

Sygn. akt: KIO/KU 25/22

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ z dnia 23 sierpnia 2022 roku

Po rozpatrzeniu w dniu 23 sierpnia 2022 roku w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez Zamawiającego: Nadleśnictwo Stary Sącz dotyczących wyniku kontroli uprzedniej przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa przepustów, mostów, brodów, kaszyc oraz palisad w Nadleśnictwie Stary Sącz w ramach kompleksowego projektu adaptacji lasów i leśnictwa do zmian klimatu – małej retencji oraz przeciwdziałaniu erozji wodnej na terenach górskich”, wskazującej na naruszenie przez Zamawiającego art. 255 ust. 5 ustawy Pzp

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Renata Tubisz

Wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie

UZASADNIENIE

Przeprowadzona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrola uprzednia dotyczy postępowania pn. „Budowa przepustów, mostów, brodów, kaszyc oraz palisad w Nadleśnictwie Stary Sącz w ramach kompleksowego projektu adaptacji lasów i leśnictwa do zmian klimatu – małej retencji oraz przeciwdziałaniu erozji wodnej na terenach górskich”. Przedmiotem kontroli jest wykonanie wymienionych robót budowlanych, wartość zamówienia wynosi 6 919 035,72 (tj. 1 620 648,75 euro) i jest ono udzielane jako część projektu o wartości 265 950 932,22 zł (tj. 62 293 802,78 euro). Zamówienie jest dofinansowane ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko.

W prowadzonym postępowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „PUZP” lub „Kontrolujący”), działając na podstawie art. 603 ust. 1 w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, przeprowadził kontrolę uprzednią, w wyniku której na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdził naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 128 ust.1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: Usługi Drogowo-Budowlane Z.J. oraz konsorcjum firm: Zakład Melioracyjno - Budowlany „WiR” W.M.-R.B. Sp. j. (lider konsorcjum), P.B.M. S. Sp. j. do złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawców;
2. art. 110 ust. 2 w zw. z art. 111 pkt 7) ustawy Pzp, poprzez dopuszczenie możliwości zastosowania instytucji samooczyszczenia w przypadku wykluczenia, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp;
3. art. 124 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2019 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), dalej jako „rozporządzenie”, poprzez żądanie w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji przedstawienia dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz

z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej;

4. art. 220 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez określenie w SWZ terminu związania ofertą na 90 dni, tj. bez wskazania konkretnej daty;
5. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisów od początku niezgodnych z treścią SWZ, bez ostatecznego ich sprostowania lub zmiany;
6. art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak wskazania uzasadnienia faktycznego odrzucenia ofert;
7. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców Trans-Sprzet G.J. i

konsorcjum firm: Zakład Transportowo-Usługowy M.P. (lider konsorcjum), Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa T.P.;

8. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia ofert wykonawcy FHU Dziunek E.S., w związku z brakiem zabezpieczenia oferty wadium przez cały okres związania ofertą;

9. art. 98 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrotu wadium wykonawcom nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą,

10. art. 81 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przekazanie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych informacji o złożonych w postępowaniu ofertach w dniu 23.02.2022 r., a więc ponad 90 dni po otwarciu ofert,

11. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 88 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak udostępnienia sprostowania, ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania,

12. art. 16 w zw. z art. 260 ust. 1 oraz art. 255 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez brak zachowania przez zamawiającego chronologii w wykonywaniu czynności w postępowaniu.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej została przekazana Zamawiającemu w dniu 11.04.2022 r.

W ramach zaleceń pokontrolnych PUZP zalecił:

1) wezwanie wykonawców Usługi Drogowo-Budowlane Z.J. oraz konsorcjum firm: Zakład Melioracyjno - Budowlany „WiR” W.M.- R.B. Sp. j. (lider konsorcjum), P.B.M. S. Sp. j., na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub

zdolność kredytową wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej;

2) unieważnienie czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Trans-Sprzęt G.J. i konsorcjum firm: Zakład Transportowo-Usługowy M.P. (lider konsorcjum), Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa T.P. oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części VI zamówienia.

Jednocześnie Kontrolujący podniósł, że w prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem procedury odwróconej cechuje brak zachowania chronologii w wykonywaniu czynności w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 16 w zw. z art. 260 ust. 1 oraz art. 255 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, a naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający został poinformowany o możliwości złożenia zastrzeżeń od wyniku kontroli. Z uprawnienia tego nie skorzystano.

Następnie Kontrolujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przekazanie informacji o sposobie wykonania zaleceń pokontrolnych sformułowanych w kontekście naruszeń nr 1 i 7 opisanych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Dnia 24.05.2022 r. Zamawiający poinformował PUZP, że w dniu 28.04.2022 r., na podstawie art. 260 ustawy Pzp, unieważnił przedmiotowe postępowanie we wszystkich częściach zamówienia. W uzasadnieniu powołano się na przepis art. 255 ust. 5 ustawy Pzp – wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający wyjaśnił, iż „W toku prowadzonego postępowania, wszczętego w dniu 22 września 2021 roku, z ostatecznym terminem do składania ofert w dniu 2 listopada 2022 roku, z częściowym rozstrzygnięciem w styczniu 2022 roku, została przekazana dokumentacja do przeprowadzenia kontroli, o której mowa w art. 613 PZP do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, która została skwitowana w dniu 11 kwietnia 2022 roku. W międzyczasie, postępujące zaburzenia rynkowe w łańcuchu dostaw, dostępie do pracowników, wynikające z przedłużającej się epidemii COVID-19, a także wywołanie konfliktu zbrojnego przez Rosyjską Federację na terytorium Ukrainy, powodują u Zamawiającego konkluzję o wysokim prawdopodobieństwie zdezaktualizowania się cen zaproponowanych w złożonych ofertach. Dowodem są obecne ceny w ofertach składanych na roboty budowlane podobnych u innych

Zamawiających, a także pisma składane przez Wykonawców informujących wprost, że pierwszą czynnością po zawarciu umowy o zamówienie publiczne w przedmiotowym postępowaniu, będzie wystąpienie z roszczeniem o zmianę wynagrodzenia na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4) PZP.

