Sygn. akt: KIO 88/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:

Monika Szymanowska

Protokolant:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 r. przez odwołującego Control Process EPC2 Sp. z o.o. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Katowicach przy udziale uczestnika po stronie odwołującego wykonawcy J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. C. Firma Usługowa "EKO-REM-BUD" w Łabowie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Okręgowemu Inspektoratowi

Służby Więziennej w Katowicach unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i podjęcie dalszych czynności w postępowaniu, w tym dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Okręgowy

Inspektorat Służby Więziennej w Katowicach i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 27 200,00 zł (dwadzieścia siedem tysięcy dwieście złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego,

2.2. zasądza od zamawiającego Okręgowego Inspektoratu Służby Więziennej w Katowicach na rzecz odwołującego Control Process EPC2 Sp. z o.o.

w Krakowie kwotę 23 600,00 zł (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 88/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej, ul. Mikołowska 10, 40-950 Katowice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Oddziału Zewnętrznego w Sosnowcu Aresztu Śledczego w Sosnowcu realizowanego w ramach przedsięwzięcia nr 4 - pozyskanie nowych miejsc zakwaterowania osadzonych oraz odtworzenie i poprawa infrastruktury jednostek organizacyjnych SW”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 maja 2023 r. pod numerem 2023/S 101-316676, dalej zwane „postępowaniem”. Postępowanie na roboty budowlane, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 8 stycznia 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca Control Process EPC2 Sp. z o.o. ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, dalej zwany „odwołującym". We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 255 pkt 5) Pzp poprzez niezasadne unieważnienie Postępowania, mimo iż brak

jest ku temu podstaw, gdyż w przedmiotowej sprawie nie ziściła się żadna z przesłanek, od których wystąpienia - zgodnie z treścią przepisu - uzależniona jest możliwość unieważnienia postępowania, tj. ani nie doszło do istotnej zmiany okoliczności, w tym takiej, której nie można było przewidzieć, ani też udzielenie zamówienia nie jest sprzeczne z interesem publicznym (prowadzenie postępowania oraz wykonanie umowy leży w interesie publicznym), a Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji nie wykazał tych okoliczności, w świetle czego decyzja w tym zakresie podjęta została w sposób niezasadny, całkowicie dowolny i sprzeczny z przepisami prawa i tym samym doprowadziła do braku możliwości uzyskania przez Odwołującego zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania;

a w konsekwencji

2. art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający

zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, przeprowadzenia badania i oceny ofert, podjęcie dalszych czynności w postępowaniu, w tym dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zamawiający w dniu 26 maja 2023 roku opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „Budowa Oddziału Zewnętrznego w Sosnowcu Aresztu Śledczego w Sosnowcu realizowanego w ramach przedsięwzięcia nr 4 – pozyskanie nowych miejsc zakwaterowania osadzonych oraz odtworzenie i poprawa infrastruktury jednostek organizacyjnych SW". Zgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ") w ramach rzeczonej inwestycji należy wykonać m.in. pawilon penitencjarny, budynek wielofunkcyjny, budynek węzła cieplnego oraz plac spacerowy (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załącznikach nr 3a-3d do SWZ).

Realizacja opisanej powyżej inwestycji jest związana z poprawieniem warunków osób, które do tej pory (zgodnie z doniesieniami medialnymi) odbywają karę aresztu w budynku oddanym do użytkowania w 1905 roku. Budynek ten nie jest dostosowany do potrzeb osadzonych (w szczególności tych niepełnosprawnych) i nie odpowiada standardom XXI wieku (nie mówiąc już międzynarodowych wytycznych dotyczących warunków odbywania kary ograniczenia albo pozbawienia wolności). Powyższe potwierdzają wypowiedzi udzielone na łamach prasy lokalnej (a) „Jak poinformowało miasto pierwsze budynki wysłużonego aresztu śledczego powstały w 1905. Początkowo jako magazyny i budynki mieszkalne, a następnie zaadaptowane zostały dla celów penitencjarnych. Jeszcze przed II wojną światową na terenie dzisiejszego aresztu funkcjonowało więzienie, składające się z dwóch budynków. Więzienie zostało znacznie rozbudowane przez Niemców w trakcie okupacji w latach 1939–1945. b) „Jest to dla mnie wielkie wydarzenie, ponieważ jestem sosnowiczaninem i pracowałem w Areszcie Śledczym w Sosnowcu. Doskonale znam warunki pracy w tym miejscu. Przekazanie tych działek to swoista lokomotywa do budowy nowoczesnego więzienia – powiedział ppłk P.G., zastępca dyrektora okręgowego Inspektoratu Służby Więziennej w Katowicach". c) „Reputacja Sosnowca rośnie, bo to kolejna instytucja ponadlokalna, która zwiąże się z naszym miastem. To także nowe miejsca pracy – przyznał Arkadiusz Chęciński, prezydent Sosnowca".

Do upływu terminu składania ofert (tj. dnia 9 sierpnia 2023 roku) w postępowaniu oferty złożyło łącznie czterech wykonawców, a kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wynosi 141.800.302,48 złotych, co oznacza że w budżecie na realizację inwestycji mieszczą się jedynie trzy z czterech złożonych ofert (w tym oferta odwołującego). Zamawiający, po przeprowadzeniu badania i oceny ofert, w dniu 12 grudnia 2023 roku poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez odwołującego. W dniu 22 grudnia 2023 roku od czynności podjętych przez zamawiającego zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dwa odwołania (m.in. w zakresie dotyczącym wyboru oferty najkorzystniejszej).

