

WYROK
z dnia 17 grudnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 grudnia 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 listopada 2024 roku** przez wykonawcę **BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Wisznia Mała z siedzibą w Wiszni Małej**

orzeka:

Jwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, następnie nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Gminę Wisznia Mała z siedzibą w Wiszni Małej** w następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od Zamawiającego - **Gminy Wisznia Mała z siedzibą w Wiszni Małej** na rzecz Odwołującego - **BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpłaconego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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**.

Przewodnicząca:

.....

KIO 4425/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Wisznia Mała z siedzibą w Wiszni Małej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn. Budowa Szkoły Podstawowej w Wiszni Małej ETAP II”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 października 2024 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem BZP: 2024/BZP 00327488/01.

Dnia 25 listopada 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ust. 1 oraz art. 505 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynnościami Zamawiającego polegających na :

1. dokonaniu czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 255 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 2) PZP poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania z uwagi na to, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, podczas gdy żaden z elementów konstrukcyjnych tej przesłanki unieważnienia postępowania nie wystąpił, a Zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania w oparciu o wskazaną przesłankę.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności powrotu do badania i oceny ofert.

W dniu 19 listopada 2024 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania

informację o dokonaniu czynności unieważnienia postępowania. Zatem odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie. Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości na rachunek UZP, a kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący w zakresie posiadania interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej wskazał, że złożył ofertę w postępowaniu, jego oferta nie została odrzucona, a Odwołujący nie został wykluczony. W ocenie Odwołującego, w toku badania i oceny ofert, oferta złożona przez Odwołującego winna zostać oceniona najwyżej – co skutkować powinno finalnie uznaniem oferty Odwołującego za najkorzystniejszą. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób bezprawny dokonał czynności unieważnienia postępowania. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Szkoda pozostaje w tej sytuacji w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym z uchybieniami, których – przy dokonywaniu czynności w postępowaniu – dopuścił się Zamawiający.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący podniósł, że Zamawiający w dniu 16.05.2024 r. wszczął postępowanie, którego przedmiotem jest usługa pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn. „Budowa Szkoły Podstawowej w Wiszni Małej Etap II”. Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu podstawowym.

W dniu 19.11.2024 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o czynności unieważnienia postępowania.

Zarzut naruszenia art. 255 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 2) PZP

Zgodnie z treścią przepisu art. 255 pkt 6) 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 podstawy do unieważnienia postępowania upatruje w następujących okolicznościach: „Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 24.05.2024r. W postępowaniu zostało złożonych 7 ofert. W dniu 04.06.2024r. Zamawiający wezwał wykonawcę, którego oferta była najkorzystniejsza do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w dniu 10.06.24r. złożył przedmiotowe dokumenty. W trakcie badania przesłanych dokumentów stwierdzono, że zawierają one błędy i Wykonawca wymaga dodatkowego wezwania do ich poprawienia. Jednakże, ze względu na przedłużającą się procedurę badania i oceny ofert oraz wyboru wykonawcy, Zamawiający stwierdził, że brak jest możliwości wybrania Wykonawcy i zawarcia z nim umowy w czasie gwarantującym przygotowanie dokumentacji na wybór wykonawcy robót budowlanych przed upływem terminu ważności promesy. W związku z powyższym Zamawiający celem uniknięcia utraty promesy nie bacząc na rozstrzygnięcie przedmiotowej procedury zlecił przygotowanie oraz przeprowadzenie postępowania na wybór wykonawcy robót budowlanych innemu podmiotowi. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 11.07.24r. Tym samym należy uznać, że część przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem stała się zbędna. Dalsze prowadzenie postępowania w takim zakresie stało się bezprzedmiotowe. Brak świadczenia usług w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania przetargowego zwalnia potencjalnych wykonawców z konieczności dysponowania osobami ds. zamówień publicznych, co było również warunkiem udziału w postępowaniu. Powyższe powoduje potrzebę ograniczenia zakresu zamówienia oraz zmianę warunków udziału w postępowaniu”.

W ocenie Odwołującego taka argumentacja w żadnym wypadku nie daje podstaw Zamawiającemu do uznania, że zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania wskazana w art. 255 pkt 5) PZP.

Zgodnie z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12.03.1997 roku, sygn. akt W 8/96, OTK 1997/1, poz. 15, za interes publiczny należy uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięcia mającego służyć ogółowi w zakresie zadań realizowanych i ciążących na administracji rządowej i samorządowej w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych związanych z różnymi dziedzinami życia.

W orzecznictwie sądów powszechnych podkreśla się, że interesu publicznego nie można identyfikować z interesem zamawiającego (tak np. Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 10.11.2005 r., sygn. akt III Ca 855/05).

Co istotne, aby unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający musi wykazać, że:

- 1) wystąpiła istotna zmiana okoliczności,
- 2) zaistnienie zmiany okoliczności musi powodować, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
- 3) zaistnienia zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć.

Żadna z tych przesłanek nie wystąpiła w ramach tego postępowania i nie została wykazana przez Zamawiającego.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO „*istotna zmiana okoliczności, aby mogła uzasadniać unieważnienie postępowania musi być obiektywnie nieprzewidywalna w chwili wszczęcia postępowania. Chodzi zatem o sytuację, w której nikt w chwili wszczęcia postępowania, przy dołożeniu należytej staranności, nie byłby w stanie przewidzieć takiej zmiany okoliczności, która prowadziłaby do zniwelowania celu postępowania w świetle interesu publicznego*” (wyrok KIO z dnia 16.08.2022 r., sygn. akt KIO 2011/22).

W przedmiotowym postępowaniu, okoliczności jakie wskazuje Zamawiający nie są ani niczym nadzwyczajnym, ani nie powodują zmiany okoliczności związanych z postępowaniem. Zwrócić bowiem należy uwagę na to, że czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być przesłanką do tego, aby dokonywać czynności unieważnienia postępowania. Zgodnie z informacją przekazaną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Sprawozdaniu Prezesa UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2023 roku „*średni czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*

o wartości mniejszej niż progi unijne wyniósł tyle samo co w 2022 r. tj. 40 dni” (strona 32 tego Sprawozdania). Jeżeli Zamawiający wszczął postępowanie w dniu 16.05.2024 r., to zupełnie normalnym byłoby prowadzenie postępowania aż do końca czerwca 2024 r. W żaden sposób taki tok postępowania nie prowadziłby do uznania, że mamy do czynienia z przedłużającą się procedurą.

