Sygn. akt: KIO 4268/24

WYROK

Warszawa, 2 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej15 listopada 2024 r. przez wykonawcę Naprzód Catering spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi przy ul. Traktorowej 126 lok. 301 (91-204 Łódź)
w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Psychiatrii i Neurologii z siedzibą w Warszawie przy ul. Sobieskiego 9 (02-957 Warszawa)

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy ADK Serwis spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Michała Kleofasa Ogińskiego 11 lok. 9 (03-318 Warszawa)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Instytut Psychiatrii i Neurologii z siedzibą w Warszawie i:
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Naprzód Catering spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 640 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset czterdzieści złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę;
2.2. zasądza od zamawiającego Instytutu Psychiatrii i Neurologii z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Naprzód Catering spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Łodzi kwotę w wysokości 18 640 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

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 4268/24

U z a s a d n i e n i e

Instytut Psychiatrii i Neurologii z siedzibą w Warszawie zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Świadczenie kompleksowej usługi całodziennego żywienia pacjentów w Instytucie Psychiatrii i Neurologii w Warszawie*, o numerze referencyjnym DZP/PN/24/551/2024, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 maja 2024 r. pod numerem publikacji: 261442-2024 (numer wydania: Dz. U. S: 86/2024).

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.
15 listopada 2024 r. wykonawca Naprzód Catering Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności dokonania przez zamawiającego:
a) unieważnienia postępowania;
b) podania uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania;
- z naruszeniem Pzp.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 255 pkt 5 Pzp w zw. z art. 257 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-3) Pzp przez unieważnienie postępowania z powodu wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia

nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć podczas gdy:
- okoliczności na które powołuje się zamawiający nie występują a zamawiający szuka pretekstu do unieważnienia postępowania;
- nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- zamawiający miał możliwość przewidzenia w ogłoszeniu o zamówieniu uprawnienie do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane;
- zamawiający mógł przewidzieć, że w stosunku do niego będzie przyjęty plan restrukturyzacji przed rozpoczęciem postępowania, gdyż takie informacje pojawiały się już
w 2023 r.;
- zamawiający sam doprowadził do złej sytuacji finansowej szpitala;
2) art. 260 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-3) Pzp przez podanie niejasnego, niekompletnego i niejednoznacznego uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania w zawiadomieniu z 31 października 2024 r. o unieważnieniu postępowania, na skutek czego nie sposób stwierdzić:
- odnośnie uzasadnienia faktycznego – zamawiający nie wykazał, że zaistniała istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- dokonania czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
- dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania. Zwrócił uwagę, że złożył ofertę w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu, zaś ze względu na fakt, że na obecnym etapie nie wybrano najkorzystniejszej oferty to jednak jego oferta zajęła pierwsze miejsce w rankingu ofert.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca ADK Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wykonawca ten w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienie zawarł stanowisko dla wniosku o uwzględnienie
w całości odwołania w związku z bezzasadnymi przesłankami zawartymi w uzasadnieniu unieważnienia postępowania.