Tym samym nie jest możliwe zawarcie umów możliwych do zrealizowania w zaproponowanych cenach, również ze względu na zaistniałe zjawiska inflacyjne.

Zamawiający kierując się zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie może zawrzeć umowy w warunkach których żadna ze stron prowadzonego postępowania nie mogła przewidzieć z dochowaniem należytej staranności w listopadzie 2021 roku. Zawarcie umowy w takich warunkach prowadzić będzie również do nieważności umowy na podstawie art. 387 ust. 1 Kodeksu cywilnego, jako obejmujące świadczenie niemożliwe do wykonania na warunkach przedstawionych w ofercie.”

W związku z powyższym nadleśnictwo nie podejmowało czynności wynikających z zaleceń pokontrolnych

sformułowanych w kontekście naruszeń nr 1 i 7 opisanych w „informacji o wyniku kontroli uprzedniej” przekazanych pismem z dnia 11.04.2022 r.”

Dodatkowo Zamawiający w piśmie z dnia 05.07.2022 r. wyjaśnił m.in. „nie wzywał Wykonawców, których oferty otrzymały najwyższą ocenę w poszczególnych częściach zamówienia, do wyrażenia pisemnej zgody na wybór ich ofert.

W „interesie publicznym” jest również uzyskiwanie realnych ofert, które będą odnosić się do aktualnej sytuacji gospodarczej a nie będą odbiciem możliwości realizacyjnych w warunkach zaprzeczonych (nieaktualnych). Przyjęcie oferty na świadczenie niemożliwe już w chwili zawarcia umowy, prowadzi do konkluzji o nieważności takiej czynności prawnej na podstawie art. 387 Kc.

Zaburzenia rynkowe jakie nastąpiły po 24 lutego 2022 roku są wszechstronne i mają swoje odbicie w braku dostępności surowców, siły roboczej, ale nade wszystko powstanie zjawiska hiperinflacyjnego, który powoduje, że nie jest prawdopodobne utrzymanie cen ofert sprzed 24 lutego 2022 roku.

Powyższe okoliczności zostały przywołane w piśmie Wykonawcy tj. Zakładu Melioracyjno-Budowlanego „WIR” W.M. – R.B. sp. j. z dnia 04.04.2022 r. (załącznik nr 6), z którego wynika, że będzie zmierzał do zmiany warunków umowy (w zakresie wynagrodzenia) już z chwilą jej zawarcia.

Nawiązując do przytoczonej tezy, doszło do zaistnienia zewnętrznych okoliczności, tj. konflikt zbrojny i przedłużająca się epidemia COVID-19, a także wystąpienie zjawiska hiperinflacji, która spowodowała, że dalsze prowadzenie postępowania byłoby bezcelowe w tym

znaczeniu, że wybór oferty nie mógłby prowadzić do zawarcia umowy, na warunkach przedstawionych pierwotnie przez wykonawców.

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, przedłużonego również ze względu na obowiązek poddania się kontroli wstępnej postępowania, nie miał w maju 2022 roku możliwości wskazania ofert ze względu na ich nierealność, a przez to udzielenie zamówienia publicznego nie było w interesie publicznym. Adaptacja ofert na etapie zawierania umowy o zamówienie publiczne wskutek okoliczności, które nastąpiły w trakcie postępowania, a mające istotny wpływ na jego wynik, nie zasługuje w ocenie Zamawiającego na akceptację.

Wskazanie oferty i zawarcie umowy w przedstawionych okolicznościach faktycznych, zaburzałby uczciwą konkurencję co doprowadziło Zamawiającego do konkluzji, że udzielenie zamówienia publicznego w takich okolicznościach nie leży w interesie publicznym.

Zamawiający podał, że o unieważnieniu przedmiotowego postępowania zawiadomieni zostali równocześnie wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty. Ponadto informacja o unieważnieniu postępowania została zamieszczona na stronie prowadzonego postępowania. Jednocześnie w oparciu o art. 262 ustawy Pzp pismami z dnia 15.06.2022 r. wykonawcy zostali poinformowani o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa przepustów, mostów, brodów, kaszyc oraz palisad w Nadleśnictwie Stary Sącz w ramach kompleksowego projektu adaptacji lasów i leśnictwa do zmian klimatu - małej retencji oraz przeciwdziałaniu erozji wodnej na terenach górskich - część: I, II, IV, V” które opublikowane zostało na stronie internetowej starysacz.”

Organ Kontrolujący stwierdził, co następuje: zgodnie z art. 255 ust. 5 ustawy Pzp 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.

Aby zamawiający mógł powołać się na powyższą przesłankę musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmiana okoliczności, w wyniku której -kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym.

Ustawodawca we wskazanym przepisie wymaga dla unieważnienia postępowania wykazania przez zamawiającego, że zostały spełnione następujące wymagania:

1. wystąpiła istotna zmiana okoliczności, czyli zaistniały pewne zdarzenia faktyczne, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania nie leży w interesie publicznym. 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 ustawy Pzp;
2. zmiany takiej, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, 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;
3. kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia nie będzie leżało w interesie publicznym - dotyczy zdarzeń wyjątkowych i może znaleźć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy kontynuacja postępowania prowadziłaby do wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu. Zamawiający powinien samodzielnie ocenić czy wzrośnie, czy w ogóle ustanie zapotrzebowanie na dane zamówienie publiczne.

Ciężar udowodnienia wszystkich wskazanych, kumulatywnych przesłanek unieważnienia postępowania spoczywa na zamawiającym, który powinien mu sprostać w udostępnionej wykonawcom decyzji o unieważnieniu postępowania.