Zgodnie natomiast z treścią informacji o unieważnieniu postępowania, Zamawiający po 10.06.2024 r. dostrzegł „zagrożenie” w postępowaniu. Oznacza to, że w okresie 25 dni od dnia wszczęcia postępowania, Zamawiający stwierdził, że jest w tzw. „niedoczasie”.

Niemniej jednak, w żaden sposób nie zmienia to tego, że Zamawiający miał obowiązek przewidzieć okres trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Od momentu wszczęcia postępowania, żadna okoliczność w tym zakresie nie jest „nowa” (nieznana wcześniej Zamawiającemu).

Jeżeli, w ocenie Zamawiającego, połowa czerwca 2024 r. to był zbyt późny czas na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, to powinien był wszcząć postępowanie znacznie wcześniej. Nic nie stało na przeszkodzie, aby dokonać takiej czynności.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Sądu Zamówień Publicznych „*takiego działania nie można utożsamiać z „sytuacją zewnętrzną niezależną od stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” czego wymaga przepis art. 255 pkt 5 Pzp. Trudno zresztą zgodzić się z zamawiającym, aby zaistniała sytuacja miała charakter jakiegokolwiek zmiany, tymczasem przepis art. 255 pkt 5 Pzp jednoznacznie wymaga, aby źródłem okoliczności prowadzących do unieważnienia postępowania była zmiana*” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16.05.2024 r., sygn. akt XXIII Zs 44/24). W tym postępowaniu, to działania (a w zasadzie – zaniechania) Zamawiającego mogły, co najwyżej, doprowadzić do tego, że w ocenie Zamawiającego nie ma potrzeby udzielania zamówienia. Tyle tylko, że takiej podstawy prawnej w przepisie art. 255 pkt 5) PZP nie znajdziemy. Gdyby było inaczej, to zamawiający mogliby, właśnie poprzez takie działania jak Zamawiającego, celowo unieważniać postępowania.

Również w orzecznictwie KIO podkreśla się, że „*przesłanki unieważnienia postępowania nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Przepisy dotyczące unieważnienia postępowania mają bowiem charakter wyjątku, gdyż celem postępowania o udzielenie zamówienia - jak wynika z definicji ustalonej w art. 7 pkt 18 ustawy Pzp - jest wyłonienie wykonawcy i zawarcie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, że przepisy o charakterze wyjątku od reguły podlegają wykładni restrykcyjnej. Przesłankami wymaganymi przez art. 255 pkt 5 ustawy Pzp są: istotna zmiana okoliczności, brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzieleniu zamówienia oraz brak możliwości wcześniejszego przewidzenia tej sytuacji. Przesłanki zmiany okoliczności oraz braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzielenia zamówienia powinny być połączone wystąpieniem adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego. Oznacza to, że brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzielenia zamówienia jest rezultatem nieprzewidywalnej zmiany okoliczności o istotnym charakterze. Zdaniem składu orzekającego Izby, Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania nie wykazał wystąpienia przesłanek warunkujących możliwość unieważnienia postępowania. Przede wszystkim nie można mówić, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć. Nieprzewidywalność zmiany okoliczności ma miejsce wtedy, gdy zmiana następuje wbrew zwyczajnemu biegowi rzeczy, którego należałoby racjonalnie oczekiwać.*

Co do zasady zatem są to okoliczności niezależne od zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 05.05.2022 r., sygn. akt KIO 1078/22). W postępowaniu, Zamawiający powołuje się na okoliczności wynikające poniekąd z jego własnego działania lub jego zaniechań w zakresie prowadzenia postępowania – które zdecydowanie, zachowując należyłą staranność, możliwe były do przewidzenia.

Nie jest bowiem niczym niezwykłym, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą wystąpić wezwania do uzupełnienia, a nawet możliwe jest skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Zamawiający, dochowując należytej staranności, powinien stosownie wcześniej wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia, aby osiągnąć swój cel. Swoich zaniechań nie może później jednak przekładać na postępowanie i na konieczność unieważnienia

postępowania. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO „przede wszystkim należy zauważyć, że z treści uzasadnienia unieważnienia postępowania nie wynika zaistnienie jakiegokolwiek zmiany okoliczności, której nie można było przewidzieć. Wręcz przeciwnie, wszystkie okoliczności faktyczne związane z postępowaniem albo zostały przewidziane przez Zamawiającego albo z łatwością mogły zostać przewidziane. Należy nawet powiedzieć, że ich przewidywanie było obowiązkiem Zamawiającego. Ogłaszając postępowanie w dniu

11 grudnia 2023 r. Zamawiający musiał mieć świadomość, że może nie dojść do zawarcia umowy przed końcem 2023 r. Wynika to z obowiązujących przepisów ustawy Pzp przewidujących uprawnienia i obowiązki podmiotów w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego. Niezasadne jest zakładanie, że np. wykonawca złoży dokumenty w pierwszym dniu obowiązującego go terminu, skoro może to również zrobić ostatniego dnia terminu.

To na zamawiającym ciąży obowiązek takiego zorganizowania postępowania, aby zawarcie umowy mogło nastąpić w okresie, w którym zamawiający ma przewidziane środki na ten cel. Obciążanie wykonawcy negatywnymi skutkami niedopełnienia obowiązku przez zamawiającego należy uznać za niedopuszczalne. Jedynie zatem dodatkowo należy wskazać, że w tym przypadku nie można mówić o zmianie okoliczności, która byłaby niezależna od Zamawiającego, bowiem organizacja Postępowania jak i zabezpieczenie odpowiednich środków finansowych leżało w gestii Zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 13.02.2024 r., sygn. akt KIO 212/24).

Również w doktrynie podkreśla się, że „zgodnie ze stanowiskiem doktryny oraz judykatury ukształtowanym na podstawie dotychczasowego art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p.2004 za ugruntowany i zachowujący aktualność należy uznać pogląd, że wystąpienie istotnej zmiany okoliczności 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). (...)

Z istotnymi zmianami okoliczności nie można zatem łączyć sytuacji mających swoje źródło w błędnych decyzjach organizatora postępowania o udzielenie zamówienia, 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” (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 255).