27 listopada 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie,
w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika, odwołujący złożył pismo procesowe wraz z dowodami, w którym przedstawił stanowisko popierające zarzuty podniesione w odwołaniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę ADK Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego 25 listopada 2024 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ") wraz z załącznikami;
- zawiadomienie o unieważnieniu postępowania przesłane wykonawcom 5 listopada 2024 r. (datowane na 31 października 2024 r.);
2) dokumenty załączone do odwołania:
- ogłoszenie o zamówieniu z 3 lipca 2024 r. dotyczące zawarcia przez zamawiającego umowy z wolnej ręki z Super Buffet Sp. z o.o.;
- ogłoszenie o zamówieniu z 30 lipca 2024 r. dotyczące modyfikacji umowy zawartej przez zamawiającego z wolnej ręki z Super Buffet Sp. z o.o.;
- ogłoszenie o zamówieniu z 24 października 2024 r. dotyczące modyfikacji umowy zawartej przez zamawiającego z wolnej ręki z Super Buffet Sp. z o.o.;
- wydruki internetowe dotyczące sytuacji finansowej zamawiającego (3 szt.);
- sprawozdanie finansowe zamawiającego za rok 2022 r.;
- sprawozdanie finansowe zamawiającego za rok 2023 r.;
- sprawozdanie z kontroli Ministerstwa Zdrowia u zamawiającego z 22 czerwca 2023 r.;
3) dokumenty załączone do pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia:
- wydruk z Centrali NFZ – aktualności z 1 lipca 2024 r. (https://www.nfz.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-centrali/pieniadze-na-zdrowie-w-2025-r-nfz-przygotowal-projekt-planu-finansowego,8634.html);
- wydruk ze strony internetowej: https://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/45171C80 (odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Zdrowia – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 17854 w sprawie problemu nieregulowania przez NFZ należności za nadwykonania świadczeń medycznych za lata ubiegłe w kontekście zmian w planie finansowym NFZ w związku z wyższymi wpływami ze składki zdrowotnej – z 13 września 2010 r.);
- wydruk ze strony internetowej: https://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/52C1E406 (Interpelacja nr 20118 do ministra zdrowia w sprawie wartości nadwykonań, za które nie zapłacił NFZ z 10 stycznia 2011 r.) o zaległości w płatnościach przez NFZ za lata 2007 – 2010;
- wydruk ze strony internetowej „Puls medyczny" [Opublikowano: 17-11-2017, godz. 10:36] „Oddziały NFZ otrzymają 571 821 tys. zł na pokrycie kosztów świadczeń opieki zdrowotnej, które zostały wykonane i niesfinansowane w roku 2017 r. i w latach poprzednich" (;)
4) dokumenty złożone na posiedzeniu niejawnym przez odwołującego wraz z pismem procesowym:
- wydruk fragmentów SWZ na *Dostawę zestawów do stymulacji rdzenia kręgowego*, nr sprawy: DZP/PN/50/27/2024;
- wnioski pełnomocnika odwołującego z 29 lipca 2024 r. oraz z 20 sierpnia 2024 r. do zamawiającego o udostępnienie, w trybie dostępu do informacji publicznej, umowy zawartej przez zamawiającego z wolnej ręki z wykonawcą Super Buffet Sp. z o.o.;
- pismo zamawiającego z 14 sierpnia 2024 r.;
- pismo zamawiającego z 30 sierpnia 2024 r.;
- korespondencję mailową pełnomocnika odwołującego z zamawiającym.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający 5 listopada 2024 r. unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 5 Pzp (zawiadomienie o unieważnieniu zawierało datę 31 października 2024 r.).
W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania zamawiający wskazał m. in.:
W dniu 7.06.2024 r., na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP, Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, z uwagi na fakt, że Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
Wykonawca Naprzód Catering Sp. z o.o.. wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej
w dniu 17.06.2024 dotyczące czynności unieważnienia Postępowania, sygn. akt: KIO 2101/24. W dniu 4 lipca 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert, co Zamawiający niezwłocznie wykonał.
Następnie pismem z dnia 22 sierpnia 2024 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych oraz przedstawienia dokumentów. Pismem z dnia 26.08.2024 r. Wykonawca Naprzód Catering Sp. z o.o.. złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego – wezwania Odwołującego z dnia 22 sierpnia 2024 roku do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych oraz przedstawienia dokumentów (sygn. akt: KIO 3083/24). Pismem
z dnia 17.09.2024 r. Zamawiający uznał odwołanie Wykonawcy, zaś w dniu 19.09.2024 r. KIO umorzyła przedmiotowe