Według PUZP o ile w przekazanych wyjaśnieniach Zamawiający powołał się na dwie niezależne od niego okoliczności, tj.: przedłużanie się epidemii COVID-19 oraz wywołanie konfliktu zbrojnego przez Rosyjską Federację na terytorium Ukrainy, o tyle nie wykazał, iż w jakimkolwiek stopniu mogły mieć one wpływ na to, iż realizacja zamówienia nie będzie leżała w interesie publicznym.

Z zapisów SWZ wynika, iż celem projektu jest „wzmocnienie odporności na zagrożenia związane ze zmianami klimatu w górskich ekosystemach leśnych. Podjęte działania będą ukierunkowane na zapobieganie powstaniu lub minimalizację negatywnych skutków zjawisk naturalnych takich jak: niszczące działanie wód wezbraniowych, powodzie i podtopienia, susza i pożary. Cel główny projektu zostanie osiągnięty przez realizację kompleksowych działań dotyczących zabezpieczenia lasów przed kluczowymi zagrożeniami związanymi ze zmianami klimatycznymi. Obejmują one rozwój systemów małej retencji oraz przeciwdziałanie nadmiernej erozji wodnej na terenach górskich.”

Zatem za główny cel udzielenia zamówienia, który mieści się w kategorii interesu publicznego, uważać należy działania mające na celu ochronę środowiska na terenach górskich.

Interes publiczny, wskazany w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, nie może być utożsamiany wyłącznie z interesem ekonomicznym zamawiającego, ani tym bardziej z interesem ekonomicznym wykonawcy. O ile jednostki zamawiające powinny dokonywać wydatków w sposób racjonalny, to jednak czym innym jest unieważnienie postępowania, w sytuacji kiedy inwestycja nie leży w interesie publicznym, a czym innym jest decyzja o zakończeniu postępowania podjęta w oparciu o czynniki ekonomiczne.

Analizowany przepis art. 255 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy unieważnienia postępowania, kiedy realizacja danego zamówienia jest bezcelowa, a nie kiedy zamawiający dojdzie do subiektywnego przekonania, że ceny ofert uległy dezaktualizacji. Zamawiający nie wykazał również powstania interesu publicznego większej wagi lub związanego z nowo obranym przez niego kierunkiem. Tym bardziej jest to widoczne, ponieważ po unieważnieniu kontrolowanego postępowania, Zamawiający zdecydował się rozpiścić kolejną procedurę na ten sam przedmiot zamówienia. Powyższy fakt w sposób bezsporny oraz jednoznaczny potwierdza, iż interes publiczny, w kontekście opisywanej procedury nie uległ zmianie.

Wśród przedstawicieli doktryny podkreśla się że o wpływie realizacji umowy na naruszenie interesu publicznego można mówić, gdy zostanie wykazane, że w przypadku udzielenia zamówienia w zamierzonym kształcie zamawiający musiałby np. likwidować miejsca pracy, co wiąże się ze skutkiem dla rodzin, regionu, spokoju społecznego, zagrożeniem strajkowym lub podobnymi konsekwencjami o znacznym wymiarze. To można dopiero uznać za wpływ realizacji umowy na interes publiczny. W postępowaniu o żadnym takim wpływie nie ma mowy i być nie może uwzględniając co jest przedmiotem postępowania, jaki jest zakres przedmiotu postępowania na działalność zamawiającego oraz jaki jest zakres środków, które mają być wydatkowane na realizację przedmiotu postępowania w całej działalności zamawiającego. Natomiast interes publiczny to nie interes ekonomiczny zamawiającego.

W ocenie Kontrolującego ustalonym stanie faktycznym Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie wymaganym przez przepisy ustawy Pzp. W uzasadnieniu podjętej decyzji Zamawiający powołuje się na konflikt zbrojny i przedłużającą się epidemię COVID-19 oraz wystąpienie zjawiska hiperinflacji i braku utrzymania cen ofert sprzed 24.02.2022 r., a więc sprzed wystąpienia zaburzeń rynkowych. Za niedopuszczalne należy uznać przyjęcie przez Zamawiającego, że złożone oferty są świadczeniami „niemożliwymi” do wykonania już w chwili zwarcia umowy oraz podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania po przekazaniu informacji, przez jednego z pięciu wykonawców

biorących udział w postępowaniu, o konieczności dokonania korekty wynagrodzenia umownego oraz o cenach ofert składanych u innych zamawiających. Powyższa okoliczność w żadnym względzie nie przesądza, że w opisywanych okolicznościach można mówić o świadczeniu niemożliwym do spełnienia.

W konsekwencji, biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny sprawy PUZP stwierdził, że Zamawiający unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, we wszystkich częściach zamówienia, bez zaistnienia przesłanek uprawniających go do takiego zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, naruszył przepis art. 255 ust. 5 ustawy Pzp.

W ramach zaleceń pokontrolnych zalecono Zamawiającemu, w celu usunięcia stwierdzonego naruszenia, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 5 oraz dokonanie obligatoryjnej czynności wezwania wykonawców, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze w poszczególnych częściach zamówienia, do wyrażenia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie pisemnej zgody na wybór ich ofert. W przypadku braku zgody, o której mowa w art. 252 ust. 2 ustawy Pzp, stosownie do dyspozycji art. 252 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający winien zwrócić się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.

Zamawiający w ustawowym terminie wniósł pisemne zastrzeżenia od wyniku kontroli.