Dodatkowo, w żadnym miejscu informacji o unieważnieniu postępowania nie znajduje się wskazanie, że inwestycja nie jest czy ma nie być prowadzona. Co istotne, dopiero w dniu 08.11.2024 r. Zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych, co do których miały być wykonywane usługi Inżyniera Kontraktu (<https://e-propublico.pl/Dokumenty/Download/6090e983-45fec54c-8592-0480b3ddf9f9>). Oznacza to jednoznacznie, że „interes publiczny” dalej, jak najbardziej, istnieje, zarówno w udzieleniu zamówienia, jak i w prowadzeniu postępowania, skoro Zamawiający zamierza zrealizować inwestycję.

Dlatego też, czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania jest czynnością wadliwą. W związku z tym, odwołanie powinno podlegać uwzględnieniu.

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

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

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która nie została przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert odrzucona. Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że oferta Odwołującego zawiera błędy, które kwalifikują ją do odrzucenia. Zamawiający takiej merytorycznej oceny oferty w postępowaniu pod postacią decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie ujawnił. Skoro czynność odrzucenia oferty nie miała miejsca, to nie podlegała ona także weryfikacji instancyjnej w postaci korzystania ze środków ochrony prawnej.

Ponadto, nawet jeżeli oferta Odwołującego, zgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert nie jest pierwszą w rankingu, to Zamawiający w postępowaniu nie dokonał wiążącego wyboru oferty najkorzystniejszej i nie dokonał innych czynności względem pozostałych złożonych ofert, więc nie wyklucza się, że oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu tego zamówienia. Unieważnienie postępowania przez Zamawiającego niewątpliwie mogło pozbawić Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego, a zatem

wykazał on możliwość poniesienia szkody będącej skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które wskazano w odwołaniu.

W aktach sprawy nie ujawniono zgłoszenia przystąpień po żadnej ze Stron.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania. Podniesiono, że czynność unieważnienia postępowania była koniecznością

i wynikiem nie tylko jednej ale szeregu okoliczności, które miały miejsce przed zakończeniem postępowania. Zamawiający przy zachowaniu należytej staranności nie mógł wcześniej przewidzieć poniższych okoliczności. Przedmiotowe postępowanie było drugim postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego. Oba postępowania obejmowały

to samo zamówienie publiczne. Pierwsze z prowadzonych postępowań zostało ogłoszone w dniu 2.05.2024 r. Planowane otwarcie ofert miało nastąpić w dniu 16.05.2024 r. Okolicznością nieprzewidzianą była awaria systemu informatycznego platformy, która spowodowała brak możliwości zakończenia postępowania. W dniu 15.05.2024 r. Zamawiający został poinformowany przez Wykonawców, o braku możliwości złożenia oferty poprzez platformę.

W trakcie weryfikacji informacji ustalono, że wystąpiła awaria przedmiotowej platformy.

W związku z powyższym Zamawiający dokonał przesunięcia terminu składania i otwarcia ofert na dzień następny. Jednakże w wyniku awarii, brak było możliwości wprowadzenia przedmiotowych zmian na platformie przed terminem składania ofert. Tym samym

po usunięciu awarii, doszło do technicznego otwarcia ofert znajdujących się w systemie

w pierwotnie wyznaczonym terminie. Unieważnienie postępowania nastąpiło w dniu 16.05.2024 r.

Już w dniu 16.05.2024 r., a zatem niezwłocznie, Zamawiający ogłosił kolejne postępowanie. W dniu 21.05.2024 r. Zamawiający przeprowadzał procedurę wyjaśnień do treści opisu przedmiotu zamówienia. W dniu 24.05.2024 r. nastąpiło otwarcie ofert.

Następnie w dniu 04.06.2024 r. wezwano do złożenia dokumentów.

Okoliczności uniemożliwiające przeprowadzenie planowanych czynności wystąpiły także przed rozpoczęciem procedury udzielenia zamówienia na inżyniera kontaktu. Były one niezależne od Zamawiającego. Inwestycja jest realizowana na podstawie sporządzonej już wcześniej dokumentacji projektowej. Inwestycja jest finansowana ze środków zewnętrznych pochodzących z Rządowego Funduszu Polski Ład: Programu Inwestycji Strategicznych. Warunkiem rozpoczęcia procedury udzielenia zamówienia publicznego na Inżyniera Kontraktu, jak i wykonawcę robót budowlanych było zapewnienie finansowania. Potwierdzeniem tego było wydanie Wstępnej Promesy Banku Gospodarstwa Krajowego. Nastąpiło to dopiero w dniu 11.10.2023 r. Okoliczność ta pozostaje niezależna od zamawiającego i nieprzewidywalna. Procedura finansowania nie określała dokładnych ram czasowych poszczególnych etapów, w tym zawarcia umowy czy wydania wspomnianej promesy. Procedura odnosiła się jednak do jej kolejnych etapów, które były określone w aktach wykonawczych. Zamawiający miał obowiązek wykonywać określone obowiązki uzależnione od kolejnych czynności organu finansującego.

Proces budowlany zakładał powołanie w pierwszej kolejności Inżyniera Kontraktu, któremu zostanie zlecone przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane. Do obowiązków Inżyniera Kontraktu (IK) należeć miało przejęcie dokumentacji projektowej, jej sprawdzenie oraz potwierdzenie jej kompletności i zdolności do prowadzenia robót budowlanych. Stąd też Zamawiający wymagał, aby Wykonawca dysponował kadrą nie tylko inżynierską, ale także osobami posiadającymi wiedzę prawniczą z zakresu zamówień publicznych. Osoby te były wymagane przez cały okres umowy z uwagi na zapewnienie pomocy prawnej na etapie kontroli zamówień przez jednostkę finansującą.

Z przyczyn niezależnych od Zamawiającego na obecnym etapie zakres tego zamówienia stał się zbędny. Oferta nie pozwala na określenie wartości tej części zamówienia a projekt umowy nie zawiera zapisów umożliwiających odpowiednie ograniczenie wartości zamówienia w związku z niewykonaniem części usług.

Zamawiający pozyskiwał pozwolenie na budowę szkoły przez 10 miesięcy zamiast 65 dni. Wniosek o wydanie pozwolenia na budowę został złożony 01.02.2023 r. W dniu 23.03.2023 r. organ wystosował wezwanie do uzupełnienia dokumentacji, którą miał wykonać projektant. Skomplikowany charakter postępowania spowodował konieczność uzyskania dodatkowych uzgodnień oraz zgód administracyjnych. W rezultacie dopiero w dniu 4.01.2024 r. wydana została decyzja pozwolenie na budowę (tj. niespełna 3 miesiące po otrzymaniu wstępnej promesy).

Ze względu na pozyskanie dofinansowania z Polskiego Ładu jedynie na część inwestycji tj. stanu surowego zamkniętego obiektu niezależnym stało się podział posiadanej dokumentacji na części. Zlecono projektantowi opracowanie tzw. suplementu do dokumentacji, który wpłynął do Zamawiającego końcem stycznia 2024 r.

Kolejną okolicznością nieprzewidzianą i niezależną od Zamawiającego było określenie wymogów tzw. dyrektywy budowlanej ograniczającej ilości gazów cieplarnianych

i planowanego odejścia od używania paliw kopalnych do ogrzewania budynków. W lutym 2024 roku Zamawiający musiał określić czy zastosowane w pierwotnym projekcie rozwiązania w zakresie ogrzewania realizowanego obiektu gazem będą możliwe do zastosowania, przy uwzględnieniu oddania obiektu pod koniec dekady 2020. Przypomnieć należy, że projekt został sporządzony w latach 2021/2022. Należało zatem rozważyć możliwość zmiany sposobu ogrzewania i wykonania dokumentacji zamiennej z ogrzewania gazu na pompę ciepła. Rozwiązania takie wymagałyby zmian projektowych. Ostatecznie Ekspertyza w tym przedmiocie miała być sporządzona przez wyłonionego Inżyniera Kontraktu.

Ze względu na przedłużającą się procedurę wyboru Wykonawcy tj. inżyniera kontraktu, koniecznym stało się udzielenie zamówienia na wykonawcę robót budowlanych. W tym celu Zamawiający zlecił przeprowadzenie podmiotowi zewnętrznemu postępowania, które *de facto* było w obowiązku IK. Zgodnie z zapisami wstępnej promesy ostateczny termin na ogłoszenie postępowania upływał w dniu 12 lipca 2024r. Po tym terminie gmina utraciłaby możliwość finansowania inwestycji a tym samym budowy budynku szkoły. Kancelaria Prawna Budnik, Posnow i Partnerzy przeprowadziła postępowanie o wybór wykonawcy robót na budowę Szkoły Podstawowej w Wiszni Małej. Postępowanie na wykonawcę robót budowlanych zostało ogłoszone w dniu 11.07.2024 r. Do dnia 8.11.2024 r. Zamawiający odpowiedział na 289 zapytań i wniosków o zmianę SWZ. Obecnie postępowanie jest na etapie badania i oceny ofert.

Powyżej okoliczności pozostawały niezależne i nieprzewidywalne dla realizacji inwestycji. Należą do nich terminy uzyskania i sfinalizowania dofinansowania inwestycji. Dodatkowo także przedłużające się postępowanie administracyjne stanowi okoliczność, którą nie można przewidzieć zarówno na etapie planowania, przeprowadzania postępowań z zakresu zamówień publicznych, jak i realizacji zawartych umów. Zawsze bowiem okoliczności te stanowią okoliczność wyłączającą zwłokę stron umowy bądź postępowania.

Ustawodawca w regulacji procedury zamówień publicznych nie zawarł definicji interesu publicznego. Pojęcie to nie jest również definiowane w innych, powszechnie obowiązujących przepisach prawnych. Wobec tego zasadnym jest odwołanie się do orzecznictwa Izby, t

w którym w pełni podziela się wykładnię tego pojęcia dokonaną przez Trybunał Konstytucyjny w uchwale z 12.03.1997 r., W 8/96, gdzie określono, 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 finansów publicznych. Zamawiający realizuje inwestycję wpisującą się zakres użytku publicznego - oświaty. Dysponuje środkami publicznymi z uwagi na fakt, że inwestycja jest finansowana praktycznie w całości ze środków skarbu państwa. Zamawiający pełni funkcję dysponenta środków budżetowych. W związku

z czym ma obowiązek dbać o ich przeznaczenie z najwyższą atencją. Wydatkowanie środków w taki sposób, że wykonawca IK otrzymałby ich część za już wykonaną część zobowiązania umownego stanowiłoby naruszenie dyscypliny finansów publicznych i byłoby sprzeczne

z obowiązkiem dbałości o interes publiczny. Sprzeczne z nim jest udzielenie zamówienia podmiotowi, który faktycznie pewnych określonych czynności już nie wykonuje. Uwzględnienie żądania odwołania będzie działaniem jedynie w interesie prywatnym.

Przyjmując poglądy literatury: „*Unieważnienie postępowania jest natomiast stanem pożądanym przez większość niedookreślonej, abstrakcyjnie pojmowanej grupy ludzi*

i dotyczącej tej grupy, stanowiącego pochodną systemu wartości dominującego w tym zbiorze osób i uzależnionego w swojej treści od sfery, której ów pożądaný stan dotyczy, mogącego być odmiennym albo nawet przeciwnym interesom prywatnym” (M. Jaworska(red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2023). Unieważnienie postępowania stanowić będzie o konieczności znacznej zmiany przedmiotu zamówienia poprzez wykreślenie obowiązku przeprowadzanie postępowania na wykonawcę robót budowlanych, wymaga znacznego nakładu czasu, zaangażowania kadrowego i pracy. Wykreślenia z kadry IK osoby z zakresu zamówień publicznych, a także usunięcia prac polegających na analizie dokumentacji projektowej w celu potwierdzenia jej prawidłowości do udzielenia zamówienia wykonawcy robót budowlanych, analizy możliwości zmian dokumentacji projektowych, rozwiązań technologicznych, zmian opisu przedmiotu umowy na etapie wyłaniania wykonawcy robót (wpłynęło 289 zapytań i wniosków). Stanowi to znaczną część zobowiązania i nakładów, które wykonawca nie musiałby ponosić. Na obecnym etapie możliwe stało się zatrudnienie bezpośrednio inżynierów pełniących obowiązki inspektorów nadzoru inwestorskiego. Rozliczenia płatności Zamawiający dokonałby samemu. Wynika to z faktu, że przetarg na wyłonienie generalnego wykonawcy robót budowlanych jest na etapie oceny ofert. Instytucja Inżyniera Kontraktu jako jednego wykonawcy pozostaje zbędna. Zatrudnienie trzech inspektorów będzie znacznie bardziej efektywniejsze. W wyniku takiej realizacji uzyskane zostaną korzyści przedsięwzięcia służącego ogółowi w zakresie zadań ciążących wspólnie na administracji rządowej oraz samorządowej.

Interes publiczny Zamawiający bezpośrednio wiąże z mieniem publicznym, wobec czego nie jest w interesie publicznym działanie, które wyrządza szkodę w tym mieniu (podobnie KIO w wyr. z 23.9.2011 r. „KIO 1948/11, Legalis”). W doktrynie przeciwstawia się interes publiczny interesowi jednostki. Odwołujący instrumentalnie przeciwstawił interes publiczny interesowi Zamawiającego, pomijając fakt, że jego żądanie nakierowane jest wprost jedynie na realizację partykularnego interesu wykonawcy. Odwołujący wprost dąży do uzyskania za pomocą orzeczenia Izby nienależnego dochodu, który wprost stanowi bezpodstawne jego wzbogacenie. Interes publiczny sprzeciwia się takiemu podejściu i stanowi o konieczności zapobiegania wskazanym sytuacjom. W żaden sposób nie pozostają w interesie publicznym działania zmierzające do nienależnego wzbogacenia prywatnego podmiotu kosztem mienia publicznego.

Błąd wykładni Odwołującego polega na pominięciu faktu, że działanie w interesie publicznym jest działaniem rozbieżnym z interesem prywatnym nie tylko Zamawiającego ale także i interesem prywatnym wykonawcy. Ocena okoliczności zatem musi opierać się stwierdzeniu konieczności przeprowadzenia obiektywnych czynności nie tylko nie bacząc na interes prywatny Zamawiającego, ale także i wykonawcy. Dopiero pominięcie obu interesów prywatnych umożliwi ustalenie czynności w interesie publicznym. Pominięcie jedynie interesu prywatnego Zamawiającego z jednoczesnym podjęciem działań wprost nakierowanych na zaspokojenie interesu prywatnego wykonawcy nie daje się pogodzić z prawidłową wykładnią interesu publicznego, który winien być obojętny względem pozostałych. Popętnienie wskazanego błędu doktrynalnego przez Odwołującego wydaje się być zamierzeniem celowym, które choć dopuszczalne nie może prowadzić do uzyskania dla niego korzystnego rozstrzygnięcia. Wobec czego Zamawiający wnosil jak na wstępie.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający poinformował wykonawców, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym podano, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2024/BZP 00327488/01 z dnia 2024-05-16.

Przedmiot zamówienia obejmował pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu tj. świadczenie usług związanych z przygotowaniem, zarządzaniem, kontrolą, nadzorem, rozliczeniem finansowym budowy i dofinansowania robót budowlanych oraz innych czynności mających na celu prawidłową realizację inwestycji pn. „Budowa Szkoły Podstawowej w Wiszni Małej ETAP II”. Przedmiot zamówienia obejmował również przygotowanie i przeprowadzenie postępowania na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych w tym m.in.:

- przygotowanie kompletnej dokumentacji postępowania w uzgodnieniu z Zamawiającym;
- weryfikacji dokumentacji projektowej i STWIORB pod względem zasad opisu przedmiotu zamówienia według PZP, w tym analiza parametrów równoważności dla materiałów opisanych nazwami własnymi lub parametrami wskazującymi na jednego producenta,
- świadczenie asysty technicznej w siedzibie Zamawiającego polegającej na przygotowaniu ogłoszenia: o zamówieniu, o zmianie ogłoszenia, o wyniku postępowania oraz o złożonych ofertach w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz na platformie e-zamówienia,
- zapewnienie udziału osoby o niezbędnej wiedzy merytorycznej w pracach komisji przetargowej w charakterze członka lub z głosem doradczym (według wyboru Zamawiającego) w celu oceny ofert wraz z weryfikacją spełnienia przez oferentów wymagań określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ);
- przygotowywanie projektów odpowiedzi na zapytania w toku prowadzonego postępowania przetargowego jako i weryfikacja odpowiedzi udzielanych przez projektanta;
- współpraca z Zamawiającym w zakresie ewentualnych odwołań i skarg w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane.

Równocześnie Zamawiający wskazał w SWZ, że wymaga jako warunek udziału w postępowaniu dysponowanie specjalistą ds. zamówień publicznych (wymagana 1 osoba) posiadającą następujące doświadczenie:

- co najmniej 12 miesięczne doświadczenie w pracy na stanowisku ds. zamówień publicznych;
- wykonała dokumentację i przeprowadziła co najmniej 1 postępowanie przetargowe skutkujące wyborem wykonawcy na roboty budowlane o wartości robót co najmniej 10 000 000zł netto;
- opublikowała co najmniej 2 postępowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej na drukach enotis2.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 24.05.2024r. W postępowaniu zostało złożonych 7 ofert. W dniu 04.06.2024r. Zamawiający wezwał wykonawcę, którego oferta był najkorzystniejsza do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w dniu 10.06.2024r. złożył przedmiotowe dokumenty. W trakcie badania przesłanych dokumentów stwierdzono, że zawierają one błędy i wykonawca wymaga dodatkowego wezwania do ich poprawienia. Jednakże, ze względu na przedłużającą się

procedurę badania i oceny ofert oraz wyboru wykonawcy, Zamawiający stwierdził, że brak jest możliwości wybrania Wykonawcy

i zawarcia z nim umowy w czasie gwarantującym przygotowanie dokumentacji na wybór wykonawcy robót budowlanych przed upływem terminu ważności promesy. W związku

z powyższym Zamawiający celem uniknięcia utraty promesy nie bacząc na rozstrzygnięcie przedmiotowej procedury zlecił przygotowanie oraz przeprowadzenie postępowania na wybór wykonawcy robót budowlanych innemu podmiotowi.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 11.07.2024r. Tym samym należy uznać, że część przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem stała się zbędna. Dalsze prowadzenie postępowania w takim zakresie stało się bezprzedmiotowe. Brak świadczenia usług w zakresie przygotowania

i przeprowadzenia postępowania przetargowego zwalnia potencjalnych wykonawców

z konieczności dysponowaniem osób ds. zamówień publicznych, co było również warunkiem udziału w postępowaniu.

Powyższe powoduje potrzebę ograniczenia zakresu zamówienia oraz zmianę warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 255 ust. 5 ustawy Pzp unieważnił postępowanie, gdyż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

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

W ramach uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga, iż celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie podpisana umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Unieważnienie wszczętego postępowania ten cel niweczy. Zatem stwierdzenie wystąpienia przesłanek do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno być wyjątkiem od zasady, a określony w art. 255 ustawy Pzp katalog podstaw do unieważnienia należy uznać za zamknięty. Obowiązkiem jest także (zarówno zamawiających, jak i organów oceniających czynności zamawiających) dokonywać ścisłej interpretacji przesłanek umożliwiających unieważnienie postępowania. Stanowisko to potwierdzają wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z 29.05.2012 r. sygn. akt: IV Ca 527/11, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 21.05.2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 405/18.

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.

By istniała możliwość zastosowania przywołanej normy konieczne jest wystąpienie istotnej zmiany okoliczności, która powoduje, że dalsze prowadzenie postępowania jest niemożliwe, niecelowe, wiąże się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Przesłanką konieczną jest także brak możliwości wcześniejszego przewidzenia, że do takiej zmiany okoliczności dojdzie.

Innymi słowy, zaistnienie tej przesłanki umożliwiającej unieważnienie postępowania dotyczy zdarzeń wyjątkowych i może być zastosowane tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy kontynuacja postępowania prowadziłoby do wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu. Dodatkowo, przedmiotowa zmiana okoliczności powinna być zmianą niezależną od zamawiającego, zmianą zewnętrzną, ponieważ przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do stanu, w którym strona udzielająca zamówienia ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak wyrok Izby z dnia 7 listopada 2016 r. sygn. akt: KIO 1967/16; wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2526/18 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 marca 2017 r. sygn. akt: II Ca 1613/16; wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 29 maja 2012 r. sygn. akt: IV Ca 527/11).

Izba podziela i przyjmuje za własne stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 2 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 88/24, że << Jak trafnie podkreśla się w doktrynie „Unieważnienie postępowania może nastąpić ze względu na interes publiczny, który sprawia, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby wbrew temu interesowi.

Aby zamawiający mógł powołać się na tę przesłankę, musi udowodnić, że wcześniej,

czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, że zmienią się okoliczności, a w wyniku ich zmiany – kontynuować postępowania, i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Zmiana okoliczności musi mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny. Powołanie się na powyższą przesłankę unieważnienia wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem interesu publicznego, który nie musi być tożsamy

z interesem zamawiającego. Zgodnie z uchwałą TK z 12.03.1997 r., W 8/96, OTK 1997/1, poz. 15, za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, porządku publicznego, oświatą, kulturą. Powołując się na komentowaną

przesłankę unieważnienia, zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania.

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

Co do rozumienia pojęcia „interesu publicznego”, to dominującym w orzecznictwie i doktrynie jest pogląd, 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)”.

Zauważyć więc należy, że Izba ocenia prawidłowość czynności unieważnienia postępowania podjętej przez Zamawiającego, przez pryzmat przekazanego Wykonawcom uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania. Wszelkie zaś późniejsze uzupełnienia informacji, wskazywanie nowych okoliczności, które nie zostały przekazane wykonawcom przez skorzystaniem ze środków ochrony prawnej, należy uznać za spóźnione.

Przenosząc powyższe rozważania na zaistniały w sprawie stan faktyczny, Izba uważa, że Zamawiający nie wykazał, że wystąpiły przesłanki umożliwiające zastosowanie regulacji związanej z unieważnieniem postępowania.

W informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający podał, że istotną zmianą okoliczności była niemożliwość wyboru oferty najkorzystniejszej na inżyniera kontraktu

z powodu przedłużającej się procedury przetargowej, co nie gwarantowało przeprowadzenia postępowania na wybór wykonawcy robót budowlanych w czasie określonym w promesie przyznającej dofinansowanie danej inwestycji.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Po pierwsze przywołana okoliczność nie jest zjawiskiem zewnętrznym, niezależnym od Zamawiającego. Jako podmiot publiczny Zamawiający w każdym przypadku wydatkowania środków publicznych zobowiązany jest do stosowania ustawy Pzp. Wiadomym jest zatem Zamawiającemu ile wynosi średni czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, także na usługi tożsame przedmiotowo do będącej celem tego postępowania. Z pewnością Zamawiający nie miał do czynienia

z pierwszą inwestycją budowlaną, którą realizuje. Ponadto, jak podaje Zamawiający

w odpowiedzi na odwołanie, promesę finansowania zadania inwestycyjnego uzyskał w dniu 10 listopada 2023 roku. Samo zaś postępowanie na wybór Inżyniera kontraktu ogłoszono dopiero w maju 2024 roku. Już więc od listopada 2023 roku Zamawiający wiedział, że zgodnie z założeniami promesy zobowiązany jest do wyłonienia wykonawcy robót budowlanych

w terminie „nie dłuższym niż 9 miesięcy od dnia udostępnienia Wnioskodawcy niniejszej Wstępnej Promesy”. To więc na podmiocie publicznym spoczywał obowiązek takiego zaplanowania inwestycji, by możliwie było dotrzymanie terminów określonych w ustawie Pzp

i zastosowanie regulacji tej ustawy, o czym wspominała sama promesa.

Zamawiający zdawał sobie także sprawę, a przynajmniej powinien zdawać sobie sprawę, że zadawanie w postępowaniu pytań czy korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zjawiskiem nadzwyczajnym, niespotykanym czy wyjątkowym. Zatem planując postępowanie obowiązkiem Zamawiającego było uwzględnić co najmniej minimalną liczbę dni dla składania ofert, okoliczność zadawania pytań do opisu przedmiotu zamówienia czy warunków udziału w postępowaniu, konieczność uzyskania od wykonawców dokumentów podmiotowych, możliwość wyjaśniania i uzupełniania tych dokumentów, badanie poziomu ceny, czy właśnie czas składający się na korzystanie ze środków ochrony prawnej.

O ile można zgodzić się z Zamawiającym, że okolicznością, której nie można było przewidzieć była awaria platformy, na której prowadzono postępowanie, co spowodowało jego pierwsze unieważnienie, to już między unieważnieniem pierwszego postępowania

a ogłoszeniem drugiego postępowania upłynęło zaledwie dwa tygodnie. Nie jest to w ocenie Izby czas, który uniemożliwiłby Zamawiającemu dotrzymanie terminów z promesy.

W przypadku drugiego postępowania, będącego podstawą wyrokowania Izby, nie mamy więc do czynienia, z okolicznościami, których nie można było przewidzieć. Nieprzewidywalność zmiany okoliczności ma miejsce wtedy, gdy zmiana następuje wbrew zwyczajnemu biegowi rzeczy, którego należałoby racjonalnie oczekiwać. Dotyczy to więc zdarzeń wyjątkowych

i może znaleźć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Tymczasem wszystkie przywołane przez Zamawiającego okoliczności występują standardowo w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i dodatkowo w tym przypadku wynikają

z działań bądź zaniechań samego Zamawiającego.

Warto także podkreślić, że otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce w dniu 24 maja 2024 roku a dokumenty podmiotowe Zamawiający otrzymał już 10 czerwca 2024 roku. Następnie zaś Zamawiający całkowicie zaniechał podejmowania jakichkolwiek czynności w postępowaniu, aż do listopada 2024 roku, kiedy postanowił je unieważnić. Zamawiający ani w informacji o unieważnieniu, ani w odpowiedzi na odwołanie nie przedstawił faktów, z których wynikałoby, że procedura udzielenia zamówienia

w prowadzonym postępowaniu rzeczywiście wymagała przeprowadzenia dodatkowych czynności, niestandardowego czasu na ich wykonanie. W opozycji do tego Zamawiający już 26 czerwca 2024 roku zawarł umowę z innym podmiotem, któremu przekazał wykonanie części obowiązków składających się na przedmiot niniejszego postępowania. W ocenie Izby Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, że do 11 lipca 2024 roku (dzień ogłoszenia postępowania o roboty budowlane) nie byłby w stanie dokończyć postępowania i wybrać inżyniera kontraktu. Gdyby dać wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, to już w maju,

w momencie ogłaszania postępowania na wybór inżyniera kontraktu, Zamawiający wiedział lub przy zachowaniu należytej staranności powinien był wiedzieć, że w terminie wynikającym z promesy przedmiotowego postępowania nie będzie w stanie dokończyć.

Poddając analizie argumentację dotyczącą okoliczności, które wystąpiły przed wszczęciem postępowania, to w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż argumentacja ta nie była zawarta w informacji o unieważnieniu postępowania. Tym samym Odwołujący nie mógł się do tych elementów odnieść w czasie złożenia środka ochrony prawnej.

Nawet jednakże biorąc pod uwagę te okoliczności, to z odpowiedzi na odwołanie wynika, że choć Zamawiający złożył wnioski o wydanie pozwolenia na budowę szkoły w dniu 1 lutego 2023 roku, to w toku procedury administracyjnej Zamawiający był wzywany do uzupełnienia wniosku i musiał uzyskać dodatkowe uzgodnienia i zgody administracyjne. Zatem czas uzyskania decyzji nie był związany z opieszałością organu administracyjnego,

tylko z okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego lub od niego niezależnymi, na które częściowo wpływ miały wady posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej. Niewątpliwie zaś błędy lub niedoskonałości dokumentacji obciążają Zamawiającego. Niewłaściwe przygotowanie dokumentów, a następnie wykrycie błędów nie jest okolicznością niezależną od Zamawiającego. To bowiem ten podmiot odpowiedzialny jest za prawidłowe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, którego naruszenie nie może obciążać wykonawców, co wynika bezpośrednio z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Także, to że będą konieczne dodatkowe ekspertyzy związane z wyborem sposobu ogrzewania Zamawiający wiedział już przed wszczęciem postępowania na wybór inżyniera kontraktu (jak wynika

z odpowiedzi na odwołanie – luty 2024 roku). Zatem nie są to okoliczności niezależne od Zamawiającego, a ich wystąpieniem i brakiem pogłębionej analizy stanu faktycznego Zamawiający nie może obecnie obciążać Odwołującego. Zastanawiające dla Izby jest w ogóle podnoszenie i podkreślanie okoliczności związanej z wydłużonym procesem pozyskania pozwolenia na budowę. Jak bowiem wynika z uzasadnienia decyzji, to po pierwsze Zamawiający złożył wniosek, który był nieprawidłowy i wymagał wezwania przez organ do usunięcia nieprawidłowości (*„W związku ze stwierdzeniem nieprawidłowości ww zakresie, w załączonym do wniosku projekcie zagospodarowania terenu i projekcie architektoniczno-budowlanym, Starosta Trzebnicki postanowieniem nr 8/23 z dnia 23 marca 2023 roku nałożył na Inwestora obowiązek usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości w terminie do 20 czerwca 2023 roku”*). Po drugie, to sam Zamawiający dzień przed wyznaczonym przez organ terminem złożył wniosek o zawieszenie postępowania administracyjnego (!) – *„W dniu 19 czerwca 2023 roku pełnomocnik Inwestora wystąpił z wnioskiem o zawieszenie postępowania administracyjnego”*, na co Starosta Trzebnicki przystał. Dokumenty zostały uzupełnione dopiero 21 grudnia 2023 roku, a sama decyzja wydana została 4 stycznia 2024 roku. Nierozumiiałem jest dla składu orzekającego, jak w przypadku tak ukształtowanego stanu faktycznego Zamawiający może podnosić, że pozyskiwał pozwolenie 10 miesięcy zamiast 65 dni i dodatkowo wywodzić, że były to okoliczności od niego niezależne i zewnętrzne.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że wykazał on, iż unieważnienie postępowania leży w interesie publicznym. Jak podkreśla się w orzecznictwie interes publiczny nie może być utożsamiany wyłącznie z interesem ekonomicznym Zamawiającego. Zgodzić się należało z Odwołującym, że inwestycja budowy szkoły jest i będzie realizowana, wybór wykonawcy robót budowlanych jest w toku, nie odpadł więc cel, w którym prowadzone było

postępowanie na inżyniera kontraktu. Argumentacja Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że instytucja inżyniera kontraktu jako jednego wykonawcy pozostaje zbędna, a zatrudnienie trzech inspektorów będzie znacznie bardziej efektywniejsze nie może się ostać. Fakt zmiany koncepcji wykonywania zamówienia w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpisuje się w wystąpienie przesłanek umożliwiających unieważnienie postępowania. Poza tym twierdzenia Zamawiającego o większej efektywności zespołu inspektorów pozostają gołosłowne. W tym zakresie nie złożono żadnej analizy obejmującej dane finansowe. Brak jest w tezach prezentowanych przez Zamawiającego odniesienia do jakichkolwiek dat, terminów, zobowiązań, postanowień czy w ogóle jakiegokolwiek źródła wskazującego na genezę takiego stwierdzenia – nie mamy żadnych konkretnych, poddających się weryfikacji faktów, co nie pozwala na ich obiektywną ocenę. Nie są to także okoliczności zewnętrzne i niezależne od Zamawiającego. Sam bowiem Zamawiający zdecydował o przekazaniu realizacji części przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu podmiotowi wybranemu poza reżimem ustawy Pzp.

Odwołujący nadal wyraża wolę realizacji części zamówienia pozostającej do wykonania, podtrzymuje oświadczenia złożone w ofercie. Poza samym nadzorem robót budowlanych z ramienia Zamawiającego, jak sam zaznaczył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w warunkach opisu przedmiotu zamówienia wymagał także dysponowania osobą z wiedzą prawniczą, w tym z zamówień publicznych, która będzie brać udział na etapie kontroli zamówienia przez instytucję finansującą. Ta część zamówienia nie została zrealizowana.

Nie jest wykluczona również pomoc Zamawiającemu przez inżyniera kontraktu przy korzystaniu przez wykonawców mających wykonywać roboty budowlane ze środków ochrony prawnej. Wbrew więc twierdzeniom Zamawiającego udział osoby posiadającej doświadczenie w zakresie zamówień publicznych nie został wyczerpany, do tego zaś odnoszono się w informacji o unieważnieniu postępowania.

Zamawiający nie podjął nawet próby oszacowania wielkości kosztów, które musiałby ponieść w związku z kontynuowaniem postępowania na wybór inżyniera kontraktu.

Nie wskazano jakiegokolwiek kwoty (choćby przybliżonego rzędu wielkości kosztu czy ogólnej wartości wynagrodzenia), co zaś nie poddaje się weryfikacji. Nie można w sposób obiektywnie uzasadniony twierdzić, że Zamawiający musiałby ponieść dodatkowe koszty finansowe, bez próby przybliżonego oszacowania tych kosztów. Dodatkowo Zamawiający całkowicie pomija, że utrudniona jest analiza czy interes publiczny dozna na tyle znaczącego uszczerbku, aby uznać jego prymat nad interesem wykonawcy. Każdorazowo wymaga to wnikliwej analizy i wyważenia interesu wykonawcy i interesu publicznego. Trudno jest prowadzić jakąkolwiek weryfikację niecelowości udzielenia zamówienia Odwołującemu lub możliwości powstania szkody w mieniu publicznym, poprzez konieczność ponoszenia większych środków na realizację zamówienia w stosunku do wykonania go własnymi siłami przez Zamawiającego, skoro w informacji o unieważnieniu nie pada żadna kwota. Jak zauważono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych z dnia 11 marca 2024 roku, sygn. akt XXIII Zs 132/24; *Powołanie się na powyższą przesłankę unieważnienia (...) wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem interes publiczny, który nie musi być tożsamy z interesem zamawiającego. Zamawiający powinien zatem wskazać, jak interes publiczny wymagał dokonania przez niego unieważnienia postępowania, gdyż tylko w ten sposób będzie bowiem w stanie udowodnić, że przesłanka ta wystąpiła. Według Naczelnego Sądu Administracyjnego dokonującego wykładni przepisu, wyrok z dnia 2 grudnia 2014 r., sygn. akt II FSK 71/13, pojęcie interesu publicznego to klauzula generalna, która w kontekście indywidualnej sprawy winna być poddana stosownej wykładni. Wymagania interesu publicznego muszą być ustalone w konkretnej sprawie i muszą uzyskać zindywidualizowaną treść wynikającą ze stanu faktycznego i prawnego sprawy (...). Przy wykładni interesu publicznego należy uwzględnić respektowanie wartości wspólnych dla całego społeczeństwa, np. bezpieczeństwa i sprawiedliwości. (...) nie zawsze interes publiczny musi przeważać nad interesem indywidualnym. Aby taka sytuacja miała miejsce, interes publiczny musi być na tyle istotny, że niezbędne jest jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania. Jak orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 listopada 1993 roku (III ARN 49/93) W państwie prawa nie ma miejsca dla mechanicznie i sztywno pojmowanej zasady nadrzędności interesu ogólnego nad interesem indywidualnym. Oznacza to, że w każdym przypadku działający organ ma obowiązek wskazać, o jaki interes ogólny (publiczny) chodzi i udowodnić, iż on jest na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień indywidualnych obywateli. Interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem ekonomicznym zamawiającego. Zmiana decyzji zamawiającego co do sposobu realizacji określonych zadań publicznych nie stanowi sam w sobie ochrony interesu publicznego*”. Dalej w orzeczeniu wskazano, że to Zamawiający odpowiada za tempo prowadzenia postępowania, czas i miejsce podejmowania określonych decyzji, także jego obowiązkiem jest uwzględnienie czasu na korzystanie ze środków ochrony prawnej w takim postępowaniu. Kluczowe jest także twierdzenie, że niedopuszczalne jest popieranie działań, które wiążą się z próbami obejścia systemu ustawy

Pzp, co do facto prowadzi do realizacji interesu publicznego w poza przetargowym wykonywaniu zamówienia. *System zamówień publicznych nie może być traktowany przez podmioty wydające środki publiczne wyłącznie jako instrumentalne narzędzie do realizacji zmiennych interesów zamawiających.* Zbędność dalszego prowadzenia postępowania i jego bezprzedmiotowość nie wchodzi w zakres pojęcia interesu publicznego, zwłaszcza jeżeli zostały wywołane działaniami lub zaniechaniami samego Zamawiającego. Poruszana zaś przez Zamawiającego kwestia reasumpcji wynagrodzenia należnego wybranemu wykonawcy może zostać rozwiązana na drodze polubownej, przez uzyskanie od wykonawcy wyjaśnień co do podziału ceny ryczałtowej na poszczególne etapy realizacji przedmiotu zamówienia, czy w drodze zmiany umowy w zakresie dopuszczonym przez przepisy ustawy Pzp.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił zaistnienia okoliczności skutkujących możliwością unieważnienia postępowania. Nie wystąpiła żadna zmiana zewnętrzna okoliczności, której nie można było przewidzieć i która jest niezależna od Zamawiającego, a także nie przemawiaj za tym interes publiczny.

W konsekwencji Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie i nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz, następnie nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Zdaniem Izby w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszania zasad prowadzenia postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodnicząca:

.....