W dniu 28 grudnia 2023 roku zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 p.z.p. Zamawiający przywołał, jako okoliczność uzasadniającą unieważnienia postępowania, pismo Zastępcy Dyrektora Generalnego Służby Więziennej z dnia 22 grudnia 2023 roku („Polecenie"). W piśmie tym możemy przeczytać, że po przeprowadzeniu analizy zasadności kontynuacji zadania inwestycyjnego (która to analiza nota bene nie została załączona) Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości podjęła decyzję o rezygnacji z dalszej realizacji przedmiotowego przedsięwzięcia. Zastępca Dyrektora polecił przy tym zamawiającemu wstrzymać wszelkie działania związane z realizacją inwestycji przy jednoczesnym zwróceniu się do Centralnego Zarządu Służby Więziennej z wnioskiem o jej zaniechanie. Jak zostanie wykazane w dalszej części pisma czynność unieważnienia postępowania została podjęta przez zamawiającego z rażącym naruszeniem przepisów p.z.p. W zawisłej przed Izbą sprawie nie spełniła się bowiem żadna z przesłanek określonych dyspozycją art. 255 pkt 5 p.z.p., przemawiająca za unieważnieniem postępowania.

Odwołujący także dodał, że nie sposób nie dostrzec, że postępowanie trwało niestandardowo długo. Od momentu wszczęcia (26 maja 2023 roku) do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej (12 grudnia 2023 roku) upłynęło aż 200 dni (zgodnie ze sprawozdaniem UZP średni czas trwania procedury przetargowej dla robót budowalnych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne wynosił niespełna 125 dni). Przez cały ten czas zamawiający ani razu nie poinformował wykonawców o wystąpieniu okoliczności, które mogłyby skutkować koniecznością unieważnienia postępowania. Wręcz

przeciwnie, podejmowane przez niego działania i czynności świadczyły o tym, że zamierza rzeczoną inwestycję zrealizować (w szczególności zamawiający w celu prawidłowej oceny złożonych ofert wystąpił o wydanie Wiążącej Informacji Stawkowej). Szczegółowo, w zakresie braku podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 p.z.p., z powodu brak wykazania przez zamawiającego spełnienia się wszystkich przesłanek określonych w rzeczonym przepisie, odwołujący argumentował jak niżej.

Na wstępie należy wskazać, że zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i doktrynie nie budzi żadnych wątpliwości, że przewidziany w art. 255 p.z.p. katalog podstaw umożliwiających unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter zamknięty. Co więcej, w uzupełnieniu do powyższego, podkreśla się również, iż nie jest możliwe w przypadku podstaw unieważnienia postępowania stosowanie wykładni rozszerzającej. Wręcz przeciwnie, winna ona mieć charakter ścisły (zawężający). Zasada ta odnosi się do wszystkich przesłanek unieważnienia postępowania uregulowanych w art. 255 p.z.p. Odmienne zachowanie skutkować będzie faktycznym rozszerzeniem katalogu ww. przesłanek. Powyższe immanentnie wiąże się z wagą i znaczeniem decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Decyzja taka ma bowiem charakter

definitywny – pozbawia wykonawców możliwości uzyskania zamówienia. Biorąc pod uwagę, że zaangażowanie w przygotowanie do złożenia oferty oraz udział w późniejszych czynnościach jest niejednokrotnie czasochłonne i kosztotwórcze, nieuzasadniona decyzja w tym zakresie ewidentnie godzi w interesy wykonawców. Co więcej – szkodzi ona także samemu zamawiającemu, który, w celu przeprowadzenia postępowania, zaangażować i poświęcić musi zasoby osobowe i środki finansowe. Z powyższego płynie wniosek, iż tego typu decyzje muszą być traktowane jako ostateczność i nie ma tu miejsca na jakąkolwiek uznaniowość czy swobodę decyzyjną.

W przedmiotowej sprawie zamawiający, unieważniając postępowanie, powołał się na dyspozycję art. 255 pkt 5 p.z.p. W ocenie odwołującego przedmiotowa regulacja jest jasna i nie budzi żadnych wątpliwości. Do stwierdzenia, czy zaszła ewentualna podstawa unieważnienia postępowania niezbędne jest ziszczenie się (łącznie) trzech przesłanek połączonych adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym, tj.: 1) musi wystąpić istotna zmiana okoliczności; 2) zmiana ta musi powodować, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia (umowy) nie leży w interesie publicznym; 3) zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć tej istotnej zmiany okoliczności.

Prawidłowość przedstawionej powyżej interpretacji art. 255 pkt 5 p.z.p. potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza, która m.in. w wyroku z dnia 3 lipca 2020 roku (sygn. KIO 912/20) stwierdziła, że możliwość zastosowania ww. przepisu uwarunkowana jest „kumulatywnym spełnieniem wszystkich przesłanek wskazanych w tym przepisie, (…). Oceny zasadności czynności unieważnienia postępowania dokonywać należy według stanu istniejącego w dacie dokonania tej czynności, z zastrzeżeniem, iż konieczne jest również wykazanie, że przyczyny unieważnienia postępowania były niemożliwie do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania". Podobne stanowisko reprezentuje doktryna.

Odwołujący wskazał dalej, że podobny stan faktyczny oraz prawny (w ramach którego organ wyższego szczebla wydał polecenie podległemu mu zamawiającemu) był już przedmiotem rozważań Izby. Z uwagi na podobieństwo stanów faktycznych z wyroku Izby z dnia 7 listopada 2016 roku (sygn. KIO 1967/16), zasadne jest przytoczenie jego obszernych fragmentów już w tym miejscu. W przywołanym orzeczeniu możemy przeczytać m.in., że: „Jak wskazuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego. Nie może być zatem uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron. Ponadto istotna zmiana okoliczności musi wystąpić bezpośrednio przez podjęciem czynności unieważnienia postępowania, na co wskazuje posłużenie się przez ustawodawcę czasem przeszłym ("nastąpiła"). Nie można się zgodzić z tym, jakoby przywoływana przez Zamawiającego okoliczność była niemożliwa do

przewidzenia. Zamawiający […] niemożliwości przewidzenia zmiany okoliczności upatruje w tym, że skoro jest dysponentem środków budżetowych dalszego stopnia, a dysponent wyższego stopnia […] poinformował go o zmianach w ocenie znaczenia zamówienia dla podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, to z jego punktu widzenia jest to okoliczność niemożliwa do przewidzenia w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp i musi się zastosować do otrzymanego polecenia. Z kolei na rozprawie Zamawiający podkreślał, że musiał się zastosować do otrzymanego od organu wyższego rzędu (Inspektoratu Wsparcia w Bydgoszczy) polecenia unieważnienia prowadzonego postępowania. Nie ulegało wątpliwości Izby, że decyzyjność odnośnie wszczęcia i prowadzenia procedur o udzielenie zamówienia w takim układzie funkcjonowała nie na poziomie kierownika zamawiającego (Komendanta Portu Wojennego w Świnoujściu), ale wyżej w ramach wojskowych struktur administracyjnych. W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że ponieważ zmiana sytuacji polegająca na dokonaniu oceny zamówienia jako mającego podstawowe znaczenie dla bezpieczeństwa państwa została sprokurowana przez jedną ze stron, za którą należy rozumieć szeroko rozumiany Skarb Państwa, nie może być przez tę stronę uznawana za okoliczność zewnętrzną. W ocenie Izby ta sama strona najpierw wszczęła postępowanie, zapewniając na nie odpowiednie środki finansowe i uznając że do udzielenia zamówienia stosuje się ustawę pzp, a następnie w toku postępowania zdecydowała, że jednak ma ono podstawowe znaczenie dla interesu bezpieczeństwa państwa, a jego udzielenie nie podlega ustawie pzp. Na niemożność uznawania za okoliczność zewnętrzną zamiaru zmiany koncepcji zakomunikowanej zamawiającemu przez przełożonego decydenta zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 19 września 2014 r. (sygn. akt V Ca 2123/14). Sąd ten wskazał także, że na gruncie prawa cywilnego obowiązuje przepis art. 34 k.c.,

stanowiący, że Skarb Państwa jest w stosunkach cywilnoprawnych podmiotem praw i obowiązków, które dotyczą mienia państwowego nienależącego do innych państwowych osób prawnych, a zatem stanowi podmiot jednolity, reprezentowany przez różne stationes fisci. Stanowisko, że zmiana musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego zostało również wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga (sygn. akt IV Ca 527/11)." Zdaniem odwołującego, analizując stan faktyczny sprawy objętej niniejszym odwołaniem nie sposób nie dostrzec, że jest

on praktycznie powieleniem sytuacji opisanej w ww. wyroku KIO 1967/16 i powtórzeniem wszystkich tych błędów i zaniechań, jakich dopuścił się zamawiający publiczny w tamtej sprawie.

Po pierwsze i najważniejsze należy wskazać, że Skarb Państwa w niniejszej sprawie sam kreuje okoliczności, które mają jego zdaniem przemawiać za unieważnieniem postępowania w trybie art. 255 pkt 5 p.z.p. – powołując się przy tym na treść jakiejś (nieudostępnionej, ani nie omówionego szczegółowo w żaden sposób) analizy, która nie została przedłożona ani wraz z decyzją o unieważnieniu postępowania, ani samego

Polecenia (o ile w ogóle powstała, o czym będzie mowa w dalszej części pisma). Nie można tracić z pola widzenia, że zamawiający (podobnie jak w orzeczeniu KIO 1967/16) podlega bezpośrednio Dyrektorowi Generalnemu Służby Więziennej, a ten z kolej podlega pod Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości – Ministerstwo wydając bliżej nieokreślone polecenie z powołaniem się na rzekomą analizę tworzy (jako Skarb Państwa) sytuację wewnętrzną, która ma uniemożliwić dokończenie postępowania. Takiego działania nie można utożsamiać z „sytuacją zewnętrzną niezależną od stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego" czego wymaga przepis art. 255 pkt 5 p.z.p.

Trudno zresztą zgodzić się z zamawiającym, aby zaistniała sytuacja miała charakter jakiejkolwiek „zmiany". Tymczasem przepis art. 255 pkt 5 p.z.p. jednoznacznie wymaga, aby źródłem okoliczności prowadzących do unieważnienia postępowania była „zmiana". Za takową z całą pewnością nie może być uznana nawet najlepsza analiza. Obowiązkiem każdego zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość przekracza progi unijne jest przeprowadzenie analizy potrzeb i wymagań (zgodnie z dyspozycją art. 83 p.z.p.). W ramach tej analizy (prowadzonej przed wszczęciem postępowania) zamawiający musi ustalić m.in. możliwość zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych. Powoływanie się zatem przez zamawiającego na „analizę" jako podstawę do unieważnienia postępowania nie może stanowić o zasadności podjęcia tej czynności. Zamawiający musi bowiem wykazać jaka to zmiana (niedająca się przewidzieć – o czym poniżej) nastąpiła w okresie pomiędzy podjęciem decyzji o wszczęciu postępowania, a decyzją o jego unieważnieniu. Tymczasem zamawiający nie wykazał, aby taka zmiana faktycznie nastąpiła.

