

WYROK

z dnia 5 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2022 roku przez Wykonawcę BSG Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Dębno, przy udziale Wykonawcy I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

2. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego - Gminę Dębno i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania Odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego BSG Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego - Gminy Dębno na rzecz Odwołującego BSG Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu kwotę 13 600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego BSG Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 roku poz. 1710) 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:

KIO 2132/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Dębno - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Przebudowa stadionu lekkoatletycznego wraz z niezbędną infrastrukturą w Gminie Dębno - 400 m - certyfikowany - w zakresie części I - Wykonanie Areny Lekkoatletycznej” - znak postępowania: RI/02.01/1/2022.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 lipca 2022 r. pod numerem 00257946/01.

W dniu 9 sierpnia 2022 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

W dniu 16 sierpnia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawcę BSG Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu.

Odwołujący złożył odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 256 ustawy Pzp poprzez pozbawienie uzasadnienia prawnego, jak i faktycznego dokonanie czynności unieważnienia postępowania, przy zaniechaniu wykonania orzeczenia KIO sygn. akt KIO 1912/22 z dnia 27 lipca 2022 r, zgodnie z którym, Izba uwzględniając odwołanie Odwołującego w całości, nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień SWZ w sposób określony w sentencji orzeczenia tj. poprzez: 1.1. dokonanie zmiany specyfikacji warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia przez zmianę parametrów: - wytrzymałość na rozciąganie i określenie go w przedziale: 0,65 - 0,99 MPa, - wydłużenie przy rozciąganiu i określenie go w przedziale: 42 - 64%, - współczynnik tarcia TRRL i określenie go w przedziale: 50 - 60; 1.2. usunięcie wymogu złożenia wraz z ofertą Certyfikatu WA Class 1 dla obiektu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ w sposób zgodny z orzeczeniem Izby sygn. akt

KIO 1912/22 z dnia 27 lipca 2022 r

Argumentując ww. zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący przedstawił następująco stan faktyczny sprawy.

„Przedmiotem zamówienia jest przebudowa stadionu lekkoatletycznego w Dębnie, wraz z niezbędną infrastrukturą, z podziałem na części obejmujące przebudowę istniejącego stadionu miejskiego na potrzeby areny lekkoatletycznej, dostosowanej do wymagań obiektu kategorii Vb według klasyfikacji PZLA i IWA wraz z infrastrukturą i wyposażeniem

towarzyszącym. Celem zamierzenia jest przebudowa istniejącego kompleksu sportowego w celu uzyskania stadionu lekkoatletycznego kategorii V (B) wg klasyfikacji PZLA i IWA. Celem przebudowy jest stworzenie licencjonowanego kompleksu sportowego głównie ze stadionem lekkoatletycznym, oraz piłkarskim. Na arenie lekkoatletycznej będzie można przeprowadzać zawody okręgowe, lokalne, szkolne. W zakresie zasadniczej części zamówienia (Cześć 1) objętej odwołaniem przedmiot zamówienia obejmuje m.in.: Wykonanie Areny lekkoatletycznej, obejmująca wykonanie: a) Areny lekkoatletycznej: rozbiórki, podbudowy, nawierzchni poliuretanowej (likwidacja istniejącej bieżni żużlowej i wykonanie nowej dostosowanej do parametrów bieżni lekkoatletycznej czterotorowej: 4 tory okrężne o długości 400 mb i 6 torów na prostym odcinku o dł. 120 mb, o syntetycznej nawierzchni sportowej z pełną podbudową); b) Jednokierunkowej dwuścieżkowej skoczni do skoku w dal i trójskoku, z wyposażeniem stałym; c) Skoczni do skoku wzwyż; d) Sektorów rzutów z wyposażeniem stałym, obejmujących: a. jedną rzutnię do rzutów oszczepem, b. rzutnie do pchnięcia kulą - dwa stanowiska, c. rzutnię do rzutów dyskiem i młotem. (...) Szczegółowy zakres robót do wykonania określony jest w dołączonych do SWZ poszczególnych Zestawieniach rzeczowo - finansowych wg załączników nr 1a do poszczególnych części, w dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, a także w wytycznych do wyceny wg załącznika nr 4. 2.”.

Następnie Odwołujący odniósł się do postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnaturą akt KIO 1912/22, w wyniku którego Izba uwzględniła odwołanie kwestionujące ustalony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia i „(.) nakazała Zamawiającemu zgodnie z żądaniem odwołania dokonanie modyfikacji SWZ w trwającym postępowaniu w następujący konkretny i jednoznaczny sposób tj 1.1. dokonanie zmiany specyfikacji warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia przez zmianę parametrów: - wytrzymałość na rozciąganie i określenie go w przedziale: 0,65 - 0,99 MPa, - wydłużenie przy rozciąganiu i określenie go w przedziale: 42 - 64%, - współczynnik tarcia TRRL i określenie go w przedziale: 50 - 60; 1.2. usunięcie wymogu złożenia wraz z ofertą Certyfikatu WA Class 1 dla obiektu”.

Odwołujący podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia po zmianie nakazanej przez Izbę stanie się w pełni zgodny ze wszystkimi wymaganiami przewidzianymi dla nawierzchni bieżni lekkoatletycznych: zarówno World Athletics, jak również PZLA oraz obowiązującą normą PN-EN 14877: 2014 „Nawierzchnie syntetyczne niekrytych terenów sportowych. Specyfikacja”.

Następnie Odwołujący podniósł, że „(...) rozszerzenie granic parametrów technicznych poza otwarciem postępowania na konkurencję doprowadzi wyłącznie do uzyskania lepszych parametrów techniczno-użytkowych samej nawierzchni zarówno w zakresie jej trwałości (wpływ na czas użytkowania) jak również w odniesieniu do bezpieczeństwa dla jej użytkowników”.

Ponadto Odwołujący wskazał na wyroki Izby, które zostały wydane w sprawach dotyczących analogicznych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i które zostały przez Zamawiających wykonane w toku postępowań - nie było przeszkód prawnych ani faktycznych do dokonania modyfikacji OPZ i kryteriów oceny ofert w odniesieniu do parametrów technicznych nawierzchni lekkoatletycznych.

W dalszej kolejności Odwołujący podał treść zawiadomienia o unieważnieniu postępowania opublikowanego w toku postępowania w dniu 9 sierpnia 2022 r.: „(.) I Informujemy Państwa, że niniejsze postępowanie zostało w dniu dzisiejszym unieważnione na podstawie art. 256 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Powodem unieważnienia jest konieczność zmiany opisu przedmiotu zamówienia w wyniku rozstrzygnięcia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z uzasadnieniem czynności unieważnienia postępowania „(.) okolicznością, która powoduje, że kontynuowanie postępowania jest nieuzasadnione, ma być konieczność dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia. Modyfikacja SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia celem wykonania orzeczenia Izby sygn. akt KIO 1912/22 może i powinna być dokonana w toku prowadzonego postępowania jako czynność w ramach prowadzonej procedury. Nie ma żadnego uzasadnienia ani technicznego ani prawnego dla konieczności unieważnienia postępowania po to aby dostosować wymagania OPZ do nakazu Izby tj. aby dostosować do obowiązujących wartości zgodnych z wymaganiami WA i PZLA”.

Odwołujący wskazał, że potwierdzeniem tego są zmiany, jakich w toku trwających postępowań dokonali inni Zamawiający w postępowaniach prowadzonych w analogicznych okolicznościach, wykonując wyroki Krajowej Izby Odwoławczej.

Jako przykład takiego działania Odwołujący podał Zamawiającego - Miasto Sławno - prowadzącego postępowania oznaczone nazwą „Remont i przebudowa stadionu miejskiego

w Sławnie - obiekt certyfikowany". Odwołujący podniósł, że Izba wyrokiem o sygnaturze akt KIO 3466/21 nakazała Zamawiającemu „zmianę opisu przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji warunków zamówienia poprzez: 2.1. zmianę parametrów nawierzchni w zakresie: „wydłużenia w chwili zerwania” na wartości w przedziale: 43 - 64 %, 2.2. zmianę określenia parametru „wydłużenie w chwili zerwania” na „wydłużenie podczas zerwania”, 2.3. zmianę parametrów nawierzchni w zakresie „współczynnik tarcia TRRL” na wartości w przedziale: 50 - 60, 2.4. usunięcie wymaganych parametrów nawierzchni w zakresie: wytrzymałości na rozdzieranie (N); współczynnik tarcia kinetycznego dla nawierzchni suchej i

mokrej; twardość Shore'a typ A; odporność na zmienne cykle hydrometryczne: zmiana masy po badaniu (%), zmiana wytrzymałości na rozciąganie (%), zmian wydłużenia przy zerwaniu (%); ścieralność aparatem Stuttgart (mm); zmiany wymiarów po działaniu podwyższonej temperatury 60° C jako nieaktualnych i nieobowiązujących, 2.5. usunięcie wymogu posiadania dla oferowanej nawierzchni Certyfikatu IAAF Clas 1 dla obiektów wykonanych w Europie z oferowanego systemu nawierzchniowego.”

Dodatkowo Odwołujący przywołał przykład Zamawiającego - Gminy Dobre Miasto - prowadzącego postępowanie oznaczone nazwą „Rozbudowa stadionu lekkoatletycznego, piłkarskiego wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu i infrastrukturą techniczną przy ul. Olsztyńskiej 14 w Dobrym Mieście”. Izba nakazała Zamawiającemu „zmianę specyfikacji warunków zamówienia poprzez ich usunięcie lub zmianę zgodnie z żądaniami odwołania”. Odwołujący wskazał, że w każdym z ww. przykładów Zamawiający dokonywali zmiany treści SWZ, nie znajdując podstaw do unieważnienia postępowania.

W ocenie Odwołującego także w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiły nadzwyczajne okoliczności uzasadniające unieważnienia postępowania w celu dokonania zmiany SWZ w nowo wszczętym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że parametry będą przedmiotem orzeczenia Izby „(...) mogą być bez żadnych przeszkód zmodyfikowane w toczącym się postępowaniu bez konieczności jego unieważnienia. Uzasadnienie czynności unieważnienia wskazuje, że dalsze prowadzenie postępowania ma być rzekomo nieuzasadnione a tymczasem uzasadnienie nie wskazuje aby tak faktycznie było, skoro Zamawiający przewiduje zmiany OPZ zgodnie z wyrokiem Izby. Potwierdza to wprost, że dalsze prowadzenie postępowania jest w pełni uzasadnione a podstaw unieważnienia postępowania brak”.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił argumentację na poparcie złożonego wniosku.

Zamawiający wskazał, że zamierza zrealizować przedmiotową inwestycję. Powołał się na uchwałę nr 21/2021 Zarządu Polskiego Związku Lekkiej Atletyki z dnia 4 czerwca 2021 r. wskazując, że dla stadionów kategorii I-III wymagany jest obowiązek stosowania nawierzchni syntetycznej bieżni i rozbiegów wykonanych z takich systemów, jakie są stosowane na obiektach, na których prowadzone są największe sportowe wydarzenia.

Zamawiający wskazał, że wszelkie projekty dotyczące przyszłych obiektów muszą być zaopiniowane i uzgodnione przez właściwe związki sportowe - w odniesieniu do obiektów lekkoatletycznych związkiem tym jest Polski Związek Lekkiej Atletyki.

Następnie Zamawiający wskazał, że podstawą realizacji inwestycji mającej za przedmiot przebudowę stadionu lekkoatletycznego był projekt budowlany zrealizowany przez podmiot MD-Polska Sp. z o. o. w Szczecinie. Zamawiający powołał się na fakt, że „(...) uzyskał opinię PZLA w przedmiocie wskazanego projektu. Procedura i zasady opiniowania i uzgadniania projektów oraz wydawania świadectw PZLA dla obiektów lekkoatletycznych zostały zatwierdzone przez Zarząd PZLA uchwałą nr 43/2020 z dnia 15 grudnia 2020 r. Zgodnie z postanowieniami wskazanej procedury PZLA stosuje procedury opiniowania projektów i wydawania świadectw dla obiektów lekkoatletycznych, które dzieli się między innymi na następujące etapy:

1) opiniowanie koncepcji planowanego obiektu lekkoatletycznego,

2) opiniowanie i uzgodnienie projektu planowanego obiektu lekkoatletycznego. Ponadto, co również wskazano w przedmiotowej procedurze, należy ją traktować wspólnie między innymi ze stanowiącym jej integralną część dokumentem pn. „Nawierzchnie syntetyczne - wymagania techniczne PZLA”. Dokument ten, to jest „Nawierzchnie syntetyczne - wymagania techniczne PZLA”, określający podstawowe wymagania PZLA, dotyczące nawierzchni syntetycznych stosowanych na obiektach lekkoatletycznych, został zatwierdzony przez Zarząd PZLA uchwałą nr 41/2020 z dnia 15 grudnia 2020 r. Jak wynika z

procedury zatwierdzonej uchwałą nr 43/2020 Zarządu PZLA z dnia 15 grudnia 2020 r. opinie/uzgodnienia są ważne 24 m-ce od daty wystawienia lub do czasu wprowadzenia zmian w przepisach World Athletics (Światowa Lekkoatletyka) lub PZLA, a w przypadku wprowadzenia zmian do uzgodnionego projektu, PZLA nie wyda świadectwa, o ile zmiany te nie uzyskają uprzednio pozytywnej opinii Komisji Obiektów i Urzędzeń PZLA”.

W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, że w przypadku braku spełnienia wymogów zawartych w opracowaniu o nazwie „Nawierzchnie syntetyczne” PZLA może dokonać obniżenia wnioskowanej kategorii stadionu o jeden stopień lub dopuścić urządzenia niespełniające poszczególnych wymagań do uznawania wyników w rozgrywanej na tym urządzeniu konkurencji w niższej klasie sportowej.

Następnie Zamawiający wskazał, że w sytuacji niezgodności parametrów na większości urządzeń stadionu z wymaganiami PZLA, Komisja Obiektów i Urzędzeń PZLA nie dopuści danego stadionu do rozgrywania oficjalnych zawodów lekkoatletycznych i nie wyda świadectwa, co ograniczy funkcję stadionu do funkcji treningowej.

Zamawiający powołał się także na fakt uzyskania dofinansowania inwestycji ze środków Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej. Środki w ramach dofinansowania zostały przyznane Zamawiającemu na podstawie Umowy zawartej ze Skarbem Państwa - Ministrem

Sportu i Turystyki w dniu 20 maja 2022 r.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 7 ust. 1 Umowy zobowiązał się do wykorzystania dofinansowania wyłącznie na cele określone w Umowie, na warunkach w niej określonych oraz zgodnie ze złożonym wnioskiem inwestycyjnym. Zamawiający, na podstawie § 10 ust. 1 Umowy, zobowiązany jest do zwrotu dofinansowania w przypadku niewykonania zadania w całości lub w całości lub wykorzystania dofinansowania niezgodnie z przeznaczeniem określonym w Umowie lub pobrania go nienależnie lub w nadmiernej wysokości. Następnie Zamawiający podniósł, że zgodnie z § 17 ust. 1 ust. 2 pkt 4 Umowy, za wyjątkiem przypadków wymienionych w Umowie, wszelkie jej zmiany wymagają zachowania formy pisemnej w postaci aneksu, a za zmianę uznaje się w szczególności zmianę zakresu rzeczowego realizacji zadania inwestycyjnego, określonego we wspomnianym wniosku inwestycyjnym.

Zamawiający wskazał, że dokonanie modyfikacji treści SWZ w sposób wskazany w wyroku Izby wymagałoby nie tylko zmiany treści samej SWZ, ale także dokumentacji projektowej, która stanowi opis przedmiotu zamówienia. Następnie Zamawiający podniósł, że w konsekwencji tego „(.) wykonanie wyroku KIO wymagałoby także ponownego zaopiniowania projektu stadionu lekkoatletycznego w Dębnie przez PZLA. Brak zaopiniowania zmian w projekcie przez PZLA w zakresie dotyczącym parametrów technicznych nawierzchni bieżni skutkowałby nieuzyskaniem dla obiektu świadectwa klasy. Ponadto, zmiana dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia w ocenie Zamawiającego mogłaby zostać uznana za zmianę zakresu rzeczowego inwestycji, a co za tym idzie konieczne stałoby się także zawarcie aneksu do Umowy, na podstawie którego zostałaby dokonana odpowiednia modyfikacja załączników do wniosku inwestycyjnego. W braku zawarcia aneksu Zamawiający mógłby ponosić odpowiedzialność za nienależyte wykonanie Umowy, to jest wydatkowanie środków z dofinansowania niezgodnie z wnioskiem inwestycyjnym, a co za tym idzie byłby zobowiązany do zwrotu kwoty dotacji w całości lub w części”.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu na rozprawie odwołania, z uwzględnieniem treści złożonej do akt sprawy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na piśmie oraz na rozprawie do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje i rozstrzygnęła, jak wskazano w sentencji wyroku, kierując się motywami przedstawionymi poniżej.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których

stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność Zamawiającego.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił Wykonawca I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, dalej jako „Przystępujący”.

Izba ustaliła oraz przyjęła następujące okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła, że okoliczności stanu faktycznego przytoczone w treści odwołania, odnoszące się do uzasadnienia unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz do przebiegu postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnatura akt KIO 1912/22 odpowiadają rzeczywistemu przebiegowi, stąd też w ocenie Izby niecelowym jest ponowne przytaczanie ich w całości.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego zasadny jest zarzut naruszenia art. 256 ustawy Pzp poprzez pozbawione uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanie czynności unieważnienia postępowania.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 256 ustawy Pzp, zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z poglądem wyrażonym przez doktrynę, ww. przepis „(.) ma przeciwdziałać pozyskiwaniu nieodpowiednich lub niepożądanych świadczeń. Urzeczywistnia więc zasady celowości i efektywności wydatków publicznych. (.). Przyczyną unieważnienia postępowania na podstawie komentowanego przepisu jest wystąpienie okoliczności powodujących, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Rozwiązanie to umożliwi zamknięcie postępowania, gdy okoliczności zmienią się do tego stopnia, że prowadzenie postępowania i zawarcie umowy na warunkach zamówienia stracą dla zamawiającego sens” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 771).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy wskazać, że unieważnienie postępowanie - także dokonane na podstawie fakultatywnej przesłanki określonej w przepisie art. 256 ustawy Pzp - musi być poprzedzone zaistnieniem zobiektywizowanych przesłanek. W przypadku podstawy unieważnienia postępowania, o jakiej mowa w przepisie art. 256 ustawy Pzp, przesłanką kształtującą możliwość unieważnienia postępowania jest zaistnienie okoliczności powodujących, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.

W ocenie Izby Odwołujący słusznie podnosił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 256 ustawy Pzp w okolicznościach niezastnienia uzasadnienia faktycznego do jego zastosowania.

Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał istnienia okoliczności powodujących, że dalsze prowadzenie przedmiotowego postępowania jest nieuzasadnione. Podstaw do takiego uznania nie ma ani w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania zamieszczonym przez Zamawiającego na stronie prowadzonego postępowania w dniu 9 sierpnia 2022 r., ani też nie daje ich odpowiedź na odwołanie udzielona pismem z dnia 29 sierpnia 2022 r.

Treść zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 9 sierpnia 2022 r. Zamawiający ograniczył do wskazania jako podstawy prawnej art. 256 ustawy Pzp oraz lakonicznego stwierdzenia, że powodem unieważnienia jest konieczność zmiany opisu przedmiotu zamówienia w wyniku rozstrzygnięcia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Powyższe stwierdzenie nie wskazuje, w jaki sposób wyrok wydany przez Krajową

Izbę Odwoławczą, nakazując dokonanie zmian SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym przywracający stan zgodności z prawem w tym zakresie, wpływa na prowadzone postępowanie w sposób powodujący, że dalsze jego prowadzenie jest nieuzasadnione.

Dopiero w treści odpowiedzi na odwołanie udzielonej pismem z dnia 29 sierpnia 2022 r. Zamawiający precyzuje okoliczności faktyczne, które uznał za mogące stanowić podstawę unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że jego dalsze prowadzenie jest nieuzasadnione. Izba uznała jednak, że okoliczności wskazane przez Zamawiającego nie uzasadniają możliwości unieważnienia postępowania na podstawie art. 256 ustawy Pzp - przeciwnie - w ocenie Izby w odpowiedzi na odwołanie udzielonej pismem z dnia 29 sierpnia 2022 r. Zamawiający potwierdza, że nadal jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Izba wzięła pod uwagę, że sam Zamawiający stwierdził, iż zamierza zrealizować przedmiotową inwestycję - co w ocenie Izby oznacza, że nadal jest zainteresowany pozytywnym wyrokiem KIO z dnia 27 lipca 2022 r. (sygn. akt: KIO 1912/22) w toku postępowania (oznaczonego znakiem RI/02.01/1/2022) - bez konieczności unieważnienia tego postępowania. Sama okoliczność powodująca, że wykonanie wyroku Izby wiąże się z koniecznością zmiany projektu, przeprowadzenia dodatkowych/ponownych uzgodnień czy zawarcia aneksu do umowy zawartej w sprawie dofinansowania, w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy nie stanowi wystarczającej przesłanki do unieważnienia postępowania. Ponadto okoliczności te nie mogą być oceniane i stosowane jako podstawa faktyczna unieważnienia postępowania na zasadzie automatyzmu. Izba zwróciła także uwagę na fakt, że Zamawiający nie podjął nawet próby wykazania, że podjął działania zmierzające do dokonania stosownej zmiany opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 27 lipca 2022 r. (sygn. akt KIO 1912/22). Zatem przeszkody do jego wykonania w toku postępowania oznaczonego znakiem RI/02.01/1/2022, na jakie Zamawiający się powołuje, mają charakter wyłącznie hipotetyczny.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie wykazał, by wskazane przez niego okoliczności - uwarunkowania towarzyszące realizacji przedmiotowej inwestycji - uniemożliwiły wykonanie wyroku KIO z dnia 27 lipca 2022 r. (sygn. akt: KIO 1912/22) w toku postępowania (oznaczonego znakiem RI/02.01/1/2022) - bez konieczności unieważnienia tego postępowania. Sama okoliczność powodująca, że wykonanie wyroku Izby wiąże się z koniecznością zmiany projektu, przeprowadzenia dodatkowych/ponownych uzgodnień czy zawarcia aneksu do umowy zawartej w sprawie dofinansowania, w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy nie stanowi wystarczającej przesłanki do unieważnienia postępowania. Ponadto okoliczności te nie mogą być oceniane i stosowane jako podstawa faktyczna unieważnienia postępowania na zasadzie automatyzmu. Izba zwróciła także uwagę na fakt, że Zamawiający nie podjął nawet próby wykazania, że podjął działania zmierzające do dokonania stosownej zmiany opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 27 lipca 2022 r. (sygn. akt KIO 1912/22). Zatem przeszkody do jego wykonania w toku postępowania oznaczonego znakiem RI/02.01/1/2022, na jakie Zamawiający się powołuje, mają charakter wyłącznie hipotetyczny.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzuty odwołania zasługują na uwzględnienie. Jednocześnie Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: