Sygn. akt: KIO 1078/22

WYROK

z dnia 5 maja 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 maja 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2022 roku przez wykonawcę DHl Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Katowickie Inwestycje Spółka

Akcyjna (dawniej - Katowicka Infrastruktura Wodociągowo-Kanalizacyjna Sp. z o.o.) z siedzibą w Katowicach

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania dokonanej na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Katowickie Inwestycje Spółka Akcyjna (dawniej - Katowicka Infrastruktura Wodociągowo-Kanalizacyjna Sp. z o.o.) z siedzibą w Katowicach i:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - DHl Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

b. zasądza od Zamawiającego - Katowickie Inwestycje Spółka Akcyjna (dawniej - Katowicka Infrastruktura Wodociągowo-Kanalizacyjna Sp. z o.o.) z siedzibą w Katowicach na rzecz Odwołującego - DHl Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - kwotę 19 543 zł 97 gr (słownie:

dziewiętnastu tysięcy pięciuset czterdziestu trzech złotych 97/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień

publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

sygn. akt KIO 1078/22

UZASADNIENIE

ZAMAWIAJĄCY - Katowickie Inwestycje Spółka Akcyjna (dawniej - Katowicka Infrastruktura Wodociągowo-Kanalizacyjna Sp. z o.o.) z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa modelu hydraulicznego sieci kanalizacyjnej wraz z narzędziem do planowania modernizacji oraz prezentacji i edycji danych przestrzennych". Numer ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. UE: Dz.U./S S191 498187-2021-PL0 z dnia 1/10/2021.

Dnia 19 kwietnia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 oraz art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej - „PZP") odwołanie złożył Wykonawca DHI Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący").

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z przepisami PZP czynności i zaniechań Zamawiającego, tj. czynności unieważnienia postępowania, o której Zamawiający powiadomił Wykonawców w dniu 8 kwietnia 2022 roku.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 255 pkt 5 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez pozostające w opozycji do zasady przejrzystości unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp pomimo, iż w realiach postępowania nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć i

(2) art. 17 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta była jedyną złożoną, nie ziściła się w stosunku do niej żadna z przesłanek odrzucenia oferty opisana w PZP, a ponadto cena oferty Odwołującego nie przekraczała kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia udzielanego w postępowaniu,

Odwołujący wnosił o:

I. uwzględnienie odwołania w całości,

II. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

III. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

IV. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie na fakty wskazane w tezie dowodowej sformułowanej w momencie przedłożenia danego dokumentu.

Zamawiający zamieścił informację o unieważnieniu postępowania na stronie internetowej w dniu 08 kwietnia 2022r. Termin na wniesienie odwołania został zatem zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jako jedyny złożył ofertę w postępowaniu a dokonane przez Zamawiającego badanie oferty nie ujawniło ziszczenia się wobec oferty Odwołującego żadnej z określonych w PZP przesłanek odrzucenia oferty. Gdyby Zamawiający prawidłowo prowadził postępowanie - tj. dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i zakończył postępowanie zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego z Odwołującym. Wadliwość czynności unieważnienia postępowania oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, uniemożliwiają zatem Odwołującemu uzyskanie zamówienia, skutkując poniesieniem przez Odwołującego uszczerbku, polegającego na nieudzieleniu mu zamówienia, pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty. Okoliczności te skutkują

wyrządzeniem Odwołującemu szkody polegającej na nieuzyskaniu spodziewanego zysku z realizacji zamówienia, stanowiącego przedmiot postępowania.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadził postępowanie, którego przedmiotem była budowa modelu hydraulicznego sieci kanalizacyjnej wraz z narzędziem do planowania modernizacji oraz prezentacji i edycji danych przestrzennych. Termin składania ofert w upłynął z dniem 6 grudnia 2021r. W terminie złożona została jedynie oferta Odwołującego, a jej cena mieściła się w kwocie, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Począwszy od dnia, w którym upłynął termin składania ofert Zamawiający dokonywał czynności faktycznych i prawnych jednoznacznie manifestujących, iż wola i celem Zamawiającego jest zakończenie postępowania poprzez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający wezwał bowiem Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wyznaczając termin ich złożenia na dzień 01.02.2022 r., a także zwrócił się do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 04.05.2022 r. na co Odwołujący wyraził zgodę. Odwołujący każdorazowo czynił zadość wezwaniom i wnioskom Zamawiającego podtrzymując cały czas wolę realizacji zamówienia.

Tymczasem Zamawiający powiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 PZP, przedstawiając uzasadnienie, które przekonuje Odwołującego o rażącym naruszeniu norm PZP przez Zamawiającego.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 255 PKT 5 PZP W ZW. Z ART. 16 PZP

Stosownie do art. 255 pkt 5 PZP zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W doktrynie akcentuje się, że obowiązek unieważnienia postępowania aktualizuje się jedynie w sytuacji kumulatywnego ziszczenia się wszystkich przesłanek (warunków)

unieważnienia postępowania, opisanych w art. 255 pkt 5 PZP, a zatem w sytuacji (1) wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym (2) której to istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć.

Ustawodawca nie zdefiniował na gruncie norm PZP w jaki sposób należy rozumieć pojęcie „istotnej zmiany okoliczności", w związku z czym konieczne i uzasadnione jest odwołanie się do znaczenia nadanemu tej frazie na gruncie języka potocznego. Analiza znaczenia tego pojęcia prowadzi do konkluzji, iż chodzi o zmianę usuwającą potrzebę

wykonania zamówienia lub kontynuowania postępowania w świetle interesu publicznego.

„Chodzi tu o powiązanie kauzalne tego typu, że zmiana okoliczności ma stanowić warunek niezbędny (conditio sine qua non) zaprzestania kontynuacji postępowania lub wykonania zamówienia. Jest to bowiem takiej natury zmiana, że nikt działający racjonalnie nie byłby jej w stanie przewidzieć przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro tak, może polegać na odpadnięciu warunków istniejących w momencie wszczęcia postępowania, powstaniu nowych, dotychczas nieistniejących okoliczności albo takich, których rozwoju nie dało się przewidzieć." (tak A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran i in. Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el 2022, komentarz do art. 255 teza 18).

W doktrynie i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej - „KIO"), ukształtowanym na bazie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zm., dalej -„PZP2004") tożsamego treściowo do art. 255 pkt 5 PZP, wskazywano, że wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej zasadność unieważnienia postępowania musi mieć charakter obiektywny, „dlatego trzeba wykluczyć sytuacje, w których mamy do czynienia z lekkomyślnością zamawiającego (zdawał sobie sprawę, że okoliczności te wystąpią, lecz bezpodstawnie myślał, że ich uniknie) oraz jego niedbalstwem (w ogóle nie przewidywał zajścia nowych okoliczności, lecz mógł i powinien był je przewidzieć)." (tak A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran i in. Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el 2022, komentarz do art. 255 teza 19). „Zamawiający musi udowodnić,

że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu

odpowiedniej staranności przewidzieć, że zmienią się okoliczności, a w wyniku ich zmiany - kontynuować postępowania, i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Zmiana okoliczności musi mieć przy tym charakter istotny, a więc

znaczący i niebagatelny.” (tak W. Dzierżanowski [w:] W. Dzierżanowski i in. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2021, komentarz do art. 255 teza 8).

W wyroku z dnia 13 maja 2019r., sygn. akt KIO 764/19 KIO zaakcentowała, że dla ziszczenia się podstawy unieważnienia postępowania przewidzianej w art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP2004 konieczne jest stwierdzenie, że po pierwsze istotna zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, a ponadto że zarówno zamawiający, jak i wykonawca przy zachowaniu należytej staranności nie mogli wcześniej przewidzieć wystąpienia zmiany. Okoliczności, o których mowa w art. 255 pkt 5 PZP muszą mieć zatem charakter trwały oraz nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle jednolitego poglądu piśmiennictwa i judykatury, to na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że zachowując należytą staranność, nie mógł wcześniej przewidzieć wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. „Z istotnymi zmianami okoliczności nie można zatem łączyć sytuacji mających swoje źródło w błędnych decyzjach zamawiającego podjętych w toku postępowania, za które ponosi on odpowiedzialność. Przykładowo dotyczy to braku dochowania przez zamawiającego należytej staranności w przygotowaniu postępowania. Błąd osoby przygotowującej postępowanie istnieje bowiem od samego początku, a tym samym nie może być co do zasady uznany za nową okoliczność, jaka wystąpiła dopiero w jego toku.” (tak A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran i in. Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el 2022, komentarz do art. 255 teza 19).

Warunkiem koniecznym ziszczenia się przesłanki unieważnienia, o której mowa w art. 255 pkt 5 PZP jest również spowodowanie przez nie dające się przewidzieć okoliczności skutku przejawiającego się w tym, iż dalsze prowadzenie postępowania lub wykonywanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

„Interes publiczny” nie doczekał się definicji legalnej ani na gruncie PZP ani jakiejkolwiek innej ustawy. W uchwale z dnia 12 marca 1997r., sygn. akt: W 8/96 Trybunał Konstytucyjny przyjął, 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 czy porządku publicznego. Dodatkowo termin „publiczny” wskazuje na konieczność kierowania się dobrem ogólnym, a nie indywidualnym. Nie jest to potrzeba jednostki lub mniejszości w jakiejś zorganizowanej grupie osób. Wobec tego istotą interesu publicznego są przede wszystkim wartości podstawowe, a pojęcie to może mieć wymiar ekonomiczny, polityczny lub prawny.

W piśmiennictwie podkreśla się, że powołanie się na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 5 PZP wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem interesu publicznego, który nie musi być tożsamy z interesem zamawiającego. Zamawiający powinien zatem wskazać, jaki interes publiczny wymagał dokonania przez niego unieważnienia postępowania, i wykazać, że jest on na tyle ważny i znaczący, iż bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców, gdyż tylko w ten sposób będzie w stanie udowodnić, że przesłanka ta wystąpiła.

W wyroku z dnia 14 grudnia 2020r., sygn. akt: 3078/20 KIO zaprezentowała wykładnię normy wywiedzionej z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP2004 (czyli normy tożsamej do zakodowanej w art. 255 pkt 5) PZP akcentując, że „W normie tej mowa o zmianie okoliczności, czyli zaistnieniu pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania nie leży w interesie publicznym. Dochodzi do wystąpienia obiektywnej, trwałej zmiany stanu faktycznego - czego nie można było przewidzieć w chwili wszczęcia postępowania - w stopniu tak istotnym, że powoduje to, iż wykonanie zamówienia będzie niecelowe, lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Dotyczy to więc zdarzeń wyjątkowych i może znaleźć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy kontynuacja postępowania prowadziłoby do wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu. Dodatkowo, przedmiotowa zmiana okoliczności powinna być zmianą niezależną od zamawiającego, zmianą zewnętrzną, ponieważ przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do stanu, w którym strona udzielająca zamówienia ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jest niedopuszczalne na gruncie systemowej i teleologicznej wykładni reguł p.z.p. Istotą bowiem ustawowego uprawnienia do unieważnienia postępowania jest objęcie nim przede wszystkim sytuacji nadzwyczajnych, wyjątkowych - takich, które musi rozwiązać ustawodawca, bowiem zamawiający z samej natury rzeczy nie mógłby ich w żaden sposób uregulować, ponieważ nie mógł liczyć się z tym, że wystąpią. Zmiana strategii biznesowej nie wpisuje się w przesłankę zmiany okoliczności niezależnej od zamawiającego. Zamawiający sam wykreował okoliczność, z którą wiązano unieważnienie przetargu, więc nie jest to obiektywna przyczyna do zakończenia postępowania - jej zaistnienie nie jest niezależne od

samego zamawiającego, a zostało przez niego wywołane. Interes publiczny, wskazany w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., nie może być utożsamiany wyłącznie z interesem ekonomicznym zamawiającego. O ile jednostki zamawiające winny dokonywać wydatków w sposób racjonalny, co weryfikują organy kontrolne w ramach swojej kognicji, to jednak czym innym jest unieważnienie przetargu, kiedy inwestycja nie leży w interesie publicznym, a czym innym jest decyzja o zmianie strategii biznesowej. Jeżeli przedmiotem zamówienia są prace badawcze i rozwojowe, to w ustalonym stanie rzeczy interes publiczny w udzieleniu zamówienia wymaga szerszego spojrzenia, niż sytuacja ekonomiczna zamawiającego, poprzez ogół negatywnych skutków, jakie niesie za sobą odstąpienie od zamówienia."

W wyroku z dnia 19 grudnia 2018r., sygn. akt: KIO 2526/18, Izba podkreśliła, że „Zmiana decyzji Zamawiającego co do sposobu realizacji określonych zadań publicznych nie stanowi sama w sobie ochrony interesu publicznego. Każda zmiana decyzji Zamawiającego skutkująca unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. winna zawierać uzasadnienie, wykazanie korzyści wynikających z jej podjęcia, sposobu ochrony interesu publicznego, jak również wykazania, iż przyjęta strategia działania przewyższa interes indywidualny przedsiębiorcy i nie stoi w sprzeczności z funkcjami systemu zamówień publicznych."

W prowadzonym postępowaniu w ocenie Odwołującego Zamawiający absolutnie nie wykazał, aby wystąpiła nie dająca się wcześniej przewidzieć istotna zmiana powodująca, że prowadzenie postępowania i zakończenie go zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego nie leży w interesie publicznym.

Zamawiający, w ocenie Odwołującego, w żaden sposób nie wykazał związku przyczynowo - skutkowego (wpływu) pomiędzy okolicznościami, które mogłyby zostać uznane za wydarzenia powodujące istotną zmianę okoliczności (Zamawiający ogólnikowo powołał się na negatywne skutki gospodarcze wojny wywołanej zbrojną agresją Federacji Rosyjskiej na Republikę Ukrainy, wciąż trwającym stanem epidemii a także wskazał na postępującą dynamiczną inflację oraz znaczący wzrost kosztów energii elektrycznej i gazu) a wywołaniem stanu braku interesu publicznego w dalszym prowadzeniu postępowania. Zamawiający nie udowodnił, ani nawet nie podjął próby wykazania, że powołane przez niego zjawiska skutkują koniecznością zaniechania realizacji zamówienia z uwagi na wywołanie stanu braku interesu publicznego w realizacji zamówienia udzielanego w postępowaniu. Zamawiający poprzestał jedynie na wymienieniu okoliczności, które faktycznie można uznać za nieprzewidywalne (z wyjątkiem stanu epidemii, gdyż ten trwa nieprzerwanie od ponad dwóch lat a dodatkowo w ostatnich tygodniach obserwowany jest wyraźny spadek zakażeń koronawirusem SARS-CoV-2) konstatując, że spowodują one wzrost kosztów eksploatacji przedmiotu zamówienia udzielanego w postępowaniu. Zamawiający w treści zawiadomienia nie podejmuje nawet jakichkolwiek prób wyjaśnienia i wykazania w jaki sposób wprowadzenie modelu hydraulicznego do eksploatacji przez Katowickie Wodociągi S.A., pomimo toczącej się wojny w Ukrainie, trwającego stanu epidemii, postępującej inflacji i kosztów energii, miałoby aktualnie do niedającego się przewidzieć wzrostu cen zawartych w taryfach za dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków i przede wszystkim - w jaki sposób te okoliczności wpływają na istnienie bądź nie interesu publicznego w realizacji zamówienia.

Argumentacja Zamawiającego zdaje się sprowadzać do tego, że w ocenie Zamawiającego wymienione w zawiadomieniu okoliczności spowodują wzrost kosztów eksploatacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem w pełni adekwatny i trafny pozostaje pogląd KIO, zgodnie z którym „O tym czy dana usługa leży czy nie w interesie publicznym, nie decyduje wyłącznie to czy zamawiający uzyska większą efektywność tańszą metodą. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. nie odnosi się bowiem do konieczności osiągnięcia lepszego efektu choćby finansowego w drodze zmiany okoliczności. Przepis wymaga jedynie, aby nastąpiła zmiana okoliczności, przez którą odpadnie interes publiczny w wykonaniu zamówienia i aby ta zmiana nie była możliwa do przewidzenia." (wyrok z dnia 19 grudnia 2016r., sygn. akt: KIO 2301/16). Ewentualne (gdyż nieudowodnione przez Zamawiającego) zwiększenie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia czy jego eksploatacji pozostaje kwestią zupełnie odrębną od interesu publicznego, który nie może być rozumiany jako optymalizacja kosztów czy poczynienie oszczędności.

W szczególności za wyjaśnienie istnienia takiego związku nie można uznać przywoływanej przez Zamawiającego konieczności zatrudnienia przez Katowickie Wodociągi S.A. dodatkowego personelu dedykowanego do obsługi modelu hydraulicznego. Zamawiający jako gospodarz postępowania i podmiot odpowiedzialny za jego przygotowanie i przeprowadzenie ponosi odpowiedzialność za należyte przeprowadzenie tego procesu. Liczba dodatkowego personelu, którego zatrudnienie będzie wymagane w związku z wdrożeniem modelu hydraulicznego powinna być znana Zamawiającemu (a tym bardziej Katowickim Wodociągom S.A.) na długo przed wszczęciem postępowania, a w zasadzie już na etapie podejmowania decyzji co do tego, czy postępowanie w ogóle zostanie wszczęte i przeprowadzone. Dodatkowo refleksja co do ewentualnych nakładów finansowych,

koniecznych w celu wykorzystywania modelu hydraulicznego powinna była pojawić się u Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania. Tymczasem refleksja co do konieczności zatrudnienia dodatkowego personelu pojawiła się dopiero po upływie ponad 3 miesięcy od dnia, w którym upływał terminu składania ofert.

Z uwagi na zawodowy charakter prowadzonej przez Zamawiającego działalności w pełni uzasadnione jest odnoszenie do Zamawiającego wyższego miernika staranności, jak wymaga tego art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego. W wyroku z dnia 15 lipca 2020r. w sprawie o sygn. akt: I ACa 414/19 Sąd Apelacyjny w Łodzi wskazał, że „Jak wynika z art. 355 § 2 k.c., należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

W takim wypadku profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności. Od profesjonalisty - obok fachowych kwalifikacji wymaga się zwiększonego zaangażowania w podjęte działania przygotowujące i realizujące świadczenie. Chodzi tu o większą zapobiegliwość, rzetelność, dokładność w działaniach dłużnika - profesjonalisty, w stosunku do podmiotów, którzy nie wykonują zobowiązania w ramach swojej działalności gospodarczej. Dodać trzeba, że należyta staranność osoby zawodowo wykonującej zobowiązanie - poza sytuacjami, w których umówiono się inaczej - jest rozumiana, jako przeciętnie wymagana, a więc zachowująca ustaloną wzorcem średnią na wystarczającym poziomie, na tyle dobrym, aby prawidłowo wykonać czynności zawodowe.” Nie sposób zatem znaleźć usprawiedliwienie dla nieprzewidzenia przez Zamawiającego konieczności dotrudnienia personelu w celu obsługi modelu hydraulicznego jeszcze przed wszczęciem postępowania. Nie można również zakwalifikować tej okoliczności jako wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, której zaistnienia nie można było wcześniej przewidzieć, w szczególności nie mógł przewidzieć jej wystąpienia Zamawiający, do którego zastosowanie ma podwyższony miernik staranności.

Z dokumentów zamówienia ewidentnie wynika, że głównym użytkownikiem modelu hydraulicznego (systemu), który miał dostarczyć wykonawca wybrany w postępowaniu miał być Zamawiający, a nie Katowickie Wodociągi S.A. W punkcie pierwszym załącznika nr 7 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (dalej - „OPZ”) wyraźnie wskazano, że „Beneficjentem i użytkownikiem narzędzia do planowanych inwestycji oraz do prezentacji i edycji danych przestrzennych jest Zamawiający: Katowicka Infrastruktura Wodociągowo-Kanalizacyjna Sp. z o.o.” (oznaczenie Zamawiającego przed przekształceniem). Beneficjentem oraz użytkownikiem modelu hydraulicznego jest Zamawiający: Katowicka Infrastruktura Wodociągowo-kanalizacyjna Sp. z o.o. oraz Operator sieci: Katowickie Wodociągi S.A.

Z treści OPZ wynika przy tym bezsprzecznie, że głównym użytkownikiem modelu hydraulicznego miał być Zamawiający. Jako jedyny miał mieć on dostęp do wszystkich modułów modelu hydraulicznego stanowiącego przedmiot zamówienia. Katowickie Wodociągi S.A. miała mieć dostęp tylko do części modułów modelu hydraulicznego. Zgodnie z OPZ, w ramach wykonania zamówienia wybrany wykonawca byłby zobligowany do dostarczenia:

- 6 licencji aplikacji do modelowania sieci kanalizacyjnej 1D oraz 2 licencje pływające do

modelowania 2D,(OPZ str. 46 pkt 10),

- minimum 2 licencje do narzędzia wspomagającego planowanie modernizacji sieci wod-kan,

(OPZ str. 35 pkt 8.1)

- 10 licencji dla aplikacji web do edycji i przeglądania danych przestrzennych,
- 3 licencje aplikacji do edycji i przeglądania danych przestrzennych typu desktop (dla 3 użytkowników). (OPZ str. 41 pkt 8.5.).

Łącznie Zamawiający wymagał dostarczenia dokładnie 23 licencji, z czego jedynie 4 z nich Zamawiający planował przekazać na rzecz Katowickich Wodociągów S.A. (licencje do modelowania sieci kanalizacyjnej). Zamawiający w pkt 10 OPZ informuje, iż „Korzystanie z modelu oraz oprogramowania musi być zatem możliwe zarówno przez Zamawiającego jak i Operatora” (czyli Katowickie Wodociągi S.A.). Nie jest zatem tak, jak twierdzi Zamawiający w zawiadomieniu, że faktycznym użytkownikiem przedmiotu zamówienia udzielanego w postępowaniu będzie jedynie Katowickie Wodociągi S.A. Abstrahując bowiem od kwestii konieczności odróżnienia interesu publicznego od interesu Zamawiającego czy innych podmiotów, to Zamawiający uzyska główną korzyść z wykonania zamówienia.

Analogiczną informację można pozyskać z przez Zamawiającego załącznika nr 4 do SWZ stanowiącego wzór umowy. Wynika z niego, że użytkownikiem modelu hydraulicznego oraz aplikacji do modelowania, dostarczanych w wykonaniu zamówienia będzie Zamawiający oraz Katowickie Wodociągi S.A. Użytkownikiem modułu wspierającego

planowanie modernizacji oraz narzędzia do prezentacji i edycji danych przestrzennych będzie natomiast wyłącznie Zamawiający.

Podnosząc, że model hydrauliczny nie był przeznaczony na użytek własny Zamawiającego, Zamawiający zaprzecza dokumentacji postępowania, zaprzeczając istnieniu uzasadnionej potrzeby zakupowej, która miała zostać zaspokojona z wykorzystaniem środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej. Sama okoliczność współfinansowania realizacji zamówienia ze środków zewnętrznych implikuje konieczność osiągnięcia założonych celów (m.in. wskaźników projektu) zadeklarowanych we wniosku o dofinansowanie. Brak osiągnięcia założonego i zadeklarowanego rezultatu będzie skutkować co najmniej nałożeniem korekty finansowej, a w skrajnym przypadku - uznaniem, że środki z budżetu Unii Europejskiej zostały wydatkowane niezgodnie z przeznaczeniem, co obligować będzie Zamawiającego do ich zwrotu Instytucji Zarządzającej. Na marginesie warto zauważyć, że kończy się okres programowania i niewykorzystane przez Zamawiającego środki (środki, które podlegać będą zwrotowi) najpewniej nie zostaną przekazane innym beneficjentom i będą musiały zostać zwrócone do budżetu Unii Europejskiej. To zaś już samo w sobie wydaje się być sprzeczne z dobrze rozumianym interesem publicznym.

W świetle powyższego rzekoma rezygnacja Katowickich Wodociągów S.A., z użytkowania modelu hydraulicznego (do którego i tak miałby dostęp jedynie w zakresie wybranych funkcjonalności), nie powoduje, że cały przedmiot zamówienia staje się zbędny dla Zamawiającego czy też, co gołosłownie podnosi Zamawiający - że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. W OPZ wskazano bowiem, że model hydrauliczny i pozostałe elementy stanowiące przedmiot zamówienia będą wspomagać budowę i modernizację sieci kanalizacyjnej na terenie Katowic, a tym samym będą bezpośrednio wspomagać statusową działalność Zamawiającego, której prawidłowe i efektywne wykonywanie niewątpliwie mieści się w dobrze pojmowanym interesie publicznym.

W praktyce bowiem posiadanie modelu hydraulicznego przez spółki wod-kan jest ukierunkowane na wzrost efektywności prowadzonych inwestycji oraz redukcję kosztów zarówno eksploatacyjnych, jak i remontowych. Modele hydrauliczne w praktyce pozwalają na weryfikację założeń projektowych oraz optymalizację nakładów finansowych w taki sposób, aby były one jak najbardziej efektywne przy jednoczesnej redukcji kosztów inwestycyjnych.

Analiza pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Katowickimi Wodociągami S.A. absolutnie nie prowadzi do wniosku, że Katowickie Wodociągi S.A. rezygnują z korzystania z modelu hydrauliczny czy innych produktów, wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Wbrew wrażeniu jakie, jak się wydaje, pragnie wywołać Zamawiający, Katowickie Wodociągi S.A. absolutnie nie kwestionują zasadności wykonania zamówienia, w szczególności pozyskania modelu hydraulicznego, a jedynie wyrażają dezaprobatę dla proponowanych przez Zamawiającego kosztów dzierżawy produktów uzyskanych w wyniku wykonania zamówienia. Całość argumentacji prezentowanej przez Katowickie Wodociągi S.A. ma zatem wyłącznie charakter negocjacji ceny, nie zaś rzetelnej i obiektywnej oceny zasadności wykonania zamówienia.

Pismo Katowickich Wodociągów S.A. z dnia 3.03.2022r., na które powołuje się Zamawiający jest w istocie kontynuacją argumentacji przygotowanej na prośbę Zamawiającego - wyrażoną w piśmie z dnia 2.03.2022r. Katowickie Wodociągi S.A. w piśmie z dnia 1.03.2022r. w sposób jednoznaczny potwierdzają wolę korzystania z produktów uzyskanych w wykonaniu zamówienia wskazując, że „Natomiast jesteśmy zainteresowani

korzystaniem z wykonanego i aktualizowanego na bieżąco modelu na zasadzie udostępniania.” Jednocześnie jednak Katowickie Wodociągi S.A. podkreślają, że to głównie Zamawiający będzie korzystać z produktów wykonanych w wyniku realizacji zamówienia, co pozostaje w pełnej zgodzie z treścią OPZ.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego, zestawienie przez Zamawiającego dwóch niezależnych od siebie okoliczności faktycznych, tj. potrzeby zatrudnienia dodatkowego personelu oraz aktualnie panującej sytuacji gospodarczej związanej z wojną w Ukrainie, wpływem kończącej się epidemii, postępującej inflacji oraz wzrostu kosztów cen energii elektrycznej i gazu na celowość wykonania zamówienia ma na celu wytworzenie niezgodnego z rzeczywistością przeświadczenia, iż w postępowaniu doszło do kumulatywnego ziszczenia się warunków unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5) PZP, podczas gdy w istocie działanie Zamawiającego jest sanowaniem aktów własnej niestaranności zaistniałych na etapie przygotowania postępowania (nieprzewidzenie wpływu rotacji personelu na wykonanie zamówienia) poprzez kreowanie całkowicie nietrafnej wizji jakoby wykonanie zamówienia udzielanego w postępowaniu nie leżało już w interesie publicznym. ‘

W istocie nie sposób bowiem dopatrzyć się żadnych okoliczności, które miałyby charakter nieprzewidzialny (pomimo zachowania należytej staranności), a których wystąpienie skutkowałoby odpadnięciem interesu publicznego dla wykonania zamówienia. Okolicznością taką na pewno nie jest zaniechanie przez Zamawiającego poczynienia wcześniejszych ustaleń dotyczących zasad udostępniania Katowickim Wodociągom S.A. produktów powstałych w wykonaniu zamówienia, w szczególności wysokości ponoszonych z tego tytułu kosztów. Absolutnie niedopuszczalnym działaniem Zamawiającego jest przenoszenie odpowiedzialności za te uchybienia na Odwołującego, który wskutek bierności i niestaranności Zamawiającego ma być pozbawiony możliwości realizacji zamówienia, pomimo iż złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu.

Podnoszona przez Zamawiającego argumentacja jest dopasowywana do z góry przyjętej tezy o konieczności unieważnienia postępowania, pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych dla takiego działania, co powoduje naruszenie zasady przejrzystości, o której mowa w art. 16 PZP.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 17 UST. 2 PZP

W świetle art. 17 ust. 2 PZP zamawiający zobligowany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami PZP.

W realiach sprawy Zamawiając, pomimo braku ziszczenia się w stosunku do oferty Odwołującego którejkolwiek z przesłanek odrzucenia, a także braku zaistnienia przesłanki unieważnienia postępowania opisanej w art. 255 pkt 3 PZP, nie dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Zamawiający nie ma podstawy faktycznej czy prawnej umożliwiającej niedokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W rozpatrywanej sytuacji prawidłowym działaniem Zamawiającego powinien być wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej a następnie zawarcie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze całokształt wyżej poniesionej argumentacji Odwołujący wnosił jak

w petitum.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem biorącym udział w postępowaniu, złożył ofertę i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, Unieważnienie postępowania przez Zamawiającego to uzyskanie zamówienia uniemożliwia oraz godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu zysku przy realizacji przedmiotu zamówienia. Czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do powstania szkody po stronie tego Wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień po żadnej ze Stron. Oferta Odwołującego była jedyną złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Odwołujący na rozprawie potrzymał stanowisko wyrażone w odwołaniu.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie jest dofinansowane ze środków Unii Europejskiej. Wykonawca zobowiązany jest wykonać zamówienie w terminie 16 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Zamawiający oświadczył, że zastosuje procedurę wskazaną w art. 139 ust. 1 uPzp (tzw. „procedura odwrócona").

Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że Beneficjentem i użytkownikiem narzędzia

do planowanych inwestycji oraz do prezentacji i edycji danych przestrzennych jest

Zamawiający: Katowicka Infrastruktura Wodociągowo-Kanalizacyjna Sp. z o.o.
Beneficjentem oraz użytkownikiem modelu hydraulicznego jest Zamawiający: Katowicka Infrastruktura Wodociągowo-kanalizacyjna Sp. z o.o. oraz Operator sieci: Katowickie Wodociągi S.A.

Cel stworzenia opracowania określono w następujący sposób: Zamawiający zarządza majątkiem wodno-ściekowym oraz odpowiada za rozwój infrastruktury wodno-ściekowej poprzez wykonywanie zadań, w tym związanych z pozyskiwaniem i zarządzaniem środkami m.in. Funduszu Spójności dla realizacji modernizacji katowickiego systemu wodociągowo-kanalizacyjnego.

Celem opracowania jest stworzenie narzędzi komputerowych ułatwiających codzienne zarządzanie siecią kanalizacji sanitarnej, deszczowej oraz ogólnospławnej, jak również obiektywne określenie kierunków działań inwestycyjnych i eksploatacyjnych w oparciu o analizę wielokryterialną. Utworzone narzędzia umożliwią stały nadzór nad funkcjonowaniem systemu kanalizacyjnego, symulację pracy sieci w okresie deszczowym i bezdeszczowym wraz z oceną wpływu zmian klimatu, w tym intensywnych opadów atmosferycznych, na gospodarowanie wodami opadowymi w mieście oraz określenie możliwości retencji i opracowanie modułu obsługi inwestycji. Minimalizacja kosztów eksploatacyjnych wraz ze wskazaniem planowanych działań inwestycyjnych w efekcie prowadzić będzie do polepszenia działania systemu kanalizacyjnego oraz ograniczenia jego niekorzystnego wpływu na środowisko naturalne.

Zgodnie z definicjami określonymi we wzorze umowy „Użytkownikiem" będzie podmiot, który docelowo będzie korzystał z narzędzi opracowanych w ramach przedmiotu zamówienia na podstawie licencji. Użytkownikiem modelu hydraulicznego oraz aplikacji do modelowania będzie Zamawiający oraz Katowickie Wodociągi S.A. Użytkownikiem modułu wspierającego planowanie modernizacji oraz narzędzia do prezentacji i edycji danych przestrzennych będzie Zamawiający.

W postępowaniu złożono jedną ofertę - przez Odwołującego. Cena teju oferty mieściła się w budżecie Zamawiającego. Odwołujący został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W dniu 8 kwietnia 2022 roku Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć.

W uzasadnieniu faktycznym decyzji podniesiono, że Zamawiający jest podmiotem, który prowadzi działalność w zakresie budowy i modernizacji sieci kanalizacyjnej i oczyszczalni ścieków na terenie miasta Katowice. Wytworzony majątek jest docelowo przekazywany w dzierżawę i eksploatację Katowickim Wodociągom S.A. Także przedmiot zamówienia miał zostać przekazany w dzierżawę i do użytkowania temu podmiotowi, czyli model hydrauliczny i monitoring sieci kanalizacyjnej. Na cały projekt Zamawiający uzyskał dofinansowanie z budżetu UE. Celem realizacji zamówienia podmioty kontynuowały współpracę, począwszy od roku 2018. W toku prac zdecydowano o podziale zadania na dwie części obejmujące wykonanie systemu monitoringu i modelu, co miało przyspieszyć prace. Współpracę i przeznaczenie modelu wraz z narzędziem do planowania inwestycji, prezentacji i edycji danych przestrzennych potwierdza wzór umowy w przedmiotowym postępowaniu, gdzie Katowickie Wodociągi S.A. zostały wymienione jako Użytkownik modelu.

Już po otwarciu ofert, podczas procesu badania i oceny ofert Spółka Katowickie Wodociągi poinformowała Zamawiającego o odmowie przyjęcia w dzierżawę modelu, wskazując, że działalność Spółki nie jest bezpośrednio ukierunkowana na osiąganie zysku z podstawowej działalności, Spółka działa na rzecz mieszkańców. Model hydrauliczny nie jest niezbędny do realizacji zadań statutowych. Przyjęcie modelu spowodowałoby znaczne obciążenia finansowe, co musiałoby doprowadzić do wzrostu taryfy za odbiór ścieków. Spółka nie dysponuje odpowiednim zespołem osób dedykowanych do bieżącej eksploatacji modelu. Jego przejęcie wiązałoby się z potrzebą znacznego rozszerzenia zespołu kadrowego. To oraz koszt dzierżawy systemu skutkowałby ponoszeniem znacznych kosztów w wieloletniej perspektywie czasowej.

Ponadto Spółka przywołała w piśmie takie uwarunkowania jak obecna sytuacja w kraju i na świecie, trwająca od 2 lat pandemia, postępująca dynamicznie inflacja, znaczny wzrost kosztów energii elektrycznej i gazu, stan wojny w Ukrainie, co wpłynie na narastanie kryzysu gospodarczo-politycznego. To wszystko wiązałoby się z koniecznością podniesienia

opłat dla mieszkańców za taryfy. Wobec tego przejęcie modelu nie leży w szeroko pojętym interesie publicznym. O ile model hydrauliczny mógłby przyczynić się do poprawy w zakresie dzierżawionej infrastruktury, o tyle zysk z takiej dzierżawy w ocenie Spółki jest niewspółmierny do kosztów, jakie społeczność lokalna musiałaby ponieść.

Z tych powodów Zamawiający oświadczył, że nie znajduje podstaw do zakupu modelu hydraulicznego, gdyż nie był on przeznaczony na użytek własny Zamawiającego, dla działalności którego ten system nie jest niezbędny i użyteczny, do obsługi którego nie posiada wykwalifikowanego personelu. Stąd powstała konieczność unieważnienia postępowania, bowiem jego cel nie może zostać osiągnięty. Zamawiający nie mógł przewidzieć powyższych okoliczności, okoliczność zmiany stanowiska przez Katowickie Wodociągi nastąpiła w toku przedmiotowego postępowania.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania w sytuacji spełnienia przesłanek ustawowych i nie może odstąpić od wykonania tej czynności, co oznacza, że przepis ma charakter sankcyjny i obligatoryjny. Czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia będzie prawidłowa wtedy, gdy wszystkie przesłanki zawarte w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp zostaną spełnione. Ponadto zauważyć należy, że przesłanki unieważnienia postępowania nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Przepisy dotyczące unieważnienia postępowania mają bowiem charakter wyjątku, gdyż celem postępowania o udzielenie zamówienia - jak wynika z definicji ustalonej w art. 7 pkt 18 ustawy Pzp - jest wyłonienie wykonawcy i zawarcie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, że przepisy o charakterze wyjątku od reguły podlegają wykładni restrykcyjnej.

Przesłankami wymaganymi przez art. 255 pkt 5 ustawy Pzp są: istotna zmiana okoliczności, brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzieleniu zamówienia oraz brak możliwości wcześniejszego przewidzenia tej sytuacji. Przesłanki zmiany okoliczności oraz braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzielenia zamówienia powinny być połączone wystąpieniem adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego. Oznacza to, że brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzielenia zamówienia jest rezultatem nieprzewidywalnej zmiany okoliczności o istotnym charakterze.

Zdaniem składu orzekającego Izby, Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania nie wykazał wystąpienia przesłanek warunkujących możliwość unieważnienia postępowania. Przede wszystkim nie można mówić, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć. Nieprzewidywalność zmiany okoliczności ma miejsce wtedy, gdy zmiana następuje wbrew zwyczajnemu biegowi rzeczy, którego należałoby racjonalnie oczekiwać. Co do zasady zatem są to okoliczności niezależne od zamawiającego.

W badanym postępowaniu Zamawiający powołuje się w ocenie Izby na okoliczności wynikające poniekąd z jego własnego działania lub jego zaniechań w zakresie prowadzenia postępowania, którego beneficjentem uzyskanych produktów miał być dodatkowo inny podmiot niż sam Zamawiający (spółka Katowickie Wodociągi). Zamawiający prowadzi postępowanie będące większą częścią projektu, na który uzyskał dofinansowanie. Zamawiający potwierdził na rozprawie, że w umowie o dofinansowanie drugi z podmiotów, który miał korzystać z przedmiotu stanowiącego część zamówienia, został wymieniony.

Opisane we wniosku zostały także zasady, według których będzie odbywało się to korzystanie, mianowicie dzierżawa w zamian za uiszczanie czynszu dzierżawnego. W ocenie Izby słusznie zauważył Odwołujący na rozprawie, że Zamawiający od lat realizując zamówienia publiczne z udziałem innej spółki winien być zadbać o jasne określenie zasad i wysokości dzierżawy i czynszu. Jeżeli współpraca obu podmiotów ma wieloletni charakter i spółce Katowickie Wodociągi znane są stawki czynszu, to szacowanie wysokości kosztów projektu powinno było odbyć się z uwzględnieniem tych kosztów. Również ewentualną niekwalifikowalność wydatków należy uznać za rezultat działania Zamawiającego, choć przede wszystkim argumentacja ta nie pojawiła się w informacji o unieważnieniu postępowania. I jak wynika ze stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie, zdaje się on taką ewentualność akceptować.

Żadną nową okolicznością nie jest w tej mierze, zdaniem Izby, wysokości stawek taryf za dostawę wody i poziom osiągany na tej podstawie poziom dochodów, a przynajmniej okoliczności tych nie udowodniono. Stawki te zostały ustalone w latach ubiegłych, co dotyczy również prognoz wzrostu tych stawek. Faktem jest, iż w momencie składania wniosku o dofinansowanie bazowano na innej wysokości i prognozowano wyższy wzrost poziomu taryf. Tym niemniej po zmianie przepisów ustawowych Wody Polskie, podmiot wyznaczony do regulacji stawek i zatwierdzania taryf, zatwierdziły niższe taryfy w latach poprzednich więc Zamawiający i Katowickie Wodociągi wiedziały na jakie zyski mogą liczyć w ramach tej gałęzi świadczonych usług. Ponadto okoliczności te znane były zarówno Zamawiającemu, jak i Wodociągom Katowickim przed wszczęciem przedmiotowego postępowania. Ustalenie odpowiednich zasad szacowania kosztów do poniesienia jest nie tylko uprawnieniem ale obowiązkiem Zamawiającego. Jeżeli wiadomym było, że uległo zmianie otoczenie kosztotwórcze w stosunku do założeń projektu o dofinansowanie, to okoliczności te winny być poddane analizie przed wszczęciem postępowania, a nie po jego ogłoszeniu.
Co więcej, argumentacji tej brakuje w piśmie przekazanym Zamawiającemu, na treści którego bazował Zamawiający unieważniając postępowanie. Katowickie Wodociągi w zakresie argumentacji dotyczącej taryf odniosły się prognozowanego wzrostu tych stawek, którego zasady również znane były obu podmiotom, nie tylko w momencie ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale także w momencie składania wniosku o dofinansowanie. To że Katowickie Wodociągi uznały, że w obecnej sytuacji gospodarczo politycznej model hydrauliczny nie jest niezbędny do prowadzania bieżącej działalności, nie jest istotną zmianą okoliczności, której nie można było przewidzieć.
W piśmie z marca 2022 roku Katowickie Wodociągi w bardzo ogólnikowy i lakoniczny sposób odnoszą się do związku między wysokością taryf a koniecznością unieważnienia postępowania. Szersza argumentacja pojawia się dopiero w piśmie będącym załącznikiem do odpowiedzi na odwołanie. Podkreślić jednak należy, iż argumentacja ta nie była podstawą do unieważnienia postępowania. Odwołujący decydując się na skorzystanie ze środków ochrony prawnej nie mógł się do niej odnieść w odwołaniu, więc argumenty te pozostają poza rozstrzygnięciem Izby.

Za okoliczność umożliwiającą unieważnienie postępowania nie można uznać stanu epidemii. Sytuacja ta bowiem trwa od 2 lat i nie jest żadną nową okolicznością, o której Zamawiający lub inny podmiot gospodarczy nie wiedział. Stan epidemii istniał w momencie wszczęcia postępowania, a w toku jego trwania doszło do zniesienia większości obostrzeń, więc sytuacja ta działa raczej na korzyść podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, niż na ich niekorzyść. Co najmniej natomiast Zamawiający nie wykazał w jaki sposób stan ten negatywnie przekłada się na prowadzone postępowanie.

Co do wzrostu inflacji, to również nie można tej okoliczności uznać za nadzwyczajną lub taką, której nie można było przewidzieć. Inflacja jest zjawiskiem gospodarczym, z którym mamy do czynienia praktycznie zawsze, natomiast jej wzrost można było przewidzieć, biorąc pod uwagę choćby wystąpienie epidemii i zmiany gospodarcze, które wiążą się z tym zjawiskiem, które miały miejsce już w momencie ogłoszenia postępowania. Poza tym każdy profesjonalista prowadzący działalność gospodarczą powinien przewidywać i zakładać wystąpienie czynników gospodarczych o zmiennym charakterze oraz dokonać przełożenia tych czynników na prowadzoną działalność. Izbie nie wykazano, że mający miejsce wzrost inflacji w tak znaczący sposób przełożył się na koszty postępowania, że konieczne było jego unieważnienie. Nie przedstawiono w tej mierze żadnych wyliczeń.

W złożonym Zamawiającemu piśmie Katowickie Wodociągi powoływały się na działania wojenne rozpoczęte na terenie Ukrainy, które nie pozostają bez wpływu na sytuację na terenie RP. Niewątpliwie teza ta jest prawdziwa, jednakże wykazać należało, że ma miejsce wpływ działań wojennych w Ukrainie na sytuację danego podmiotu. Takich natomiast okoliczności nie wykazano.

Izba zauważa, że pismo z marca 2022 roku otrzymane od spółki Katowickie Wodociągi nie zawiera argumentacji prowadzącej do konieczności podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania. Jego treść nie tworzy zatem istotnej zmiany okoliczności. Celnie podkreślał Odwołujący, tak w odwołaniu, jak i na rozprawie, że spółka nadal jest zainteresowana korzystaniem z modelu hydraulicznego, jednak blokadę tej czynności stanowi wysokość czynszu dzierżawnego, ta zaś w całości zależy od samego Zamawiającego.

Zupełnie nie zasługuje na podzielenie argumentacja prezentowana zarówno przez samego Zamawiającego, jak też Katowickie Wodociągi odnosząca się do konieczności zatrudnienia dodatkowych pracowników, którzy obsługiwali będą model hydrauliczny. Okoliczności te z pewnością winien przewidzieć Zamawiający, jak również drugi z beneficjentów projektu. Już w momencie planowania danego zadania inwestycyjnego, szacowania jego kosztów, konieczne było uwzględnienie właśnie tak podstawowych kosztów jak wynagrodzenie osób, które obsługiwały będą zrealizowany przedmiot zamówienia, jeżeli

podmioty takich osób nie zatrudniały. Poza tym ani Zamawiający, ani Katowickie Wodociągi okoliczności tej nie udowodniły.

Okoliczności podniesione w odpowiedzi na odwołanie, że Zamawiający zamierza ogłosić nowe postępowanie, z ograniczonym zakresem rzeczowym do infrastruktury pozostającej w jego zarządzie, nie jest wynikiem zmiany okoliczności, których nie można było przewidzieć. Jest to suwerenna decyzja Zamawiającego, nie stanowi i nie może stanowić źródła zobowiązania Zamawiającego do unieważnienia postępowania.
Co więcej, takie twierdzenia przeczą tezom z Informacji o unieważnieniu postępowania, że model hydrauliczny nie jest przeznaczony na użytek własny Zamawiającego i nie jest niezbędny i użyteczny dla prowadzonej działalności. Jeżeli Zamawiający planuje nabyć model przez ogłoszenie następnego postępowania, to znaczy, że widzi potrzebę takiego zakupu, ma na ten cel zabezpieczone środki. Zaś ograniczenie zakresu rzeczowego to skutek nieuzgodnionych zasad współpracy między podmiotami a nie nadzwyczajnej zmiany okoliczności, której nie można było przewidzieć.

W ocenie Izby przedstawiona przez Zamawiającego w Informacji o unieważnieniu postępowania i odpowiedzi na odwołanie argumentacja świadczy raczej o istnieniu nadal interesu publicznego zarówno w udzieleniu zamówienia, jak i w prowadzeniu postępowania. Każdy bowiem z podmiotów zaangażowanych w postępowanie potwierdza, że model hydrauliczny, który powstać ma w wyniku udzielenia zamówienia, niewątpliwe będzie miał pozytywny wydźwięk na prowadzoną przez spółki działalność i będzie pożyteczny dla każdego z podmiotów. Nie można zatem stwierdzić, że interes publiczny rozumiany jako poprawa działań w ramach prowadzonej działalności na rzecz społeczności lokalnej, większa efektywność prowadzonych działań inwestycyjnych, możliwość celniejszego typowania elementów infrastruktury wymagającej modernizacji nie będzie miała już miejsca.

Końcowo i niejako na marginesie Izba pragnie podkreślić, że czynnościom Zamawiającego można przypisać pewną niekonsekwencję. Zamawiający nie może się zdecydować, czy podstawą unieważnienia postępowania są okoliczności zgłoszone przez

Katowickie Wodociągi, czy też jego własna sytuacja. Niestety natomiast ani jedne, ani drugie nie zostały w należyty sposób wykazane czy też udowodnione.

Izba uznała za potwierdzone również zarzuty odnoszące się do naruszenia zasad prowadzenia postępowania, w tym zasady przejrzystości i zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny przejrzystość w odniesieniu do decyzji

zamawiającego oznacza, że motywy, którymi kieruje się zamawiający podejmując decyzje, albo wynikają z zasad określonych w dokumentach postępowania, albo z uzasadnienia przez

zamawiającego tych decyzji w dokumentach postępowania i są niezmienne w toku prowadzonego postępowania. Jak zauważono w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia motywy, którymi kierował się Zamawiający nie zostały wyjaśnione w sposób klarowny i jednoznaczny, nie miały pełnego charakteru co do rzeczywistych okoliczności warunkujących decyzję o unieważnieniu postępowania. Zasada, z której wynika, że zamawiającemu wolno jest udzielić zamówienia tylko temu wykonawcy, który został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, oznacza, iż zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego tylko z tym wykonawcą, który brał udział w prowadzonym przez niego postępowaniu. Jeżeli Odwołujący przygotował i złożył w prowadzonym postępowaniu ofertę, Zamawiający nie stwierdził żadnych błędów w tej ofercie, Wykonawca nie podlega wykluczeniu a jego oferta nie podlega odrzuceniu, cena oferty mieści się w budżecie Zamawiającego, Wykonawca ma prawo oczekiwać, że dokonany zostanie wybór takiej oferty, co umożliwi podmiotowi realizację przedmiotu zamówienia i osiągnięcie zakładanego zysku.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego

Przewodniczący: .....