Zamawiający wskazał, że odmiennie od PUZP interpretuje przesłanki unieważnienia postępowania zawarte w art. 255 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z literalną wykładnią tego przepisu istotna zmiana okoliczności, uzasadniająca unieważnienie postępowania, powodować ma, że jego prowadzenie lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Zastosowanie w treści przepisu alternatywy nierozłącznej „lub” prowadzi do wniosku, iż wystarczającym jest, aby tylko

jedną z tych czynności była sprzeczna z interesem publicznym. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być bowiem dokonywana w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej. Kierując się zaś prawidłami logiki prawniczej funktor „i” oznacza, że oba warunki muszą być spełnione. Z kolei zastosowanie funktora „lub” oznacza, że konieczne jest spełnienie tylko jednego warunku. Tym samym zastosowanie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do dwóch sytuacji:

- a) zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, lub
- b) zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Stanowisko to potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza, wskazując, że art. 93 ust. 1 pkt 6 PrZamPubl2004 (obecnie art. 255 pkt 5) stanowi, iż unieważnienie postępowania jest uzasadnione brakiem interesu publicznego w prowadzeniu postępowania (nie zaś wyłącznie w udzieleniu zamówienia). Oznacza to, że samo udzielenie zamówienia nadal leży w interesie publicznym, natomiast zamówienie to nie powinno być efektem danego konkretnego postępowania (vide wyrok KIO z dnia 3 lipca 2020 r., KIO 778/20, Legalis).

Nie jest wobec tego zasadnym zawężenie dyspozycji art. 255 pkt 5 ustawy Pzp wyłącznie do utraty znaczenia dla interesu publicznego wykonania przedmiotu zamówienia. W Informacji o wyniku kontroli uprzedniej brak jest odniesienia się do badania celowości prowadzenia postępowania dla interesu publicznego.

Bezsprzecznie Zamawiający nadal jest zainteresowany realizacją przedmiotu zamówienia. Celem bowiem projektu, w ramach którego wszczęte zostało zamówienie było wzmocnienie odporności na zagrożenia związane ze zmianami klimatu w górskich ekosystemach leśnych, który to cel mimo wystąpienia powoływanej zmiany okoliczności jest niewątpliwie w dalszym ciągu aktualny. Niemniej jednak, ze względu na nastąpienie istotnej zmiany okoliczności, prowadzenie postępowania było sprzeczne z interesem publicznym.

Jako niezasadny jawi się zarzut niewykazania przez Zamawiającego, aby powoływane przez niego okoliczności, tj. przedłużająca się pandemia COVID-19, konflikt zbrojny na Ukrainie oraz wystąpienie zjawiska hiperinflacji, w jakimkolwiek stopniu mogły mieć wpływ na realizację zamówienia, tudzież dalsze prowadzenie postępowania. Faktem notoryjnym jest, że wspomniane zjawiska miały szerokie przełożenie na gospodarkę, wpływając na wysokość cen ofertowych, jak również na realność wykonania zamówienia publicznego. Fakty takie w myśl art. 228 kpc, nie wymagają dowodu. Nie sposób jednak pominąć, iż powyższe twierdzenia nie stanowią wyłącznie subiektywnego przekonania Zamawiającego, a poparte są chociażby pismem Wykonawcy – lidera Konsorcjum -Zakładu Melioracyjno – Budowlanego „WIR” z dnia 4 kwietnia 2022 r., w treści którego Wykonawca przedstawił szacowany wzrost cen i materiałów, zwracając się jednocześnie o podjęcie działań mających na celu dostosowanie wynagrodzenia umownego do realiów rynku. Jako że pismo to zostało złożone przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza dla części I i V, przed planowanym zawarciem umowy na realizację zamówienia, która byłaby niemożliwa do wykonania na warunkach przedstawionych w ofercie, sytuacja ta odpowiadała dyspozycji przepisu art. 387 § 2 kc.

Gospodarcza niemożliwość świadczenia odnosi się bowiem do takich działań w wykonaniu zobowiązania, które wprawdzie w świetle praw natury są fizycznie możliwe, ale biorąc pod uwagę kontekst ekonomiczny, pozostają oczywiście nieracjonalne [patrz: pkt 11 komentarza do art. 389 KC [w:] Maciej Gutowski (red.) Kodeks cywilny. Tom I–III, Warszawa 2022]. Pismo złożone przez Wykonawcę potwierdza zresztą powszechność zmiany sytuacji rynkowej w odniesieniu do wszystkich, a nie tylko do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W zaistniałych okolicznościach uzyskanie niezbitego dowodu potwierdzającego nieaktualność zaoferowanych przez Wykonawców cen byłoby możliwe dopiero po zawarciu umowy i wniesieniu późniejszych, oczywiście zasadnych, roszczeń Wykonawców o podwyższenie wynagrodzenia określonego w umowie.

Zamawiający zauważył, że Urząd Zamówień Publicznych jest w posiadaniu informacji o obecnej sytuacji rynkowej, która rzutuje na umowy o zamówienie publiczne, a zatem o powszechności i rozległości zjawiska zmian warunków rynkowych, jakie nastąpiły na przełomie I oraz II kwartału 2022 roku, co potwierdzają:

- a) Komunikat UZP ws. odstępowania od umów przez dostawcę energii elektrycznej umowy-przez-dostawcę-energii-elektrycznej/tryb-z-wolnej-reki,-a-wypowiedzenie-umowy-przez-dostawcę-energii-elektrycznej;
- b) Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp

-sprawie-zamowienia-publicznego-na-podstawie-art.-455-ust.-1-pkt-1-i-4-oraz-art.-

455-ust.-2-ustawy-Pzp.pdf

- na szczególną uwagę zasługuje fragment zamieszczony w akapicie 3, s. 6 tej publikacji w brzmieniu: „Możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wymaga zatem ustalenia, że konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć, pomimo dochowania przez zamawiającego należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

Zamawiający w zastrzeżeniach nie zgodził się ze stanowiskiem, że unieważniając kontrolowane postępowanie na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, kierował się wyłącznie czynnikami ekonomicznymi.

W dalszej części zastrzeżeń Zamawiający podnosi, że pojęcie interesu publicznego należy wiązać z funkcjami i zadaniami, jakie ustawodawca stawia podmiotom wydatkującym

środki publiczne. Należą do nich racjonalne, efektywne i skuteczne wydatkowanie środków publicznych na zadania publiczne, zagwarantowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na rynku, zapobieganie korupcji w zamówieniach publicznych, zwiększanie konkurencyjności na rynku, kształtowanie właściwych wzorów zachowań rynkowych zarówno przez wykonawców jak i zamawiających, w tym ustalenie zasad równowagi kontraktowej, ochrona podmiotów działających na rynku zamówień publicznych poprzez przyjmowanie przez instytucje zamawiającego jasnych i przejrzystych zasad udzielania zamówień publicznych. Realizacja powyższych funkcji systemu zamówień publicznych to realizacja interesu publicznego (vide P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021).

Na Zamawiającym, jako dysponentcie środków czerpanych z publicznych źródeł dochodu na cel wydatków dokonywanych w trybie zamówień publicznych, ciąży odpowiedzialność za możliwie racjonalne ich spożytkowanie. Racjonalność wydatkowania środków publicznych stanowi składową interesu publicznego. Wziąć przy tym pod uwagę należy, iż Zamawiający jest objęty reżimem ustawy o finansach publicznych, zgodnie z której art. 44 ust. 3 wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań oraz w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. W takim stanie rzeczy interes Zamawiającego pokrywa się z interesem publicznym. Nie zasługuje zatem na uznanie stanowisko jakoby interes publiczny wskazany w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp nie mógł być utożsamiany z interesem ekonomicznym Zamawiającego.

Jakkolwiek jednak czynniki ekonomiczne są istotnym elementem kształtowania polityki zakupowej, dokonywanej w ramach zamówień publicznych, tak unieważnienie postępowania nie nastąpiło wyłącznie z uwagi na naruszenie interesu ekonomicznego Zamawiającego.

Jednym z zadań stawianych podmiotom wydatkującym środki publiczne jest zagwarantowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na rynku. Są to bowiem naczelne zasady obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obejmujące zarówno Zamawiającego, jak i Wykonawców. W orzecznictwie akcentuje się przede wszystkim, iż celem zasady uczciwej konkurencji jest przeciwdziałanie występowaniu praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami (vide wyrok ETS z 3.3.2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/0, *Fabriscom, Legalis, M. Sieradzka*, Glosa do wyroku TS z 19.5.2009 r., C-538/07, *LEX/el.* 2014). Konkurencja między Wykonawcami sprzyja bowiem wyborowi oferty najkorzystniejszej, motywując ich do składania ofert konkurencyjnych cenowo i jakościowo.

Zmiana warunków w zakresie wynagrodzenia już w chwili zawarcia umowy z Wykonawcą, którego oferta została wybrana w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego godzi w efektywność systemu zamówień, niwecząc jego cele. Jednocześnie jawi się ona jako konieczna ze względu na drastyczny wzrost cen materiałów, paliwa i energii, powodujący, że wykonanie zamówienia po cenie ofertowej nie jest możliwe, co potwierdza pismo Wykonawcy – lidera Konsorcjum - Zakładu Melioracyjno – Budowlanego „WIR” W.M. – R.B. Sp. j., wskazujące na zamiar renegotjowania istotnych warunków umowy. W takim stanie rzeczy nie jest możliwym aktualnie dokonanie oceny, czy wybrana oferta była rzeczywiście ofertą najkorzystniejszą z punktu widzenia interesów Zamawiającego. Najkorzystniejsza oferta to bowiem ta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną. Zmienione warunki mogłyby zaś odnieść w tym zakresie wpływ na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym zamówieniu. Z tego względu unieważnienie postępowania było celowe, bowiem nie leży w interesie publicznym prowadzenie postępowania na podstawie ofert blankietowych, których oferowana cena nie jest ceną rzeczywistą. Mając to na uwadze, Zamawiający jako podmiot wydatkujący środki publiczne dołożyć musi staranności, aby Wykonawcy, którzy złożyli mniej korzystne oferty mieli możliwość zaktualizowania swojej propozycji wykonania zamówienia publicznego. Możliwym jest bowiem sytuacja, w której oferta która uzyskała najmniej punktów w rankingu ofert, jest faktycznie najkorzystniejsza w odbiciu do bieżącej sytuacji rynkowej, po 24 lutego 2022 roku.”

Następnie Zamawiający zauważył, iż unieważnił postępowanie z przyczyn ujętych nie tylko w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, ale również w art. 255 pkt 6. Jako że przepisy ustawy Pzp nie ograniczają możliwości unieważnienia postępowania do tylko jednej podstawy, Zamawiający przyjął jako uzasadnienie od odstąpienia od dalszych czynności w postępowaniu, przesłankę "silniejszą", która skonsumowała tę o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. W tym stanie rzeczy kontynuacja postępowania objętego kontrolą jest niecelowa. Zakładając bowiem, że choć jeden z Wykonawców wyraził zgodę na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej po upływie terminu ich związania, doprowadzi to ponownie do sytuacji stanowiącej podstawę unieważnienia postępowania wskutek pierwotnej niemożności świadczenia ujętej w ofercie złożonej w listopadzie ubiegłego roku.

Ponadto Zamawiający zakwestionował zalecenie wezwania Wykonawców do wyrażenia zgody na wybór ich oferty jako najkorzystniejszej po upływie terminu ich związania zaznaczając jednocześnie, że wybór najkorzystniejszych ofert nastąpił w dniu 12.01.2022, tj. przed upływem terminu ich związania.

Mając na uwadze wyżej wskazaną argumentację, Zamawiający wnosił jak w petitum złożonych zastrzeżeń.

Prezes UZP, odpowiadając na zastrzeżenia zgłoszone od wyniku kontroli postępowania wskazał, że nie podziela argumentacji Zamawiającego i w całości podtrzymuje ustalenia zawarte w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Dodatkowo podkreślił, że w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp mowa jest o zmianie okoliczności, czyli zaistnieniu pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania nie leży w interesie publicznym rozumianym jako korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego, a wykonanie zamówienia z punktu widzenia ogółu stanie się zbędne, niepotrzebne lub nie znajdujące celu jego realizacji. Tak rozumiana zmiana okoliczności musiałaby prowadzić zatem do wystąpienia obiektywnej, trwałej zmiany stanu faktycznego – czego nie można było przewidzieć w chwili wszczęcia postępowania – w stopniu tak istotnym, że spowoduje to, iż wykonanie zamówienia będzie niecelowe, lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Zastosowanie normy art. 255 pkt 5 ustawy Pzp znajduje zatem uzasadnienie w przypadku wystąpienia zdarzeń wyjątkowych, w konsekwencji których kontynuacja postępowania prowadziłaby do wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu.

To na Zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia przesłanek unieważnienia postępowania. Dla zasadności podjęcia decyzji przez Zamawiającego o unieważnieniu postępowania niezbędne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy leży w interesie publicznym. W przekazanych zastrzeżeniach Zamawiający powołał się na niezależne od niego okoliczności, tj.: przedłużanie się epidemii COVID-19, wywołanie konfliktu zbrojnego przez Rosyjską Federację na terytorium Ukrainy oraz zjawisko hiperinflacji, natomiast z przekazanych przez Zamawiającego dokumentów oraz wyjaśnień nie wynika bezpośrednio w jaki sposób przywołane przez Zamawiającego okoliczności faktyczne mogłyby wskazywać, iż prowadzenie kontrolowanego postępowania nie leży w interesie publicznym.

Informacja o wyniku kontroli z dnia 26 lipca 2022 r., w której stwierdzono naruszenie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, sporządzona została w kontekście braku wykonania przez Zamawiającego zaleceń pokontrolnych sformułowanych w Informacji o wyniku kontroli

uprzedniej z dnia 11 kwietnia 2022 r. Po przeprowadzaniu obligATORYJNEJ kontroli uprzedniej w zakresie zgodności z przepisami ustawy Pzp działań lub zaniechań Zamawiającego, Prezes Urzędu w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej stwierdził na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp szereg naruszeń przez Zamawiającego i sformułował zalecenia pokontrolne. W kontekście żadnego ze stwierdzonych naruszeń PUZP nie zalecił unieważnienia postępowania. Tym samym po wykonaniu zaleceń pokontrolnych Zamawiający miał możliwość prawidłowego wyboru ofert najkorzystniejszych oraz zakończenia postępowania podpisaniem umów na poszczególne jego części.

Reasumując, w okolicznościach faktycznych kontrolowanego postępowania nie ziszcila się przesłanka do unieważnienia postępowania ze względu na to, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, w szczególności nie doszło do żadnych uchybień proceduralnych uzasadniających taką decyzję.

Sam Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach w sposób bezpośredni oraz niepozostawiający wątpliwości potwierdził ustalenia poczynione w Informacji o wyniku kontroli z dnia 26 lipca 2022 r., zgodnie z którymi interes publiczny wyrażający się w celach przypisanych dla projektu, w ramach którego prowadzone jest kontrolowane postępowanie nie uległ zmianie oraz zachował swoją aktualność w momencie dokonywania czynności unieważniania kontrolowanej procedury jak i po jej unieważnieniu. Prowadzi to bezpośrednio do wniosku, iż w kontrolowanym postępowaniu nie ziszcila się druga ze wskazanych na wstępie przesłanek, zgodnie z którą Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Kontrolujący podkreślił, że powołując się na dokumenty ze strony www UZP Zamawiający w dalszym ciągu jedynie dywaguje nad potencjalnym wpływem takich zjawisk, jak przedłużająca się pandemia COVID-19, konflikt zbrojny na Ukrainie oraz wystąpienie zjawiska inflacji, wskazując jedynie na ewentualny, negatywny wpływ tych zjawisk na przebieg realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe stanowisko jest jednak subiektywnym odczuciem Zamawiającego co do potencjalnego wpływu okoliczności na przebieg realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie jest w stanie jednoznacznie wykazać, czy wykonawcy, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze w ramach poszczególnych części nie byłiby zainteresowani podpisaniem umów na warunkach określonych w ofertach, gdyż Zamawiający nie wystąpił do nich z wnioskiem o podpisanie takich umów. Zauważyć w tym miejscu należy, iż w przypadku, gdy dany wykonawca nie jest zainteresowany podpisaniem umowy może

uchylić się od jej podpisania. W przypadku braku zgody, o której mowa w art. 252 ust. 2 ustawy Pzp, stosownie do dyspozycji art. 252 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający winien zwrócić się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania. Jednostronną, opartą na subiektywnych przesłankach decyzją o unieważnieniu postępowania Zamawiający pozbawił wykonawców możliwości dookreślenia się, czy nadal zainteresowani są podpisaniem umowy na warunkach określonych w ofercie, czy też nie.

Zasada przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oznacza, że wszelkie czynności podejmowane przez Zamawiającego winny wynikać z jednoznacznych i klarownych przesłanek, jakimi kierował się Zamawiający, a przesłanki te muszą być możliwe do zweryfikowania już na etapie podjęcia tych czynności. Fakt, iż czynność unieważnienia postępowania nie została poprzedzona wystąpieniem do wykonawców z wnioskiem o

podpisanie umów powoduje, iż w opisywanych okolicznościach wystąpienie przesłanki do unieważnienia postępowania ma jedynie charakter hipotetyczny oraz w sposób bezpośredni godzi w ww. zasadę.

Zamawiający dokonując wykładni art. 255 pkt 5 ustawy Pzp myli przesłanki do unieważnienia postępowania z przesłankami uzasadniającymi wprowadzenie zmian do zawartej umowy. Przywołany przez Zamawiającego przepis art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp określa przypadki, w których dopuszczalne są zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Regulacje zawarte w tym przepisie pozwalają na dostosowanie zawartej z wykonawcą umowy do zmian wywołanych okolicznościami zewnętrznymi, które mogą wystąpić w trakcie jej realizacji. Zatem zaprezentowane przez Zamawiającego stanowisko ponownie potwierdza, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie materializowała się przesłanka do unieważnienia kontrolowanej procedury, gdyż zawarte z wykonawcami umowy na gruncie przywołanej dyspozycji art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp mogły zostać aneksowane w sposób dostosowujący je do zachodzących zmian zewnętrznych.

Odwołując się do aspektów ekonomicznych w kontekście pojęcia interesu publicznego, w dalszej części zastrzeżeń Zamawiający podnosi, że trzeba je wiązać z funkcjami i zadaniami, jakie ustawodawca stawia podmiotom wydatkującym środki publiczne. Jak słusznie podkreśla Zamawiający należą do nich racjonalne, efektywne i skuteczne wydatkowanie środków publicznych na zadania publiczne, zagwarantowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na rynku. Zamawiający odwołując się do definicji oferty najkorzystniejszej, tj. takiej, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do

przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną, podnosi, że „...zmienione warunki mogłyby zaś odnieść w tym zakresie wpływ na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym zamówieniu. Z tego względu unieważnienie postępowania było celowe, bowiem nie leży w interesie publicznym prowadzenie postępowania na podstawie ofert blankietowych, których oferowana cena nie jest ceną rzeczywistą.”.

W podsumowaniu rozważań PUZP podał, że ustawa Pzp nie precyzując celu wydatkowania środków publicznych będących do dyspozycji Zamawiającego, określa zaś sposób w jaki środki na określone zadania publiczne powinny być wydatkowane. Jednocześnie procedury przewidziane w ustawie Pzp mają na celu zagwarantowanie zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Fakt, iż Zamawiający zdecydował się na rozpisanie kolejnej procedury obejmującej ten sam przedmiot zamówienia świadczy o tym, iż w odniesieniu do kontrolowanego postępowania zachodzi przesłanka celowości wydatkowania środków publicznych. Ponadto, poddając postępowanie obowiązkowej kontroli uprzedniej, w żadnym ze stwierdzonych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 11 kwietnia 2022 r. naruszeń, PUZP nie wykazał naruszenia godzącego w zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Uznać zatem należy, iż w kontrolowane postępowanie ze względu na cel jak i aspekt proceduralny będzie służyć realizacji interesu publicznego.

Analizując podniesiony przez Zamawiającego aspekt ekonomiczny Kontrolujący wskazał, że Zamawiający w sposób subiektywny stwierdza, że zmienione warunki mogłyby odnieść wpływ na wynik postępowania. Na potwierdzenie tak sformułowanej tezy Zamawiający nie przytacza jednak żadnych dowodów. Podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania po przekazaniu informacji, przez jednego z pięciu wykonawców biorących udział w postępowaniu, o konieczności dokonania korekty wynagrodzenia umownego oraz o cenach ofert składanych u innych zamawiających, uznać należy w tej mierze za daleko niewystarczające. Prowadzona kontrola uprzednia, obejmująca również weryfikację złożonych przez wykonawców ofert nie wykazała również, aby w kontrolowanym postępowaniu doszło do złożenia „ofert blankietowych”.

Za niezrozumiałe oraz nieznajdujące odzwierciedlenia w przepisach ustawy Pzp uznano twierdzenie Zamawiającego, iż okoliczność skutkująca koniecznością podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy na etapie przed podpisaniem umowy stanowi istotną zmianę w rozumieniu art. 454 ustawy Pzp, która winna skutkować unieważnieniem całej procedury. Przeciwnie, ustawa Pzp w dyspozycji art. 455 dopuszcza szereg wyjątków od zasady niezmienności umów o zamówienie publiczne, w tym przytoczoną przez Zamawiającego podstawę wyszczególnioną w art. 455 ust. 1 pkt 4.

Zamawiający zauważył również w zastrzeżeniach, iż unieważnił postępowanie z przyczyn ujętych nie tylko w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, ale również w art. 255 pkt 6, jako że przepisy ustawy Pzp nie ograniczają możliwości unieważnienia postępowania do tylko jednej podstawy. Art. 255 pkt 6 Pzp stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie w sytuacji gdy stwierdzi, że jest ono obciążone wadą, która uniemożliwia mu zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, tj. zaszła jedna z do podstaw unieważnienia umowy wskazanych w treści art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Zważywszy, iż prowadzona kontrola uprzednia nie wykazała żadnych z tych podstaw, stwierdzono, iż w okolicznościach postępowania nie materializowała się dodatkowa przesłanka do jego unieważnienia wskazania w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, tj. zamawiający miał możliwość podpisania ważnych umów z wybranymi wykonawcami.

Reasumując stwierdzono, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dopuścił się naruszeń wykazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Podsumowując, Prezes UZP podtrzymał wyrażone w Informacji o kontroli stanowisko i poinformował, że zgodnie z art. 610 ust. 2 ustawy Pzp zastrzeżenia przekazane zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone wobec informacji o wyniku kontroli, uznała, iż nie zasługują one na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie wyznaczonym do rozpatrzenia zastrzeżeń, wskazuje, że podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej oraz odpowiedzi na złożone

przez Zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli.

Izba w pełni podzieliła argumentację prezentowaną przez Kontrolującego w Informacji, jak i argumentację pogłębianą przez Kontrolującego, a ujętą w odpowiedzi na złożone zastrzeżenia, uznając ją za własną oraz, wobec wyczerpującego i kompleksowego charakteru teże argumentacji, za zbędne uważa jej powielanie w niniejszej uchwale.

Porządkowo jedynie podkreślenia wymaga, iż stosownie do art. 255 pkt 5 ustawy 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 ustawy 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. Nie ma zatem racji Zamawiający dokonując wykładni przedmiotowego przepisu i znaczenia dla użycia w nim funktora „lub”. W przepisie nie ma więc mowy o dwóch odrębnych przesłankach, to jest albo prowadzeniu postępowania, albo wykonaniu zamówienia. Z resztą dalsze czynności podjęte przez Zamawiającego po unieważnieniu postępowania, czyli ogłoszenie nowego postępowania na tożsamy warunkach wskazują, co słusznie podkreślił również Kontrolujący, że zarówno prowadzenie postępowania, jak także wykonanie zamówienia leży w interesie publicznym oraz stanowi jedną (wspólną) przesłankę określoną w przepisie. Sam więc Zamawiający ogłaszając nowe postępowanie postępuje niezgodnie z przedstawioną argumentacją. Dostrzeżenia wymaga, iż samo prowadzenie postępowania jest związane z wykonaniem zamówienia, ten ostatni element nie istnieje zarazem bez wcześniejszego przeprowadzenia postępowania. W przypadku zaś prowadzenia postępowania jego celem nadrzędnym jest wybór wykonawcy i podpisanie z nim umowy, w celu realizacji zamówienia.

Dalej, dokonując analizy treści art. 255 pkt 5 ustawy Pzp dostrzeżenia wymaga, iż ustawodawca nie zdefiniował na gruncie norm ustawy Pzp w jaki sposób należy rozumieć pojęcie „istotnej zmiany okoliczności”, w związku z czym konieczne i uzasadnione jest odwołanie się do znaczenia nadanego 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”) tożsamościowo do art. 255 pkt 5 ustawy 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).

Okoliczności, o których mowa w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp muszą mieć 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). W tym kontekście zauważyć należy, iż powoływanie się przez Zamawiającego na przedłużającą się pandemię COVID-19, z założenia nie spełnia definicji przesłanki, której nie można było przewidzieć. Zamawiający rozpoczął postępowanie w roku 2021, kiedy to pandemia była zjawiskiem już trwającym, o skutkach znacząco już wtedy znanych, a zarazem istotnie oddziałujących na aspekty osobowo-gospodarcze, takie jak dostęp do pracowników, dostęp do materiałów

budowlanych, ceny tych materiałów. Zamawiający nie powoływał się zatem na żadne nowe czynniki, a tym bardziej przystępując do postępowania, winien był je przewidzieć w przełożeniu na możliwość wykonania zamówienia, ceny ofert, co można było uwzględnić w warunkach wzoru umowy. Co więcej, Zamawiający nie podjął nawet wysiłku, by sprawdzić,

czy wykonawcy, którzy złożyli oferty w poszczególnych częściach za określoną kwotę zainteresowani są realizacją zamówienia na oferowanych warunkach. Zamawiający proces weryfikacji zakończył na przyjęciu do wiadomości stanowiska jednego tylko Wykonawcy. Nie może być więc mowy, że Zamawiający ogłaszając postępowanie nie mógł przewidzieć skutków wpływu pandemii na jego wynik.

Pojęcie „interesu publicznego” przywołane w treści art. 255 pkt 5 ustawy Pzp nie doczekało się definicji legalnej ani na gruncie Pzp ani jakiegokolwiek 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 ustawy 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 uprawnień wykonawców, gdyż tylko w ten sposób będzie w stanie udowodnić, że przesłanka ta wystąpiła. Jak podkreślił Kontrolujący, a także Izba w niniejszej uchwale, Zamawiający nie udowodnił, że przesłanka interesu publicznego w prowadzeniu postępowania odpada. Świadczą o tym dalsze czynności Zamawiającego podejmowane po unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

W przypadku braku kontynuowania postępowania nie leżącego w interesie publicznym dochodzi do wystąpienia obiektywnej, trwałej zmiany stanu faktycznego - w stopniu tak istotnym, że powoduje to, iż wykonanie zamówienia będzie niecelowe, lub będzie wiązać się z

wywrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Dotyczy to więc zdarzeń wyjątkowych i może znaleźć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy kontynuacja postępowania prowadziłaby 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 ustawy Pzp. 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. Jak już podkreślono w uchwale, Zamawiający zaistnienia takiej zmiany nie udowodnił. Można raczej dojść do wniosku, że zmiany, które miały miejsce w prowadzonym postępowaniu są wynikiem działań lub zaniechań samego Zamawiającego i brakiem jego reakcji i analizy zaleceń pokontrolnych stwierdzonych pierwotnie naruszeń.

Celnie również podkreślono w odpowiedzi na zastrzeżenia, że interes publiczny, 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.

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 (tak wyroku z dnia 19 grudnia 2018r., sygn. akt: KIO 2526/18).

W prowadzonym postępowaniu w ocenie Izby 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.

Następnie dostrzec należy, iż Zamawiający 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 agresją Federacji Rosyjskiej na Republikę Ukrainy, wciąż trwającym stanem epidemii a także wskazał na postępującą dynamiczną inflację 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) konstatając, że spowodują one wzrost kosztów eksploatacji przedmiotu zamówienia udzielanego w postępowaniu.

Końcowo zauważyć należy, iż co do przywoływanego przez Zamawiającego w uzasadnieniu unieważnienia argumentu o wzroście 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. 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., należyta 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.”

Podsumowując ocenę stanu faktycznego i prawnego przedmiotowego zamówienia publicznego Zamawiający nie wykazał, że nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w Informacji o wyniku kontroli.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej w sprawie sygn. akt KIO/KD 25/22 nie zasługują na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 617 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

Członkowie: