tak w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych, spoczywa na zamawiającym (wyrok z 23 września 2011 r., KIO 1948/11) – wyrok z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 991/14 i KIO 1001/14.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowiący, że 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, zawiera normę obligującą zamawiającego do podjęcia czynności, obwarowaną jednakże wymaganiem kumulatywnego spełnienia przesłanek wskazanych w przepisie.

Przesłanki unieważnienia postępowania powinny zaistnieć łącznie (kumulatywnie), a brak wystąpienia jednej z nich powoduje, że unieważnienie postępowania jest niedopuszczalne. Oceny zasadności czynności unieważnienia postępowania należy dokonać według stanu prawnego oraz stanu rzeczy istniejących w dacie dokonania tej czynności, z zastrzeżeniem, że przyczyny unieważnienia były niemożliwie do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania.

Łączne przesłanki unieważnienia postępowania wynikające z przepisu, to:

-wystąpienie istotnej zmiany okoliczności, -prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, -wystąpienia takiej okoliczności nie można było przewidzieć.

Utrwalony w doktrynie pogląd stanowi, że dla zastosowania powołanego przepisu należy stwierdzić, po pierwsze, że zmiana faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie

33

możliwość jej wystąpienia, a po drugie, że jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zamawiający powołując się na tę przesłankę musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym (W. Dzierżanowski w: Prawo zamówień publicznych, komentarz, wyd. II, Zakamycze 2005, s. 320.) – wyrok z dnia 25 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 114/07.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów przyjmuje się, że istotna zmiana okoliczności – w rozumieniu art. 96 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp – powodująca skutek w postaci unieważnienia postępowania, to pewne nadzwyczajne wydarzenia lub okoliczności mające wpływ na prowadzone postępowanie lub przedmiot zamówienia.

Zmiana okoliczności musi mieć charakter istotny, czyli faktycznie uniemożliwiający (a nie utrudniający) realizację zamówienia według dotychczasowych założeń, a więc znaczący i niebagatelny, co bywa rozumiane jako zmiana będąca następstwem zdarzeń nadzwyczajnych, występujących rzadko (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 10 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 30/2008).

Izba wskazuje, jako analogiczne odniesienie do kwestii będącej przedmiotem rozpoznania: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt IV CSK 395/14 stwierdził, że szczególny przypadek ustawowego odstąpienia od umów, których wykonanie nie leży w interesie publicznym, uregulowany w art. 145 Pzp, był przedmiotem wykładni m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 lipca 2011 r., I ACa 13/11 (niepubl.). Sąd ten uznał, że "istotna zmiana okoliczności" - jest wprawdzie zdarzeniem o mniejszym stopniu intensywności niż "nadzwyczajna zmiana stosunków" wymieniona w art. 357 § 1 k.c., tym niemniej sformułowanie "istotna" wskazuje na zmianę znaczącą, a jednocześnie będącą następstwem zdarzeń występujących bardzo rzadko, niezwykle.

Zmiana okoliczności musi już wystąpić w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu. Nie wystarcza więc samo zagrożenie taką zmianą, konieczne jest aby unieważnienie postępowania było reakcją na zdarzenie, które już zaszło (Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 11 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 45/2008).

Zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego. W uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 29 maja 2012 r., sygn. akt IV Ca 527/11 (niepubl.) wskazał, że dla zakwalifikowania zmiany jako istotnej potrzebna jest jej trwałość – rozumiana jako nieodwracalny stan. W sytuacji, kiedy zmiana okoliczności nie sprowadza się do

34

zaprzestania danego rodzaju działalności, brak jest cechy trwałości i nieodwracalności. W ocenie Sądu, do sprzeczności z interesem publicznym mogłoby dojść jedynie w sytuacji, gdyby zaprzestano realizacji danego rodzaju czynności w całości. W takiej sytuacji kontynuacja postępowania o udzielenie zamówienia mogłaby być poczytywana jako sprzeczna z interesem publicznym.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 grudnia 2003 r., sygn. akt V Ca 224/03, uznał, że „*istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania*”.

W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lipca 2009 r., sygn. akt V Ca 1187/2009 – utrzymującym w mocy wyrok Izby z dnia 27 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 470/09, Sąd wskazał, że istotną zmianę okoliczności należy rozumieć jako zaistnienie pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, że kontynuowanie postępowania przetargowego nie leży w interesie publicznym.

Oceniając zastosowanie normy art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, z uwzględnieniem zasad interpretacyjnych przepisu wynikających z powołanego orzecznictwa, jako podstawy unieważnienia postępowania w zakresie zadań częściowych nr 8 i 10, Izba uznała, jak niżej.

W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 19 stycznia 2016 r. zamawiający wskazał, że „*(...) w trakcie trwania procedury przetargowej wystąpiły nieprzewidywane wcześniej istotne okoliczności, które spowodowały, że dalsze prowadzenie postępowania oraz wykonanie zamówienia tj. realizacja umów, które byłyby podpisane w wyniku pozytywnego rozstrzygnięcia postępowania w zadaniach częściowych nr 8 i nr 10 nie leży w interesie publicznym, gdyż może stanowić zagrożenie bezpieczeństwa dla przyszłych mieszkańców tychże ośrodków oraz powodować zakłócenia porządku publicznego. Zamawiający ma na myśli zdecydowany sprzeciw władz lokalnych oraz lokalnej społeczności w miejscowościach Piwniczna Zdrój i Olecko, gdzie znajdują się obiekty zgłoszone przez Wykonawców w zadaniu nr 8 i nr 10 z przeznaczeniem na ośrodki dla cudzoziemców.*”

Izba wskazuje, że czynność unieważnienia mogła dotyczyć wyłącznie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a nie „*(...) wykonania zamówienia tj. realizacji umów, które byłyby podpisane w wyniku pozytywnego rozstrzygnięcia postępowania w zadaniach częściowych nr 8 i nr 10 (...)*”, gdyż zamawiający nie przeprowadził badania i oceny złożonych ofert i na etapie postępowania w dniu 19 stycznia 2016 r. nie było żadnych podstaw do przyjęcia, że skutkiem złożonych ofert mogłoby być zawarcie umów na realizację

rozprawie oraz wskazanych przez zamawiającego w odpowiedziach na odwołania, dotyczących społecznych nastrojów w związku z medialnymi przekazami informacji na temat uchodźców z Bliskiego Wschodu i Afryki wynika, że nastroje społeczne, pojawiające się już od maja 2015 r., były znane zamawiającemu w dacie wszczęcia postępowania. Były one skierowane przeciwko tzw. uchodźcom muzułmańskim, w szczególności po wydarzeniach w Paryżu, co wynika z haseł manifestacji uwidoczniionych na transparentach, w tytułach wpisów internetowych, itp. informacji.

Nastroje i sprzeciwy społeczności lokalnych zostały skonkretyzowane po powzięciu przez miejscowe władze samorządowe wiadomości o przystąpieniu wykonawców (odwołujących) do przetargu i zamiarze przeznaczenia obiektów w Olecku i Piwnicznej-Zdroju na zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców.

Odnosnie Miasta Olecka: potwierdzone przez Burmistrza Miasta uzyskanie informacji w dniu 1 grudnia 2015 r., przekazanej przez odwołującego (PZ Capital Sp. z o.o.), spowodowało reakcję:

- organu stanowiącego: Rady Miejskiej w Olecku w formie Rezolucji nr ORN.0007.2.2015 z dnia 8 grudnia 2015 r. (przekazanej przez Burmistrza Olecka zgodnie z treścią rezolucji: Pani Premier RP, Urzędowi do Spraw Cudzoziemców, Wojewodzie Warmińsko-Mazurskiemu w Olsztynie) oraz
- organu wykonawczego: Burmistrza Miasta Olecka w formie korespondencji z Urzędem do Spraw Cudzoziemców, odpowiednio pisma z dnia 14 grudnia 2015 r. i z dnia 18 grudnia 2015 r.

Treścią rezolucji jest: zdecydowany sprzeciw Rady Miejskiej dotyczący lokalizacji w Olecku ośrodka dla uchodźców oraz zdecydowana dezaprobata na tryb wyłaniania ośrodków dla uchodźców z pominięciem opinii lokalnych samorządów, co jest zaprzeczeniem idei współpracy i dialogu społecznego.

W informacji internetowej z dnia 2015-12-08 pt.: „*Radni Olecka przyjęli rezolucję, bo nie chcą uchodźców w miejscowym hotelu*” – wskazano: „*Właściciel hotelu pisemnie zgłosił ten fakt (przeznaczenia hotelu na ośrodek – przyp. KIO) miejscowym władzom (nie miał takiego obowiązku – PAP) i to rozsiedziło zarówno radnych, jak i mieszkańców.*”, „*Chcemy, by nasz głos w tej sprawie był słyszalny, bo ta sprawa dotyczy właśnie nas*” – powiedział PAP Sobczak (przewodniczący Rady Miejskiej w Olecku – przyp. KIO), wyjaśniając, że „*skoro w ostatniej kampanii wyborczej tak mocno zapewniano o konsultowaniu wszystkiego z narodem, to niech te konsultacje teraz się odbędą*”. Sobczak dodał, że zgłoszenie ośrodka w Olecku jako miejsca, w którym mogłoby zamieszkać ponad stu imigrantów niejako „*za plecami władz*” nie mogło liczyć na „*ciszę i milczenie*.”]

Władze Miasta Olecka uzasadniły stanowisko (informacje ze złożonych wydruków ze

stron internetowych) niezadowolaniem z powodu informowania krótkimi komunikatami i nie pytaniem władz o zdanie w tej sprawie. Zdaniem władz, samorząd i mieszkańcy powinny mieć wpływ na to, czy taki ośrodek powinien powstać czy nie. Nie powinno to odbywać się za „plecami samorządu i mieszkańców”. W przedmiocie rezolucji wskazały, że Gmina nie była informowana o planach właściciela hotelu Olecko. Informacja bardzo lakoniczna wpłynęła do Urzędu Miasta dopiero 1 grudnia 2015 r. Uznano, że jest to nie w porządku - społeczność lokalna powinna wyrazić swoją opinię w kwestii utworzenia takiego ośrodka - stąd rezolucja. Jednocześnie władze wyraziły też obawę o negatywny wpływ ośrodka na atrakcyjność turystyczną miasta.

W piśmie z 14 grudnia 2015 r. skierowanym do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienia, Burmistrz Miasta Olecka wskazał, że być może rzetelna informacja, co do zasad jakie obowiązują przy funkcjonowaniu ośrodków, pozwoli mieszkańcom zrozumieć trudną dla władz i mieszkańców sytuację.

Odnosnie Miasta i Gminy Piwniczna-Zdrój: na skutek zawiadomienia Burmistrza Miasta i Gminy Piwniczna-Zdrój w dniu 9 listopada 2015 r. (przez Jana Pacuta prowadzącego Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane z siedzibą w Krakowie) i w dniu 25 listopada 2015 r. (przez BESKID Sp. z o.o. z siedzibą w Piwnicznej-Zdroju) w przedmiocie

planów utworzenia ośrodka dla cudzoziemców w obiekcie Dom Wypoczynkowy BESKID, położonym w Piwnicznej-Zdroju i o zamiarze przeznaczenia budynku na ośrodek dla cudzoziemców, reakcja organu wykonawczego: Burmistrza Miasta i Gminy Piwniczna-Zdrój oraz Zastępcy Burmistrza Piwnicznej-Zdroju, przy wsparciu części członków organu stanowiącego (radnych) nastąpiła w formie wystosowania pisma z dnia 26 listopada 2015 r., skierowanego – zgodnie z rozdzielnikiem – do Premiera Rządu Polskiego oraz przekazanego: zamawiającemu, samorządowym powiatowym i wojewódzkim organom stanowiącym i wykonawczym, ministrom: Spraw Wewnętrznych, Obrony Narodowej i Spraw Zagranicznych, także odwołującemu, w tym właścicielowi obiektu.

W treści pisma wskazano, że władze samorządowe z głęboką dezaprobatą wyrażają się o sposobie tworzenia przez administrację rządową ośrodków dla cudzoziemców z wykorzystaniem procedur przetargowych, pomijając rolę i głos samorządu lokalnego, naruszając tym samym konstytucyjną zasadę demokratycznego państwa oraz uczestnictwa samorządu w sprawowaniu władzy publicznej.

Podniesiono, że mając na uwadze potrzebę dobrej współpracy z samorządem lokalnym, Urząd do Spraw Cudzoziemców winien zakładać prowadzenie dialogu z przedstawicielami samorządów już na etapie podejmowania decyzji w przedmiocie tworzenia i lokalizacji tego rodzaju ośrodków. Przedstawiciele ci, jako mający najlepszą wiedzę w kwestii spraw dotyczących lokalnej społeczności winni mieć również decydujący

37

głos w tym zakresie.

Wskazano, że należy mieć także na względzie, iż jedyną szansą rozwoju Miasta i Gminy Piwniczna-Zdrój jest działalność uzdrowiskowo-turystyczna, a umiejscowienie tego rodzaju ośrodków na jej terenie może negatywnie wpłynąć na jej dalszy rozwój i wizerunek.

Z tego względu zdecydowanie wyrażono sprzeciw wobec działań mających bezpośredni związek z terenem Miasta i Gminy Piwniczna-Zdrój, a prowadzonych w oparciu o zasadę jedynie informowania jej Burmistrza o zamiarze organizacji tak ryzykownego przedsięwzięcia jakim jest ośrodek dla cudzoziemców.

Wobec powyższego zwrócono się z prośbą o skuteczną interwencję i pomoc mieszkańcom w zakresie odstąpienia od zamiaru zlokalizowania ośrodka dla cudzoziemców na terenie Miasta i Gminy Piwniczna-Zdrój.

W ocenie Izby, powyższe urzędowe dokumenty przedstawione w postępowaniu odwoławczym jako dowody – obok wydruków internetowych zawierających medialne przekazy informacji – jednoznacznie potwierdzają, że „*zdecydowany sprzeciw władz lokalnych oraz lokalnej społeczności w miejscowościach Piwniczna Zdrój i Olecko*”, wskazany w piśmie zamawiającego z dnia 19 stycznia 2016 r., ma źródło przede wszystkim w pominięciu stanowiska władz lokalnych oraz lokalnej społeczności w planowanym utworzeniu ośrodków dla cudzoziemców na terenie gmin, w których władzę lokalną sprawują wskazane organy, zabezpieczając właściwe warunki zamieszkania lokalnej społeczności.

Na wskazany odbiór społeczny zamierzenia zamawiającego, niekorzystnie też wpłynęły informacje przedstawione na stronach internetowych, jako wypowiedzi rzecznika zamawiającego (niezdementowane w postępowaniu odwoławczym) na temat płaszczyzny porozumienia z władzami samorządu lokalnego odnośnie tworzenia ośrodków na terenie tych samorządów: z dnia 5 grudnia 2015 r. – „*Gdybyśmy uzależniali otwarcie ośrodka od zgody Samorządu, nie otwartilibyśmy żadnego*” (*Gminy nie mogą się sprzeciwić ośrodkom, które chcą przyjąć imigrantów*) – dowód odwołującego w sprawie KIO 99/16 pkt 45; *Już 21 września 2015 r. zamawiający wskazywał, że nie ujawnia z obawy przed protestami potencjalnych miejsc gdzie mogliby przebywać cudzoziemcy ubiegający się o nadanie statusu uchodźcy w RP. Rzecznik Zamawiającego stwierdziła: „Obawiamy się, że w momencie ujawnienia, że będzie to konkretny akademik X. może dojść do protestów.”*, (430 uchodźców może trafić do podlaskiego, 21 września 2015 r., wypowiedź Rzecznik Zamawiającego) – dowód odwołującego w sprawie KIO 99/16, pkt 46; *Zamawiający wyrażał swoje stanowisko, że: „Na etapie zgłaszania obiektów do przetargu nie ma wymogu konsultacji z lokalnymi władzami, ponieważ wiąże się to ze swobodą w prowadzeniu działalności gospodarczej. Rzecznik Zamawiającego wyjaśniała: „Ale, jeśli taki obiekt*

38

przejdzie pozytywnie procedurę przetargową to Urząd będzie rozmawiał zarówno z lokalnym samorządem jak i mieszkańcami. Będziemy wyjaśniać, kto zamieszka w ośrodku, z jakiego powodu, będziemy odpowiadać na wszystkie interesujące ludzi kwestie...” (Siła strachu. Radni Olecka przyjęli rezolucję, bo nie chcą uchodźców, 8 grudnia 2015 r. – wypowiedź Rzecznik Zamawiającego) – dowód odwołującego w sprawie KIO 99/16, pkt 47.

Wyjaśnienia zamawiającego przedstawione w piśmie z dnia 18 grudnia 2015 r. skierowane do Burmistrza Miasta Olecka również do Burmistrza Piwnicznej-Zdroju, wskazujące przyczyny i zasady pozyskiwania obiektów w celu tworzenia ośrodków, informacje co do osób, które potencjalnie będą mieszkańcami ośrodków itp., stanowiły przybliżenie zagadnień związanych z przedmiotem prowadzonego postępowania.

Zdementowanie wprowadzających w błąd doniesień medialnych – „*Dementujemy wprowadzające w błąd doniesienia medialne*” (26 stycznia 2016 r.) – przez oświadczenie zamawiającego, że prowadzone postępowania dotyczą standardowych, cyklicznych procedur mających na celu utworzenie ośrodków, wobec wygaśnięcia umów dotychczasowych, a więc nie są to ośrodki nowe, innego rodzaju i przeznaczone dla zakwaterowania cudzoziemców w ramach relokacji; wskazanie, że procesy relokacji i przesiedleń są to odrębne zagadnienia logistyczne (*sprostowanie informacji o umieszczeniu uchodźców na warszawskim targowku*) – dowód odwołującego w sprawie KIO 110/16 oraz złożony na rozprawie przez odwołującego w sprawie KIO 99/16 – potwierdza, że protesty społeczne przeciwko imigrantom muzułmańskim nie odnosiły się, co do zasady, do zakresu prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze ustrojowe zasady funkcjonowania samorządu lokalnego (ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym – Dz. U. z 2015 r. poz. 1515, z późn. zm.), zamawiający powinien był przewidzieć, że taka reakcja władz, jaka miała miejsce w Olecku i Piwnicznej-Zdroju jest realna (wskazane wyżej wypowiedzi rzecznika zamawiającego potwierdzają fakt świadomości w tym zakresie).

Zważywszy na informacje medialne w sprawie cudzoziemców „uchodźców”, przekazywane w okresie znacznie poprzedzającym wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia oraz ograniczenie obowiązków wykonawców tylko do złożenia „oświadczenia o poinformowaniu miejscowych władz (wójta, burmistrza lub prezydenta) o zamiarze przeznaczenia oferowanego obiektu na ośrodek dla cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w RP (...) – załącznik nr 3 do SIWZ” (pkt 6.4.2 SIWZ), skutkujące uznaniem przez władze lokalne ich pominięcia w procesie tworzenia na ich terenie ośrodków dla uchodźców, Izba uznała, że reakcja władz i społeczności lokalnych wskazana w piśmie zamawiającego z dnia 19 stycznia 2016 r., nie jest podstawą do uznania istotnej zmiany okoliczności, jako niezbędnej przesłanki zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6

39

Pzp.

Sprzeciw, co do istoty, dotyczył uchodźców islamskich z Syrii, co potwierdził zamawiający, a był wymierzony również w wykonawców składających oferty, wobec niewystarczającego sposobu komunikowania się z władzami lokalnymi w toku przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający podnosił, że nie miał takiego obowiązku ani możliwości ze względu na brak informacji, co do lokalizacji obiektów, do czasu otwarcia ofert ujawniających lokalizację. W nawiązaniu do tych wypowiedzi zamawiającego, Izba wskazuje, że oferowany obiekt miał służyć do realizacji zamówienia, a zatem stanowiłby bazę świadczenia usług, co uprawniało zamawiającego do sprecyzowania stosownych wymagań dotyczących sposobu realizacji zamówienia.

Następna przesłanka unieważnienia postępowania – to prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

W doktrynie wskazuje się, że kategoria interesu publicznego jest pojęciem nieostrym, niedookreślonym. Trybunał Konstytucyjny w pewnym sensie zdefiniował w uchwale z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96 (OTK 1997, nr 1, poz. 15) pojęcie interesu publicznego, uznając, że za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.

W orzecznictwie arbitrażowym i sądowym wskazano:

W każdym wypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny

chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców. Zarówno istnienie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu publicznego nad interes indywidualny podlegać muszą zawsze wnikliwej kontroli (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1993 r., sygn. akt III ARN 49/1993, OSNC 1994, nr 9, poz. 181) – w wyroku Izby z dnia 22 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1089/15.

Interes publiczny nie może być utożsamiany z własnym interesem zamawiającego (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 10 listopada 2005 r., sygn. III Ca 855/05 – musi to być interes obiektywny).

Unieważniając postępowanie na podstawie wskazanej przesłanki zamawiający ma obowiązek wykazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on niezwykle ważny. Zarówno zaistnienie takiego interesu, jak i jego znaczenie oraz przesłanki powodujące przedłożenie interesu publicznego nad interes indywidualny, muszą być szczegółowo

40

zanalizowane (wyrok z dnia 28 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-143/05).

Interes publiczny powinien być postrzegany jako cel dla którego zaspokojenia miało być realizowane zamówienie, który to cel zaspokaja konkretnie wskazane potrzeby społeczne (wyrok z dnia 22 marca 2011 r., sygn. akt KIO 601/11). Interes publiczny jest potrzebą ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą (wyrok z dnia 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 262/08).

Interes publiczny w ujęciu zadań zamawiającego, to realizacja zadań ustawowych polegających na zapewnieniu zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemcom, zgodnie z ustawą z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Zamawiający wyznaczył potrzeby w tym zakresie przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia, którego celem było uruchomienie 10 ośrodków prowadzonych przez podmioty zewnętrzne, wyłonione w trybie przetargu nieograniczonego. Zrealizował ten cel w 50%, zawierając umowy na wykonanie zamówienia z pięcioma wykonawcami. Nie zrealizował tego celu w pełni wobec unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie zadań częściowych. Jednak nie wykazał, że odstąpił od planu dalszego uruchomienia pozostałych ośrodków, w tym dwóch w zadaniach częściowych nr 8 i 10, co do których postępowanie zostało unieważnione. Nie wykazał okoliczności, które stanowiłyby podstawę do odstąpienia od realizacji tego celu. Okoliczności te musiałyby być pewne i istniejące w dacie podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania.

Zatem, cel dla którego zamawiający zamierzał udzielić zamówień w obu zakresach zadań częściowych, nie odpadł. Sygnalizowane na rozprawie rozważanie innych form zaspakajania potrzeb – zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemców ubiegających się o status uchodźców – nie jest równoznaczne z przyjęciem tej koncepcji do realizacji zadań z całkowitym odstąpieniem od zaspokojenia potrzeb w wyniku postępowania wszczętego w dniu 22 października 2015 r. Potwierdzeniem takiego rozumienia jest wybór pięciu ofert i zawarcie umów z wykonawcami, którzy je złożyli, co całkowicie przeczy przyjęciu innej koncepcji realizowania potrzeb, w świetle wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 29 maja 2012 r., sygn. akt IV Ca 527/11. Nie wystąpiła rezygnacja z całości zamówienia, nie została spełniona przesłanka sprzeczności prowadzenia postępowania z interesem publicznym – w spornym częściowym zakresie.

Izba wskazuje, że wykonanie zamówienia leży w interesie publicznym także dlatego, że interes publiczny wymaga, aby zamawiający realizował zadania scedowane na niego w drodze ustawy.

41

Trzecia bezwzględna przesłanka unieważnienia postępowania, to nieprzewidywalność zmiany okoliczności, mająca miejsce wówczas, gdy zamawiający w czasie ogłaszania przetargu nie był w stanie przewidzieć zmiany okoliczności i nie mógł spodziewać się, że takie zdarzenia nastąpią. Jeżeli, przy zachowaniu należytej staranności, możliwe było przewidzenie wystąpienia takiej okoliczności, wówczas zamawiający nie ma prawa unieważnić postępowania (wyrok z dnia

14 kwietnia 2010 r. KIO/UZP 398/09).

Okoliczności faktyczne przedstawione w odniesieniu do braku ziszczenia się pierwszej przesłanki unieważnienia postępowania, jednoznacznie wskazują również na brak ziszczenia przesłanki nieprzewidywalności zmiany okoliczności. Reakcja władz gmin i społeczności lokalnych, w świetle przedstawionych okoliczności, nie jest zmianą, której nie można było przewidzieć w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia – w październiku 2015 r. Zatem, Izba nie podzieliła również stanowiska zamawiającego o nieprzewidywalności okoliczności leżących u podstaw unieważnienia postępowania.

W wyroku z dnia 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 606/11, Izba wskazała, że kategoria przewidywalności referuje się do zwykłych warunków prowadzenia działalności, w których czynniki zewnętrzne nie mają przesądzającego wpływu na wykonanie zamierzonych planów.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie zadań nr 8 i 10 z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka J. CZ. zgłoszonego przez odwołującego w sprawie KIO 99/16 na okoliczność informowania Burmistrza Olecka w listopadzie 2015 r. o zamiarze przeznaczenia obiektu w Olecku przy ul. Parkowej 11 na ośrodek dla uchodźców oraz o braku sprzeciwu ze strony Burmistrza Olecka, a także akceptacji dla lokalizacji ośrodka. Okoliczność ta nie stanowiła podstawy unieważnienia postępowania zadania częściowego nr 10 i nie stanowiła przedmiotu oceny Izby.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp, wydając orzeczenie łączne na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.

42

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 Pzp, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpisy od odwołań uiszczone przez odwołujących oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 99/16, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obciążając kosztami zamawiającego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

43