postępowanie. W dniu 19.09.2024 r. dokonano unieważnienia czynności wezwania do wyjaśnienia.
Do dnia 22.10.2024 r. żadna z ofert nie została odrzucona, nie dokonano również wyboru najkorzystniejszej oferty.
Uzasadnienie prawne unieważnienia postępowania:
Podstawa prawna: art. 255 pkt 5 ustawy PZP Zgodnie z art. 255 pkt 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.
(…)
Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym, wszczynając postępowanie kierował się założeniem utrzymania poziomu i cykliczności finansowania przez NFZ świadczeń zdrowotnych udzielanych pacjentom (finansowanie przez NFZ jest jedynym źródłem finansowania wyżywienia – stanowiącego przedmiot omawianego postępowania), w tym świadczeń tzw. nielimitowanych. W okresie trwania niniejszego Postępowania terminy rozliczenia i zapłaty przez NFZ należności za świadczenia udzielone ponad tzw. plany podstawowe zaczęły ulegać znacznemu wydłużeniu, co istotnie pogorszyło sytuację finansową Zamawiającego – czego Zamawiający nie mógł przewidzieć (przyczyny leżące po stronie płatnika – sytuacja finansowa płatnika, po pierwsze, nie jest zamawiającemu znana, po drugie, zależy od czynników makroekonomicznych, w tym poziomu wykonania świadczeń przez wszystkich świadczeniodawców (niedowykonań lub nadwykonań, realizacji planów podstawowych, realizacji świadczeń finansowanych w ramach ryczałtu PSZ i in.), czego Zamawiający w sposób oczywisty nie może szacować ani przewidywać.
Te okoliczności, w szczególności planowana i rozliczana przez NFZ liczba świadczeń zdrowotnych realizowanych przez Zamawiającego, z którą to powiązana jest liczba pacjentów hospitalizowanych wpływają również na zmianę liczby udzielanych posiłków, która to liczba została przyjęta do sporządzenia szacowania wartości zamówienia na planowany okres realizacji umowy, która miałaby być zawarta z wybranym Wykonawcą. Ma to o tyle istotne znaczenie, że realizowana umowa miałaby być zawarta na okres 36 miesięcy,
a poczynione dane i wyliczenia przy wszczynaniu Postępowania istotnie wpływają na stan finansów Zamawiającego.
Obecnie Zamawiający nie otrzymuje zapłaty za tzw. nadwykonania, nie otrzymano również planu finansowania świadczeń na cały IV kwartał 2024 r., tak jak w dotychczasowej praktyce współpracy z płatnikiem (Zamawiający otrzymuje propozycje finansowania na poszczególne miesiące, co jest precedensową sytuacją negatywnie wpływającą na możliwości średnioterminowego planowania działalności klinicznej i ekonomicznej).
Ta zmiana jest najprawdopodobniej wynikiem ogólnie trudnej sytuacji finansowej budżetu państwa, której spodziewana stabilizacja nie następuje i związanym tym samym wzrostem stałych kosztów prowadzonej działalności statutowej Zamawiającego, w związku z którą to działalnością było wszczęte i prowadzone niniejsze Postępowanie.
W tym stanie rzeczy Zamawiający nie może oszacować wolumenu ani wartości planu udzielenia świadczeń na okres objęty przedmiotowym postępowaniem, czyli 36 miesięcy
i zmuszony jest dokonać modyfikacji przyjętych założeń, zarówno co do czasu trwania, jak
i warunków realizacji przedmiotu zamówienia.
Świadczenia zdrowotne, udzielane przez Zamawiającego budziły dotychczas zainteresowanie wielu pacjentów, a liczba chętnych rokrocznie przewyższała liczbę dostępnych miejsc. W bieżącym roku wystąpiła sytuacja, której nie dało się przewidzieć na podstawie wcześniejszych doświadczeń, a Zamawiający ze względu na bardzo złą własną sytuację finansową nie posiada środków pieniężnych, które mógłby „założyć" do czasu otrzymania zwrotu finansowania z NFZ. Zamawiający podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie analizowała kwestię unieważnienia postępowania
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. Obecny art. 255 pkt 5 ustawy PZP odpowiada brzmieniu wcześniejszego art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r.
(…)
Jak pokazuje zaistniała sytuacja, polityka zdrowotna kraju prowadzona jest dzisiaj, mając na uwadze zmienione priorytetowe cele. Powyższa zmiana istotnych okoliczności, niemożliwych do przewidzenia przez Zamawiającego stanowi jednoznaczną przesłankę do stwierdzenia, że dalsze prowadzenie Postępowania i wykonanie zamówienia na wskazanych warunkach nie leży w interesie publicznym.
W przedstawionym powyżej stanie faktycznym Zamawiający, kierując się interesem publicznym i wyrażonym w ustawie o finansach publicznych nakazem gospodarnego
i efektywnego wydatkowania środków publicznych, które powinny być przeznaczone na realizację celowych i racjonalnie uzasadnionych działań, zdecydował o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy PZP.
W obecnym stanie faktycznym kontynuacja oceny dwóch ofert złożonych w Postępowaniu jest niezasadna, z uwagi na okoliczności wskazane powyżej, w tym w szczególności pojawiające się prawdopodobieństwo braku możliwości zapłaty

wynagrodzenia Wykonawcy ze środków budżetowych przewidzianych co najmniej na rok 2024 i 2025, w sposób i na zasadach określonych w umowie.

W trakcie procedowania Postępowania, Zamawiający powziął wiadomość, iż zmianie ma ulec polityka wydatkowania środków pieniężnych przez Zamawiającego, organ nadzoru dokonał zmiany osób odpowiedzialnych za reprezentację Zamawiającego, a także zobowiązał do wdrożenia programu restrukturyzacji zakładającego rygorystyczne działania oszczędnościowe, zgodnie z wytycznymi organu nadzoru.

W przypadku kontynuowania niniejszego Postępowania, nieleżącego w interesie publicznym, dojdzie do wystąpienia obiektywnej, trwałej zmiany stanu faktycznego – w stopniu tak istotnym, że powoduje to, iż wykonanie zamówienia będzie niecelowe, lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Dotyczy to więc zdarzeń wyjątkowych i może znaleźć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy kontynuacja postępowania prowadziłaby do wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu na zakładanych warunkach. Dodatkowo, przedmiotowa zmiana okoliczności jest zmianą niezależną od Zamawiającego, co ma w niniejszym przypadku miejsce.

W momencie wszczęcia postępowania, nie można było, przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmiana okoliczności, w której wyniku kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało

w interesie publicznym.

(…)

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę dodatkowo trudną sytuację finansową Zamawiającego, realizacja usługi wyżywienia na warunkach określonych w obecnie trwającym Postępowaniu spowoduje istotne pogorszenie płynności finansowej Zamawiającego, a w konsekwencji zagrożenie zdrowia i życia pacjentów Zamawiającego wskutek zagrożenia przerwania ciągłości podstawowych funkcji klinicznych, w tym zapewnienia fachowej opieki medycznej i dostępu do leków i wyrobów medycznych, usług diagnostyki i terapii.

Z kolei, mając na względzie rolę i udział (w całym rynku) Zamawiającego w zaspokajaniu potrzeb zdrowotnych populacji całego kraju w dziedzinach: psychiatrii i ochrony zdrowia psychicznego, neurologii, neurochirurgii, przerwanie ciągłości funkcjonowania działalności leczniczej Zamawiającego istotnie ograniczy dostępność społeczeństwa do wysoko specjalistycznych usług w powyższym zakresie, w skali nie do skompensowania przez pozostałych świadczeniodawców – co bezsprzecznie nie leży w interesie publicznym.

Podjęcie decyzji o kontynuowaniu postępowania wpłynie znacząco na ograniczenie powszechności realizacji innych świadczeń zdrowotnych udzielanych przez Zamawiającego.

Zaistniała zmiana okoliczności ma charakter zewnętrzny wobec Zamawiającego i trwały, tzn. jej zaistnienie jest niezależne od samego Zamawiającego, nie zostało przez niego wywołane i – w istotnej z punktu widzenia wykonania zamówienia perspektywie czasowej – ma charakter nieodwracalny, przy czym zmiana ta najczęściej jest związana z przedmiotem, terminem lub warunkami wykonania zamówienia publicznego (por. wyr. SO w Warszawie

z 1.12.2003 r., V Ca 2224/03, niepubl.).

Skutkiem tej istotnej i nieprzewidywalnej zmiany okoliczności jest brak interesu publicznego w dalszym prowadzeniu Postępowania lub wykonaniu zamówienia, tj. stan, w którym cel, jaki zamierzał osiągnąć Zamawiający wszczynając i prowadząc Postępowanie, nieodwracalnie nie jest już celem zaspokajającym potrzeby publiczne; istotna i nieprzewidywalna zmiana okoliczności oraz brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub wykonaniu zamówienia pozostaje w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym, tzn. brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub wykonaniu zamówienia jest bezpośrednim rezultatem nieprzewidywalnej zmiany okoliczności o istotnym charakterze (zob. wyr. KIO

z 28.4.2023 r., KIO 1068/23, KIO 1070/23, KIO 1074/23, KIO 1080/23, KIO 1085/23, niepubl.; wyr. KIO z 5.5.2022 r., KI 1078/22).

Oceny zasadności czynności unieważnienia Postępowania Zamawiający dokonuje według stanu prawnego oraz stanu rzeczy istniejących w dacie dokonania tej czynności unieważnienia, z zastrzeżeniem, że przyczyny unieważnienia postępowania były niemożliwie do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania (por. wyr. KIO z 12.2.2016 r., KIO 99/16, KIO 110/16).

W ocenie Zamawiającego spełniona została także przesłanka braku interesu publicznego

w prowadzeniu Postępowania, gdyż wykonywanie świadczeń zdrowotnych przez Zamawiającego leży w interesie publicznym. Jednak wobec ograniczenia środków na ten cel nie jest możliwa realizacja wszystkich uprzednio zamierzonych zadań w jednym czasie.

W ocenie Zamawiającego, zrealizowanie zamierzonych zadań w zakresie realizowanych świadczeń zdrowotnych wychodzi naprzeciw potrzebom społecznym (mieści się w szeroko pojmowanym interesie publicznym), jednakże „zaciąganie przez Zamawiającego zobowiązań, z których na dzień ich podjęcia nie mógłby się wywiązać, przeczy interesowi publicznemu

wprost. Interes publiczny w badanej sprawie winien być oceniany
z uwzględnieniem sytuacji finansowej państwa i Zamawiającego uwarunkowanej nią możliwości realizacji przedsięwzięć. Zatem, o ile wykonanie umowy stanowiącej przedmiot zamówienia – Świadczenie kompleksowej usługi całodziennego żywienia pacjentów
w Instytucie Psychiatrii i Neurologii w Warszawie, leży w interesie publicznym, o tyle obecnie dalsze prowadzenie Postępowania, z uwagi na brak środków umożliwiających sfinansowanie wykonania umowy, jest z tym interesem sprzeczne. [Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO z 19.10.2011 r., KIO 2163/11.] W przypadku pewnego finansowania przedmiot zamówienia w połączeniu ze świadczonymi usługami zdrowotnymi przyniósłby ogółowi społeczności wymierne korzyści, w przeciwnym razie wywoła jednak negatywne skutki,
w szczególności: zaburzy sytuację finansową Zamawiającego, jak również założenia planu restrukturyzacyjnego. Zaburzenie płynności finansowej Zamawiającego, w wyniku braku możliwości uregulowania zobowiązań z już zawartych umów, może doprowadzić nawet do jego całkowitej utraty płynności, co w rezultacie przełożyłoby się na drastyczne ograniczenie dostępności do wysoko specjalistycznych świadczeń psychiatrycznych, neurologicznych lub neurochirurgicznych, na które już dzisiaj jest dość długie oczekiwanie pacjentów.
W ocenie Zamawiającego takie rozległe i negatywne konsekwencje podpisania przedmiotowej umowy nie leżą w interesie publicznym. Tak więc w tym konkretnym przypadku, w okolicznościach sprawy to właśnie unieważnienie postępowania, a nie podpisanie umowy leży w interesie publicznym, bo zapobiega licznym negatywnym konsekwencjom zawarcia przedmiotowej umowy".[1]
W wyżej opisanej sytuacji wystąpiły przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp tj.: zmiana o charakterze istotnym, brak możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia okoliczności przez Zamawiającego i zmiana powodująca, że prowadzenia Postępowania nie leży w interesie publicznym.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 255 pkt 5 Pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:*
(…)
5) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- art. 257 pkt 1 Pzp – *Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w:*
1) ogłoszeniu o zamówieniu – w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego;
- art. 260 ust. 1 Pzp – *O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne*.;
- art. 16 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba, przyjmując argumentację zawartą w komentarzu *Prawo zamówień publicznych. Komentarz Wydanie II poprawione i uzupełnione* pod redakcją Huberta Nowaka i Matusza Winiarza (Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023,
s. 778-780), uznała, że możliwość unieważnienia postępowania przewidziana w art. 255 pkt 5 Pzp uzależniona jest od kumulatywnego wystąpienia trzech przesłanek:
1) wystąpienia istotnej zmiana okoliczności;
2) jej zaistnienie musi powodować, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym;
3) zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć.
Wskazane przesłanki muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania.
Ponadto obowiązek unieważnienia postępowania uzależniony jest od tego, by zmiana okoliczności była istotna (w znaczeniu: duża, znaczna), a zmiana ta musi powodować upadek potrzeby udzielenia zamówienia lub kontynuowania postępowania w świetle interesu publicznego. Za interes publiczny uznaje się przede wszystkim 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. Interes publiczny nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem zamawiającego. O tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, nie przesądza wyłącznie możliwość zmniejszenia wydatków w wyniku samodzielnego wykonania zamówienia przez zamawiającego albo brak środków finansowych na realizację zamówienia. Dodatkowo nie można co do zasady traktować tych okoliczności jako nieprzewidywalnych, skoro zamawiający powinien przed wszczęciem postępowania dokonać analizy swoich potrzeb (art. 83 Pzp) oraz oszacować z należytą starannością wartość zamówienia (art. 28 Pzp). Istotne zmiany okoliczności, aby mogły uzasadniać unieważnienie postępowania, muszą mieć charakter obiektywnie nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. Ze stylizacji przepisu (*czego nie można było wcześniej przewidzieć*) wynika, że chodzi
o sytuację, w której nikt w chwili wszczęcia postępowania, przy dołożeniu należytej staranności, nie zdołałby przewidzieć zmiany okoliczności i jej wpływu na kolizję interesu publicznego z prowadzeniem postępowania lub wykonaniem zamówienia.
W dalszej kolejności skład orzekający stwierdził, że zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania w sytuacji spełnienia przesłanek ustawowych i nie może odstąpić od wykonania tej czynności. Jednak czynność unieważnienia postępowania
o udzielenie zamówienia będzie zgodna z przepisami ustawy wtedy, gdy przesłanki zawarte w odpowiednim przepisie (w tym przypadku w art. 255 pkt 5 Pzp) zostaną spełnione. Ponadto, przesłanki unieważnienia postępowania nie mogą być wykładane rozszerzająco. Przepisy dotyczące unieważnienia postępowania mają bowiem charakter wyjątku, gdyż postępowanie o udzielenie zamówienia – jak wynika z definicji określonej w art. 7 pkt 18 Pzp – prowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy
w sprawie zamówienia publicznego.
Przenosząc powyżej wskazane rozważania na stan faktyczny sprawy Izba przyznała rację stanowisku odwołującego, który wskazał, że nie potwierdziło się twierdzenie zamawiającego, że w momencie wszczęcia postępowania, nie można było, przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, że nastąpi istotna zmiana okoliczności w wyniku, której kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało
w interesie publicznym. Skład orzekający uznał, że przyczyny, które zamawiający wskazał jako podstawę unieważnienia postępowania mógł on wcześniej przewidzieć a przede wszystkim wynikały one z jego postępowania. Zamawiający nie wskazał również jakichkolwiek dowodów mających na celu wykazanie powiązania złej sytuacji finansowej
z tym, że udzielenie przedmiotowego zamówienia nie leży w interesie publicznym. Zupełnie oczywistym było stwierdzenie, że zamawiający niezależnie od sytuacji ekonomicznej, ma obowiązek żywienia hospitalizowanych pacjentów.
W uzasadnieniu unieważnienia postępowania właściwie jedynym skonkretyzowanym argumentem mającym potwierdzać prawidłowość dokonania tej czynności było stwierdzenie, że w trakcie trwania postepowania pojawiły się okoliczności (terminy rozliczenia i zapłaty przez NFZ należności za świadczenia udzielone ponad tzw. plany podstawowe zaczęły ulegać znacznemu wydłużeniu), co miało istotnie pogorszyć sytuację finansową zamawiającego i czego nie mógł on przewidzieć. Ponadto zamawiający dość ogólnikowo argumentował, że w trakcie procedowania postępowania, *powziął wiadomość, iż zmianie ma ulec polityka wydatkowania środków pieniężnych przez Zamawiającego, organ nadzoru dokonał zmiany osób odpowiedzialnych za reprezentację Zamawiającego, a także zobowiązał do wdrożenia programu restrukturyzacji zakładającego rygorystyczne działania oszczędnościowe, zgodnie z wytycznymi organu nadzoru*, a także *W przypadku kontynuowania niniejszego Postępowania, nieleżącego w interesie publicznym, dojdzie do wystąpienia obiektywnej, trwałej zmiany stanu faktycznego – w stopniu tak istotnym, że powoduje to, iż wykonanie zamówienia będzie niecelowe, lub będzie wiązać się*
z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Argumentacja zamawiającego, której fragment przytoczono powyżej była ogólnikowa i gołosłowna. Odwołujący oraz przystępujący przez złożone dowody dość łatwo wykazali, że zamawiający znajduje się w trudniej sytuacji finansowej już od dłuższego czasu. Co więcej trudna sytuacja finansowa zamawiającego trwała wystarczająco długo przed wszczęciem postępowania przez co nie można było uznać, że kolejne dotkliwe dla zamawiającego okoliczności wpływające na stan jego finansów, które pojawiły się w trakcie trwania postępowania, stanowiły istotną zmianę, którą nie można było przewidzieć. Ponadto jak słusznie argumentował odwołujący, zamawiający 27 czerwca 2024 r. udzielił innemu wykonawcy zamówienia w trybie z wolnej ręki. Umowa ta miała obowiązywać do 31 grudnia 2024 r. Z ogłoszenia o zamówieniu wynikało, że wartość zamówienia wyniosła: 5 880 522,24 zł. Odwołujący wykazał, że zamawiający pomimo złej sytuacji finansowej był w stanie pozwolić sobie na zawarcie umowy z wolnej ręki do końca 2024 r., na mniej korzystnych warunkach.
Dodatkowo jak zasadnie zwrócił uwagę przystępujący o ile jednostki zamawiające winny dokonywać wydatków w sposób racjonalny, co weryfikują organy kontrolne w ramach swojej kognicji, to jednak czym innym jest unieważnienie

postępowania, kiedy usługa nie leży
w interesie publicznym, a czym innym jest decyzja o zmianie strategii biznesowej zamawiającego w zakresie świadczenia usługi. Planowana zmiana decyzji zamawiającego co do czasu i zakresu realizacji określonych zadań oraz własne plany restrukturyzacyjne zamawiającego – nie stanowiły same w sobie ochrony interesu publicznego, który miałby uzasadniać unieważnienie postępowania. Unieważnienie postępowania mogłoby być uzasadnione na skutek zaistnienia zdarzeń wyjątkowych i mogłoby znaleźć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy kontynuacja postępowania prowadziłaby do wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu.
W okolicznościach przedmiotowej sprawy – cel tj. zapewnienie posiłków dla pacjentów – nie utracił racji bytu i pozostawał aktualny. Po unieważnieniu postępowania nie zmieniły się potrzeby zamawiającego (potrzeba zapewnienia posiłków dla pacjentów), które leżały
u podstawy wszczęcia postępowania. Zamawiający po unieważnieniu postępowania będzie zmuszony wszcząć kolejne postepowanie celem zapewnienia posiłków dla pacjentów. Jak wskazano powyżej zamawiający oprócz podania gołosłownych stwierdzeń nie udowodnił (nie przedstawił żadnego dowodu), że w okresie trwania postępowania terminy rozliczenia
i zapłaty przez NFZ zaczęły ulegać znacznemu wydłużeniu, czego zamawiający nie mógł przewidzieć w chwili wszczęcia postępowania. Co istotne wystąpienie istotnej zmiany okoliczności musi mieć charakter obiektywny. Konieczne jest też stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Oznacza to, że przy zachowaniu należytej staranności istotnej zmiany okoliczności nie mógł wcześniej przewidzieć zarówno zamawiający, jak i wykonawca. Okoliczności wskazane w art. 255 pkt 5 Pzp muszą mieć charakter nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. W ocenie składu orzekającego zamawiający nie udowodnił w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, że istotna zmiana okoliczności realnie wystąpiła.
Jedna z przesłanek związanych z art. 255 pkt 5 Pzp odwołuje się do zagadnienia interesu publicznego. W tym kontekście skład orzekający stwierdził, że powołanie się na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 5 Pzp wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem interesu publicznego, który nie może być utożsamiany
z indywidualnym interesem zamawiającego – natomiast w uzasadnieniu unieważnienia postępowania zamawiający zrównał swój interes z interesem publicznym. O tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, nie przesądza wyłącznie bliżej nieokreślona perspektywa braku środków finansowych na realizację zamówienia – co próbował sugerować zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania. Jak słusznie zauważył przystępujący plany zmiany decyzji zamawiającego co do sposobu realizacji określonych zadań publicznych nie stanowią same w sobie ochrony interesu publicznego. W postępowaniu zamawiający nie wykazał, aby wystąpiła niedająca się wcześniej przewidzieć istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania i zakończenie go zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego nie leży w interesie publicznym. Zaległości w płatnościach ze strony NFZ – na które powołał się zamawiający – należało w obecnych realiach rynkowych potraktować jako zjawisko znane, które występuje od kilkunastu lat. Co więcej odwołujący i przystępujący złożyli dowody, które potwierdziły tę praktykę. Oczywiście zaległości w płatnościach nie można w żaden sposób uznać za zjawisko pożądane czy pozytywne, jednakże z drugiej strony nie można było uznać ich za okoliczność niemożliwą do przewidzenia. Tym samym skład orzekający przyjął, że każdy podmiot od lat finansowany przez NFZ – a takim podmiotem jest zamawiający – musi wiedzieć o zaległościach w płatnościach ze strony NFZ i powinien to brać pod uwagę, a tym samym zakładać wystąpienie czynników gospodarczych o zmiennym charakterze,
a w konsekwencji dokonać przełożenia tych czynników na prowadzoną działalność.
W związku z tym zamawiający wszczynając postępowanie również musiał wiedzieć, że NFZ nie gwarantował w przeszłości bieżącego finansowania i od kilkunastu lat ma zaległości
w płatnościach – co dowodziło, że nie można było traktować tych okoliczności jako nieprzewidywalnych. Trudno zatem było przyjąć argumentację zamawiającego wskazującą, że kontynowanie postępowania może być ryzykowne ze względu np. na brak pewności finansowania – zatem jednym rozwiązaniem może być tylko unieważnienie postępowania. Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie wskazał konkretnie co się zmieniło od 2 maja 2024 r. (tj. od daty wszczęcia postępowania).
Ponadto mając na uwadze doświadczenie życiowe trudno było zaakceptować argument zamawiającego prowadzący ostatecznie do uznania, że kontynuowanie postępowania,
a zatem zapewnienie pacjentom całodobowego wyżywienia jest niecelowe i sprzeczne
z interesem publicznym. W tym kontekście zasadny wydawał się wiosek przeciwny – zaciąganie przez zamawiającego zobowiązań w celu zapewnienia pacjentom wyżywienia wprost służy interesowi publicznemu.
Reasumując Izba uznała, że zamawiający nie spełnił żadnej z przesłanek warunkujących możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 Pzp. Tym samym Izba uwzględniła zarzut dotyczący naruszenia tego przepisu.

Uwzględnieniu podlegał również zarzut podniesiony w pkt 2 *petitum* odwołania. Skład orzekający stwierdził, że przepis art. 260 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania przy okazji zawiadomienia o jej dokonaniu. Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie podał należytego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności unieważnienia postępowania, czym również naruszył zasady systemu zamówień publicznych określone
w art. 16 Pzp.
Ponadto na rozprawie zamawiający powołał się na argument powiązany z uczestnictwem
w pilotażowym programie „Dobry posiłek", który funkcjonuje w związku z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 25 czerwca 2024 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie programu pilotażowego w zakresie edukacji żywieniowej oraz poprawy jakości żywienia w szpitalach – „Dobry posiłek w szpitalu" (Dz. U. z 2024 r. poz. 940). Izba nie wzięła tego argumentu pod uwagę, ponieważ zamawiający nie wskazał go w uzasadnieniu unieważnienia postępowania. W ocenie składu orzekającego art. 260 ust. 1 Pzp w kontekście zasady przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że wszystkie powody, leżące u podstaw czynności unieważnienia postępowania, składające się na uzasadnienie faktyczne i prawne, powinny być przedstawione i wyjaśnione w zawiadomieniu przekazanym wykonawcom, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji. Niedopuszczalne jest rozszerzenie postawy faktycznej lub prawnej tej czynności na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym w okolicznościach przedmiotowej sprawy argument zamawiającego przywołany na rozprawie, który odnosił się do programu „Dobry posiłek", mógł zostać uznany co najwyżej jako potwierdzenie sporządzenia przez zamawiającego nieprawidłowego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu
i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem
z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 25 pkt 5 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku,
na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszty wpisu od odwołania, koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę. Jednocześnie Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000,00 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę (40,00 zł) – zgodnie ze spisem kosztów złożonym na rozprawie.

Przewodniczący:…….