Po drugie, na kanwie niniejszej sprawy (niezależnie od braku wykazania, że doszło do jakiejkolwiek zmiany okoliczności uzasadniająca unieważnienie postępowania) nie można również stwierdzić, że zaistniała sytuacja miała charakter nieprzewidywalny (niemożliwy do przewidzenia). Zmiana władzy w kraju (w tym osób odpowiedzialnych merytorycznie za dane resorty) była jak najbardziej do przewidzenia (jest jednym z możliwych scenariuszy, do których prowadzą wybory parlamentarne) – a jej ziszczenie się nie oznacza, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będące w toku stają się nieważne „z mocy prawa" na skutek arbitralnej i niczym niepopartej decyzji nowego kierownika danego resortu. Z treści decyzji o unieważnieniu postępowania nie wynika żadna inna okoliczność, niż ta opisana powyżej. Zamawiający wprost odwołuje się do arbitralnych decyzji swoich przełożonych, bez przeprowadzania ich analizy (do czego jest zobowiązany jako gospodarz Postępowania). Odwołujący nie kwestionuje przy tym możliwości zmiany koncepcji czy sposobu realizacji przedmiotowej inwestycji przez osoby umocowane. Ustawodawca założył jednak, że tego typu sytuacje nie dają podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego. Ponadto taka decyzja (w szczególności z uwagi na daleko idący skutek jak unieważnienie postępowania) powinna być należycie uzasadniona.

Na taką koherencję zwróciła uwagę Krajową Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 19 grudnia 2018 roku (sygn. KIO 2526/18). W wyroku tym możemy przeczytać m.in., 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 indywidulany przedsiębiorcy i nie stoi w sprzeczności z funkcjami systemu zamówień publicznych." oraz „aby zamawiający mógł powołać się na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmienia okoliczności, w wyniku której - kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym.". Należy również stanowczo podkreślić, że koncepcja prezentowana przez zamawiającego prowadzić mogłaby do wypaczenia istoty art. 255 p.z.p., która, jak wskazano powyżej, gwarantować ma wykonawcom pewność, że postępowania nie będą unieważniane z powodów błahych. Gdyby zatem było tak, że zmiana decydentów sama w sobie uzasadniałaby unieważnienie postępowania, doszłoby do całkowitego pozbawienia wykonawców tej pewności i narażenia ich na ryzyko udaremnienia wysiłku i kosztów włożonych w udział w postępowaniu z powodów nieprzystających do zaistniałej sytuacji.

Odnosząc się do samego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania, od zamawiającego wymaga się, aby: - wykazał na czym polega zmiana okoliczności oraz uzasadnił, że nie mógł jej przewidzieć; - wykazał korzyści wynikające z unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; - przedstawił informację na temat sposobu ochrony interesu publicznego; - przedstawił informację o przyjętych strategiach działania, z której wynikać będzie, że przewyższa ona interes indywidulany przedsiębiorcy i nie stoi w sprzeczności z funkcjami systemu zamówień publicznych.

W opinii odwołującego, rozstrzygnięcie zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania nie spełnia tak wyartykułowanych wytycznych. Jest bardzo ogólnikowe i sprowadza się tak naprawdę do zacytowania treści Polecenia. Z tak sformułowanego uzasadnienia zmiany koncepcji nie wynika tak naprawdę nic. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie są w stanie ustalić co legło u podstaw decyzji zamawiającego, jaki interes publiczny podlega ochronie, jaka jest nowa koncepcja realizacji tego zadania i w jaki sposób ma zostać wdrożona w życie. Nie ulega wątpliwości, że takimi ogólnymi stwierdzeniami zamawiający chciał wykazać, że sprostał wymogom stawianym przez

p.z.p.,

co jak wykazano nie miało jednak miejsca. Zamawiający nie podołał spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania, że konieczność unieważnienia postępowania nastąpiła na skutek sytuacji zewnętrznej (zmiana okoliczności), na którą nie miał on żadnego wpływu (gdyż była możliwa do przewidzenia) oraz, że zmiana okoliczności miała charakter istotny. Sporządzone uzasadnienie decyzji o unieważnieniu postępowania (od strony formalno-prawnej) jest zaś bardzo ogólnikowe i nie wynika z niego, co legło u podstaw takiej, a nie innej decyzji, ergo nie odpowiada ono wymogom stawianym przez p.z.p. w zakresie wykazania zasadności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, odwołujący argumentował, że zamawiający, w żadnym miejscu swojej decyzji o unieważnieniu, nie wykazał, aby zaniechanie realizacji inwestycji (a tym samym kontynuowanie postępowania) nie leżało w interesie publicznym - do czego był zobowiązany w myśl orzecznictwa Izby, tak chociażby wyrok KIO z dnia 20 lutego 2020 roku sygn. KIO 243/20, w którym stwierdzono, iż: „Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem "interesu publicznego", który nie będzie (co do zasady) tożsamy z interesem zamawiającego. 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 uprawnienia wykonawców.” Rozważania zamawiającego w tym przedmiocie ograniczają się jedynie do przywołania treści Polecenia oraz analizy, do której odwołujący nie miał dostępu - co w żadnym wypadku nie może zostać uznane za przejaw należytej staranności wymaganej normą art. 255 pkt 5 p.z.p. Zamawiający nie udowodnił, że przesłanka ta faktycznie wystąpiła, a w konsekwencji unieważnienie postępowania było zasadne i skuteczne.

W ocenie odwołującego wysoce wątpliwym jest, aby analiza zasadności realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Oddziału Zewnętrznego w Sosnowcu Aresztu Śledczego w Sosnowcu” została w ogóle opracowana. Gdyby bowiem taka analiza faktycznie powstała, to każdy jej czytelnik dowiedziałby się, że w ramach inwestycji objętej postępowaniem mają powstać m.in. cele przystosowane dla niepełnosprawnych osadzonych, a w samym budynku ma zostać zamontowany dźwig oraz poręcze na potrzeby osób niepełnosprawnych (stanowią o tym bezpośrednio dokumenty składające się na opis przedmiotu zamówienia). Nowopowstałe budynki będą więc uwzględniały potrzeby osadzonych ze szczególnymi potrzebami (co leży w interesie publicznym), a także umożliwią cywilizowane odbywanie kary ograniczenia bądź pozbawienia wolności, w szczególności względem budynku z 1905 roku.

W literaturze przedmiotu możemy przeczytać, że: „W rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy Nr R (98) 7 dotyczącej etycznych i organizacyjnych aspektów opieki zdrowotnej w więzieniu wskazano ponadto, że więźniowie z poważnymi upośledzeniami fizycznymi i osoby w podeszłym wieku powinny przebywać w warunkach umożliwiających im

normalne funkcjonowanie i nie powinny być izolowane od reszty populacji więziennej. Dla więźniów niepełnosprawnych i poruszających się na wózku inwalidzkim należy wprowadzać udogodnienia podobne do tych, jakie funkcjonują poza więzieniem. […] W wielu wyrokach ETPCz orzekł, że samo już niepodjęcie odpowiednich środków w celu zagwarantowania realizacji minimalnych potrzeb więźniom niepełnosprawnym może prowadzić bezpośrednio do nieludzkiego lub poniżającego traktowania.” (por. Maria Ejchart, Katarzyna Wiśniewska, Prawa więźniów z niepełnosprawnością fizyczną w polskich jednostkach penitencjarnych, Palestra 1-2/2014).

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 9 listopada 2010 roku (sygn. akt K 13/07) uznał, że „interes publiczny jest pojęciem niedookreślonym, którego funkcja w stosowaniu prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego w możliwości reagowania na sytuacje faktyczne doniosłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych, prowadzącym do „elastycznego i słusznego rozstrzygania spraw”. Zapewnienie osadzonym odpowiednich warunków, w tym dostosowanych do ich stanu zdrowia, jest obowiązkiem państwa, które sprawuje wymiar sprawiedliwości (w tym w zakresie penitencjarnym). Budowa nowej siedziby aresztu śledczego, dostosowanej do potrzeb XXI wieku oraz spełniającej międzynarodowe wymagania i rekomendacje dotyczące zasad odbywania kary pozbawienia wolności leży w interesie publicznym, na co słusznie zwracają uwagę autorzy cytowanego artykułu. W szczególności, że budowa nowej siedziby aresztu jest jedną z kilku większych inwestycji z zakresu szeroko rozumianego sprawowania wymiaru sprawiedliwości, które są obecnie realizowane w Sosnowcu (siedziba Prokuratury Rejonowej, nowy Komisariat Główny Komedy Miejskiej Policji, a w trakcie budowy jest siedziba Sądu Rejonowego), wykonanie tego zadania jest naturalną konsekwencją realizacji pozostałych inwestycji, a budowa aresztu śledczego leży w interesie publicznym.

Odwołujący dodał także, zaznaczając, że czyni to z daleko idącej ostrożności, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby „nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Inne niż wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeby zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia nie może być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania. Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny może powodować, iż środki nań przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone. Interes publiczny musi być przy tym na tyle istotny, aby uzasadniał jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania” (por. m.in. wyrok z dnia 21 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 686/15 oraz z dnia 30 października 2023 r. sygn. KIO 2915/23 i przywołane tam orzecznictwo).

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o jego oddalenie, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym z dnia 25 stycznia 2024 r.

Wobec spełnienia wymagań art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. C. Firma Usługowa "EKO-REM-BUD" Łabowa 185, 33-336 Łabowa (dalej zwanego „przystępującym"), który zgłosił przystąpienie po stronie odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., zaś odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Skład orzekający ustalił, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego i zamawiającego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych. Osią sporu była ocena prawidłowości decyzji zamawiającego z dnia 28 grudnia 2023 r. o unieważnieniu postepowania, której odwołujący zarzucił naruszenie art. 255 pkt 5 p.z.p. i art. 16 p.z.p., zatem ocena czy w ustalonym stanie faktycznym zaistniały uzasadnione przesłanki do skorzystania przez zamawiającego z tego instrumentu.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym

i prawnym, więc odwołanie posiada uzasadnione podstawy i jako takie zostało uwzględnione, co skutkowało nakazaniem zamawiającemu unieważnienia bezpodstawnej czynności unieważnienia postępowania.

W ramach uwag natury ogólnej należy zaznaczyć, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno być wyjątkiem od zasady, a określony w art. 255 p.z.p. zamknięty katalog podstaw do unieważnienia przetargu należy interpretować ściśle, dokonując zawężającej wykładni przesłanek do dokonania czynności unieważnienia (exceptiones non sunt extendendae). (tak wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z 29.05.2012 r. sygn. akt: IV Ca 527/11, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 21.05.2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 405/18, gdzie także wskazano, że: „Zatem przesłanki wymienione w art. 93 pzp [obecnie art. 255 p.z.p. – przyp. skład orzekający] nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Podlegają one wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, tak w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych, spoczywa na zamawiającym.")

Zgodnie z art. 255 pkt 5 p.z.p. 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. W normie tej mowa o zmianie okoliczności, czyli zaistnieniu pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, że kontynuowanie postępowania/wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Dochodzi zatem do wystąpienia obiektywnej, trwałej zmiany stanu faktycznego w stopniu tak istotnym, że powoduje to, że dalsze prowadzenie postępowania lub realizacja umowy będzie niecelowa 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 unieważnienie 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 regulować, ponieważ nie mógł liczyć się z tym, że wystąpią.

Jak trafnie argumentowano w wyroku Izby z dnia 7 listopada 2016 r. sygn. akt: KIO 1967/16: „Jak wskazuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, istotna zmiana okoliczności,

której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego. Nie może być zatem uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron.", który został zaskarżony i utrzymany utrzymanym wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 marca 2017 r. sygn. akt: II Ca 1613/16, zgodnie z którym: „Istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania. Bo tylko takiej okoliczności istotnie nie można przewidzieć, jeżeli leży ona zupełnie poza sferą oddziaływania zamawiającego. (…) W tej sytuacji nie może być uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana de facto przez jedną ze stron. Taka interpretacja byłaby bowiem po pierwsze zaprzeczeniem sensu omawianego przepisu, jak również otwierałaby drogę do

prób manipulacji wynikami przetargów i ich unieważniania z przyczyn leżących de facto wyłącznie po stronie samego zamawiającego." Tożsamo wskazano w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 29 maja 2012 r. sygn. akt: IV Ca 527/11, gdzie zauważono, iż „Chodzi przy tym nie o jakąkolwiek zmianę, lecz taką zmianę okoliczności, która nie jest zależna od strony udzielającej zamówienia (zmiana zewnętrzna). Przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do stanu, w którym strona sama ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tego rodzaju interpretacja sprzeczna byłaby z wykładnią systemową czyniąc zamawiającego stroną uprzywilejowaną w relacjach z oferentem, i prowadząc do pozbawienia sensu normatywnego przepisów prawa zamówień publicznych.".

Jak trafnie podkreśla się w doktrynie „Unieważnienie postępowania może nastąpić ze względu na interes publiczny, który sprawia, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby wbrew temu interesowi. Aby zamawiający mógł powołać się na tę przesłankę, 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. Powołanie się na powyższą przesłankę unieważnienia wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem interesu publicznego, który nie musi być tożsamy z interesem zamawiającego. Zgodnie z uchwałą TK z 12.03.1997 r., W 8/96, OTK 1997/1, poz. 15, 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, porządku publicznego, oświatą, kulturą. Powołując się na

komentowaną przesłankę unieważnienia, zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania. Tylko w ten sposób będzie bowiem w stanie udowodnić, że przesłanka ta rzeczywiście wystąpiła." (tak W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, PZP. Komentarz, Warszawa 2021, art. 255, LEX). Z jednej strony omawiana norma ma więc charakter gwarancyjny w stosunku do wykonawców, z drugiej jednak daje zamawiającemu możliwość zakończenia postępowania, którego realizacja ma charakter niecelowy i jest nieuzasadniona z perspektywy interesu publicznego, a zamawiający takiej sytuacji nie mógł wcześniej przewidzieć.

Warto także dodać, że weryfikowaną przez Izbę czynnością zamawiającego w postępowaniu jest przekazywana wykonawcom informacja o unieważnieniu postępowania (tu informacja z dnia 28.12.2023 r.). Późniejsze jej uzupełnienie jest działaniem spóźnionym, to bowiem na kanwie tej informacji zamawiającego, która wymaga przedstawienia wykonawcom właściwego uzasadnienia, obejmującego zarówno podstawę faktyczną, jak i prawną podjętego rozstrzygnięcia, wykonawcy podejmują decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej i od jej upublicznienia rozpoczyna bieg termin na wniesienie odwołania. Właściwe i pełne przekazanie podstaw swojej decyzji obciąża zamawiającego i to w dacie jej podjęcia, a nie na późniejszym etapie (przykładowo w postępowaniu odwoławczym czy sądowym).

Ponadto, postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym trzon materiału procesowego oraz podstawę rozstrzygnięcia stanowią twierdzenia i dowody przedstawione przez strony. Zgodnie z art. 534 ust. 1 p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Oznacza to obowiązek dostarczenia organowi procesowemu środków, przy pomocy których mógłby on przekonać się o tym, że przytoczone okoliczności są prawdziwe, zaś z drugiej strony określa, kto ponosi negatywne konsekwencje braku wywiązania się z nałożonego ciężaru dowodowego, czyli materialnoprawny skutek nieudowodnienia istotnych okoliczności, z których wywodzone są skutki prawne. Jeżeli zatem strona nie czyni zadość obowiązkowi wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, musi się liczyć z niekorzystnymi dla niej następstwami procesowymi w postaci uznania wysuwanych przez nią twierdzeń za nieudowodnione, a w konsekwencji z przegraniem procesu. W rozpoznawanym sporze to zamawiający został przez ustawodawcę zobowiązany do wykazania swoich twierdzeń, zaś niepodołanie nałożonemu na niego obowiązkowi dowodowemu musiało skutkować uwzględnieniem środka zaskarżenia.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanego sporu Izba wskazuje, co następuje. W ocenie składu orzekającego zamawiający nie udowodnił, aby wykonanie

zamówienia i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie leżało w interesie publicznym. Nie wykazano, aby budowa nowej siedziby aresztu, dostosowanej do wymaganych standardów dotyczących zasad odbywania kary pozbawienia wolności nie leżała w interesie publicznym. Zamawiający nie podjął jakiejkolwiek inicjatywy dowodowej w tym zakresie. Nie wykazano, żeby podana w analizie potrzeb i wymagań zamawiającego „potrzeba budowy nowego zakładu karnego typu zamkniętego dla recydywistów penitencjarnych, ponieważ od wielu lat występuje deficyt miejsc zakwaterowania dla tej kategorii skazanych." (tak analiza potrzeb i wymagań zamawiającego z dnia 19.04.2023 r., wykonana na podstawie art. 83 p.z.p.), stała się bezcelowa lub straciła na aktualności. Zamawiający również nie zaprzeczał, iż realizacja inwestycji jest związana z poprawieniem warunków osób, które do tej pory odbywają karę aresztu w budynku oddanym do użytkowania w 1905 r., który nie jest dostosowany do potrzeb osadzonych (w szczególności osób niepełnosprawnych) i nie odpowiada wymaganym standardom, co wynika ze wskazanych przez odwołującego doniesień prasy lokalnej, które nie zostały zakwestionowane przez zamawiającego. Izba także nie znalazła podstaw, aby odmówić im wiarygodności i jedynie dodatkowo powyższe potwierdza przedłożony przez odwołującego list intencyjny Zarządu Związku Przedsiębiorców i Pracodawców Śląsk z dnia 26 stycznia 2024 r.

Dalej Izba stwierdziła, że w informacji z dnia 28 grudnia 2023 r. o unieważnieniu postępowania również nie wskazano, ani nie wykazano, jaki interes publiczny wymaga dokonania unieważnienia postępowania przez zamawiającego. Nie

odniesiono się także do okoliczności na co mają zostać przeznaczone środki finansowe, pierwotnie przeznaczone za realizację zamówienia. W żadnym miejscu nie nawiązano się do celu, na jaki mają zostać przesunięte zaoszczędzone środki. Ponieważ nie ujawniono jakichkolwiek danych szczegółowych na temat przeznaczenia środków, niemożliwym stało się przeanalizowanie, czy rzekome przesunięcie środków na te niesprecyzowane, inne cele rzeczywiście leży w interesie publicznym powodując, że wykonanie przedmiotowego zamówienia nie może być dalej uznawane za wpisujące się w interes publiczny.

Odnoszą się natomiast do wskazanych w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania analiz, skład orzekający stwierdził, że brak ich przedstawienia uniemożliwia dokonanie oceny na czym w istocie polega zmiana okoliczności, która miałaby powodować, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Odesłanie do rzeczonych analiz, które nie zostały ujawnione ani wykonawcom, ani Izbie, powoduje konieczność przyjęcia, że obarczony ciężarem dowodu zamawiający nie sprostał nałożonym na niego obowiązkom.

W tym stanie rzeczy należało uznać, ze nie wystąpiły żadne okoliczność, które wskazywałyby na to, że prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Nie wykazano także, aby istotna zmiana okoliczności, na którą zamawiający powołał się w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 28 grudnia 2023 r., była zmianą zewnętrzną, niezależną od zamawiającego. Nie było spornym, że zamawiający jest zobowiązany do wykonywania poleceń jednostek nadrzędnych i podlega Dyrektorowi Generalnemu Służby Więziennej, który podlega pod Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości. Zatem to te same organy wyraziły zgodę i zapewniły odpowiednie środki finansowe na realizację inwestycji (wprowadzenie do planu wydatków w lutym 2022 r. przez Ministra Sprawiedliwości. Nadto w dniu 19.06.2018 r. Zastępca Dyrektora Generalnego Służby Więziennej wyraził zgodę na nabycie w drodze darowizny na rzecz Skarbu Państwa i przejęcie w trwały zarząd Okręgowego Inspektoratu Służby Więziennej w Katowicach nieruchomości gruntowej o powierzchni 8,16 ha – vide ww. analiza potrzeb i wymagań zamawiającego), a następnie zdecydowały, że rezygnują z inwestycji – tak załączone do odwołania pismo Zastępcy Dyrektora Służby Więziennej z dnia 12 stycznia 2024 r.

Mając na uwadze powyższe należało uznać, że zmiana sytuacji polegająca na przesunięciu środków finansowych nie jest zmianą zewnętrzną, a została wykreowana przez szeroko rozumiany Skarb Państwa. Na niemożność uznania za okoliczność zewnętrzną zamiaru zmiany koncepcji zakomunikowanej zamawiającemu przez przełożonego decydenta zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19 września 2014 r. sygn. akt: V Ca 2123/14. Sąd ten wskazał także, że na gruncie prawa cywilnego obowiązuje przepis k.c., stanowiący iż Skarb Państwa jest w stosunkach cywilnoprawnych podmiotem praw i obowiązków, które dotyczą mienia państwowego nienależącego do innych państwowych osób prawnych, a zatem stanowi podmiot jednolity, reprezentowany przez różne stationes fisci. (por. także wyrok Izby z 20.06.2016 r. sygn. akt: KIO 919/16, KIO 937/16, KIO 938/16, KIO 939/16, KIO 943/16, KIO 944/16, KIO 946/16, KIO 947/16, KIO 949/16, KIO 951/16 i wyrok Izby z 07.11.2016 r. sygn. akt: KIO 1967/16).

Stanowisko, że zmiana musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, zatem niedopuszczalnym jest, aby to zamawiający (lub organ nadrzędny), mógł kreować stan sprzeczny z interesem publicznym poprzez przesuwanie środków i w konsekwencji unieważnienie postępowania, zostało wyrażone także w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 29 maja 2012 r. sygn. akt IV Ca 527/11, gdzie trafnie argumentowano, że „Niemniej jednak stan ten jest irrelewantny dla Skarbu Państwa jako podmiotu prawa prywatnego, którego akty wewnętrzne nie mogą wywoływać bezpośrednich skutków dla osób trzecich, działających w sferze tego prawa. Taki stan nie może być zatem kwalifikowany jako zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp [obecnie art.

255 pkt 5 p.z.p. – przyp. skład orzekający]. Nie przenosi się on bowiem automatycznie na sferę stosunków prywatnoprawnych, w których stroną pozostaje Skarb Państwa. Sytuację taką przyrównać można przykładowo, do zmiany planów inwestycyjnych zarządu spółki, która sama w sobie nie niweczy wcześniej podjętych przez spółkę zobowiązań na płaszczyźnie obligacyjnej. O zmianie okoliczności w kontekście przywołanego przepisu można by mówić natomiast wówczas, gdyby zmiana sposobu wykorzystania środków budżetowych została przyjęta w drodze ustawy, rozporządzenia bądź aktu prawa miejscowego. Akty te w myśl przepisów art. 87 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, jako źródła prawa wiązałyby także Skarb Państwa jako podmiot prawa prywatnego. W tym wypadku zmiana okoliczności (prawnych) miałaby charakter zewnętrzny, niezależny od podległości organizacyjnej.”.

Dalej skład orzekający stwierdził, że nie udowodniono, żeby zaistniała zmiana okoliczności miała trwały charakter, kiedy dla zakwalifikowania zmiany jako istotnej niezbędna jest jej trwałość – rozumiana jako nieodwracalny stan. Nie wykazano także, aby doszło do pozbawienia zamawiającego finansowania. W informacji o unieważnieniu przetargu jest mowa wyłącznie o poleceniu wstrzymania działań i nakazie złożenia wniosku o zaniechanie zadania, czym zamawiający jest związany, co automatycznie nie oznacza, że w procesie kontradyktoryjnym udowodniono utratę finansowania.

Niemniej, przyjmując nawet za potwierdzone stanowisko o alokacji środków na realizację zamówienia będącego przedmiotem postępowania, skład rozpoznający spór wskazuje, że podziela argumentację zawartą wyroku Izby z dnia 21 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 686/15, gdzie wskazano, że „Z kolei Sąd Okręgowy w W. w wyroku z dnia 10 lipca 2002 r. [sygn. akt: V Ca 960/02 – przyp. skład orzekający] orzekł, iż nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Inne niż wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeby zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia nie może być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania. Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny może powodować, iż środki nań przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone.” (por. też wyrok Izby z 29.03.2011 r. sygn. akt: KIO 601/11, gdzie wskazano, że „Sam fakt przesunięcia środków budżetowych i zmiany koncepcji budowy stadionu piłkarskiego na skutek zmiany władz w wyniku wyborów samorządowych nie może być

uznany za przesłanek uzasadniającą zaistnienie podstaw unieważnienia postępowania" i wyrok Izby z 16.07.2019 r., gdzie argumentowano, iż „Nawiązując do sytuacji ekonomicznej zamawiającego związanej z ograniczeniem określonych wydatków Izba, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 22 września 2009 roku sygn. III CA 418/09 uznaje, że

możliwość zmniejszenia wydatków przez zamawiającego nie świadczy jeszcze o tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Nie można automatycznie utożsamiać interesu publicznego z interesem ekonomicznym zamawiającego".).

W zakresie wyrażonego już w odpowiedzi na odwołanie stanowiska o możliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych, krótko dodać należy, że ocena w przedmiocie wypełnienia przesłanek skutkujących możliwością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się na gruncie p.z.p., w granicach przypadków wymienionych w art. 255 p.z.p. – tu w zakresie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania/wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć (art. 255 pkt 5 p.z.p.) – jeżeli nie ziściły się przesłanki, o których mowa w tym przepisie, unieważnienie jest bezpodstawne.

Ponadto, Izba postanowiła zaliczyć na poczet materiału procesowego złożone przez zamawiającego pismo z dnia 12 stycznia 2024 r. Zastępcy Dyrektora Generalnego Służby Więziennej, niemniej jest ono nieprzydatne dla wykazania okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Po pierwsze, dowód ten udowadnia jedynie, że pan P.S. złożył oświadczenie danej treści – w którym uwagę przykuwa, że cechuje się ono stwierdzeniami ogólnymi i nie zawiera żadnej rzeczowej argumentacji, poza faktem, że oświadczający tak uważa. Po drugie, nie powiązano tez z dokumentu z żadną rzeczową analizą, ograniczając się do stwierdzeń, bez wskazania faktów, które do nich doprowadziły. Godzi się przypomnieć, że aby wykazać związek jakiś danych z określonym wnioskiem – sądem o rzeczywistości, konieczne jest przedstawienie procesu analitycznego, który wiąże analizę danych wyjściowych (które nota bene również muszą zostać wykazane jako rzetelne i miarodajne) z osądem, iż dane te dowodzą określonej tezy, czego nie uczyniono. Jak również razi odwołanie do obecnej sytuacji geopolitycznej, bez wykazania związku przyczynowo-skutkowego w zakresie konieczności unieważnienia obecnego przetargu z sytuacją, która istniała już na etapie podejmowania decyzji o zasadności inwestycji (24 luty 2022 r., to nie tylko początek rosyjskiej inwazji na Ukrainę, ale także data zatwierdzenia inwestycji do planu wydatków przez Ministra Sprawiedliwości, co wynika z drugiego akapitu omawianego dokumentu) i trwa już dwa lata, a mimo to dopiero teraz podejmowane są decyzje dotyczące zasadności finansowania przedmiotu postępowania.

Skład orzekający postanowił zaliczyć na poczet materiału dowodowego także złożone przez odwołującego dokumenty w postaci – pisma z dnia 16 stycznia 2024 r. Dyrektora Departamentu Budżetu i Efektywności Finansowej Ministerstwa Sprawiedliwości, pisma z dnia 18 stycznia 2024 r. Naczelnika Departamentu Wykonania Orzeczeń i Probacji Ministerstwa Sprawiedliwości, korespondencji elektronicznej z dnia 5 stycznia 2024 r. dotyczącego wniosku o dostęp do informacji publicznej – stanowią one udokumentowane próby pozyskania przez odwołującego dodatkowych informacji, dokumentując jego

staranności w zakresie przygotowania się do postępowania. Natomiast ich wartość dowodowa jest znikoma, ze względu na fakt, iż pomimo pomocy odwołującego, zamawiającemu nie udało się sprostać ciężarowi wykazania, ze istnieje dokument dotyczący przedmiotowej analizy (cyt. analiza zasadności kontynuacji zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Oddziału Zewnętrznego w Sosnowcu Aresztu Śledczego w Sosnowcu"), a tym bardziej jaką miałby on treść.

Konkludując, skład rozpoznający spór stanął na stanowisku, iż obarczony ciężarem dowodu zamawiający nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek określonych w art. 255 pkt 5 p.z.p., zaś niespełnienie chociażby jednej z nich wyklucza możliwość unieważnienia postępowania, zatem zamawiający nie miał uzasadnionych podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tej podstawie.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, gdyż wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. – stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miały istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w postaci bezpodstawnego unieważnienia przetargu. Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący: