

WYROK

Warszawa, dnia 10.07.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Vibersoft spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu oraz Neoteric spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Gdańsku

w postępowaniu w którym Zamawiającym jest POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Zamawiającego POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1979/23

Uzasadnienie

POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w miejscowości Warszawa (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest pn. „System Sprzedaży Internetowej”, nr referencyjny: PZP1.240.1517.2023 (dalej „postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 listopada 2023 r. pod pozycją S: 227/2023 00716537-2023

W dniu 3 czerwca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Vibersoft spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu oraz Neoteric spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 255 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez unieważnienie prowadzonego postępowania, mimo że nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, a ponadto okoliczności wskazane jako podstawa unieważnienia postępowania można było przewidzieć przed wszczęciem postępowania.

W oparciu o powyższe zarzuty i powołując się na przedstawiony interes, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.

Odwołujący wyjaśnił, iż posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia. Zamawiający w sposób bezpodstawny dokonał unieważnienia prowadzonego

postępowania, mimo iż nie zaistniały ku temu przesłanki.

Gdyby Zamawiający dokonał wszystkich żądanych w niniejszym odwołaniu czynności, to oferta Odwołującego posiada najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert. Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę, gdyż gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji to oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. Poprzez zaniechanie dokonania powyższych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*) i powyższe w jego ocenie stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej. Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia będzie prawidłowa tylko wtedy, gdy wszystkie przesłanki zawarte w art. 255 pkt 5 Pzp zostaną spełnione. Przesłanki te nie mogą być interpretowane rozszerzająco, gdyż 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 ww. ustawy są:

- a) istotna zmiana okoliczności,
- b) brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzieleniu zamówienia oraz
- c) 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.

Sytuacja taka w ocenie Odwołującego nie zaistniała w niniejszym postępowaniu, zaś 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. Co istotne sporządzenie uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia ma doniosłe znaczenie. To bowiem w oparciu o ten dokument wykonawcy dowiadują się o motywach, jakie legły u podstaw czynności zamawiającego.

Na podstawie argumentacji w nim zawartej Odwołujący podjął decyzję o skorzystaniu ze środka ochrony prawnej i tylko w takim zakresie jaki został w niej opisany Zamawiający może wywodzić podstaw do unieważnienia prowadzonego postępowania.

Odnosnie przesłanki zmiany okoliczności wskazać należy, że nie zaistniała żadna zmiana okoliczności, która wpływa w jakikolwiek sposób na prowadzone przez Zamawiającego postępowanie. Jak słusznie wskazał Zamawiający, aby zaistniała podstawa do unieważnienia postępowania to zmiana okoliczności musi faktycznie zaistnieć i nie wystarczy tylko możliwość jej zaistnienia. Tymczasem całość argumentacji faktycznej unieważnienia postępowania opiera się hipotetycznej sytuacji uruchomienia programu "Jeden bilet za 150 zł miesięcznie". W odpowiedzi na interpelację poselską nr 2384 z dnia 25.03.2024 dotyczącą w/w programu Minister Infrastruktury w piśmie z dnia 16.04.2024 stwierdził, że „(...) w Ministerstwie Infrastruktury rozpoczęły się prace nad możliwością wprowadzenia rozwiązań, umożliwiających zakup zintegrowanego biletu łączącego różne rodzaje transportu publicznego”. Ponadto stwierdził, że „Na obecnym etapie - przygotowania do wdrożenia - nie określono jeszcze ostatecznej formy tego rozwiązania, a co za tym idzie daty i kosztu jego wprowadzenia.”

Koncepcja Zintegrowanego Biletu Ogólnopolskiego to koncept Ministerstwa Infrastruktury. Opracowywana jest koncepcja platformy technologicznej do obsługi zintegrowanego biletu w skali całego kraju, we wszystkich środkach transportu, u wszystkich operatorów i przewoźników, czyli w komunikacji miejskiej, komunikacji autobusowej międzymiastowej oraz w całym kolejnictwie, przejazdów pasażerskich poprzez umożliwienie opłaty w kasownikach

dedykowaną kartą elektroniczną lub kartą płatniczą.

U podstawy koncepcji nie leży zastąpienie systemów sprzedażowych przewoźników jednym rozwiązaniem, ale ich elastyczna integracja. W chwili obecnej w części miast funkcjonują systemy biletowe i mogą być one z łatwością zintegrowane w systemie ogólnopolskim bez ich likwidacji

jak np. system FALA integrujący przewoźników w województwie pomorskim. W kolejnictwie oprócz biletów mobilnych sprzedawanych w aplikacjach oraz przez Internet istnieją bilety jednorazowe papierowe bądź magnetyczne.

Tam, być może, zostaną zakupione w przyszłości, dla uzupełnienia, kasowniki biletów Zintegrowanego Systemu Biletu Ogólnopolskiego. Na stronie internetowej Ministerstwa Infrastruktury brak jakiegokolwiek informacji o obu wskazanych przez Zamawiającego projektach, ani też, według wiedzy Odwołującego, Ministerstwo nie poinformowało przewoźników żadnym oficjalnym pismem, że jakiegokolwiek prace trwają i przewoźnicy winni wstrzymać się ze swoimi przetargami.

Na obecnym etapie - przygotowania do wdrożenia - nie określono jeszcze ostatecznej formy tego rozwiązania, a co za tym idzie daty i kosztu jego wprowadzenia. Jeśli zatem w Ministerstwie odpowiedzialnym za wprowadzenia takiego rozwiązania nie zdecydowano nawet o formie rozwiązania, które Zamawiający wskazuje jako podstawę unieważnienia, to w ocenie Odwołującego budzi wątpliwości w oparciu o jakie informacje Zamawiający dokonuje przyjęcia odpowiadających mu hipotez. Na obecnym bowiem etapie nie znając koncepcji rozwiązania umożliwiających zakup zintegrowanego biletu łączącego różne rodzaje transportu publicznego oraz uwzględniając również, że w obecnym budżecie brak jest zabezpieczenia jakichkolwiek kosztów na realizację takiego rozwiązania równie dobrze można przyjąć, iż takie rozwiązanie w ogóle nie powstanie.

Odwołujący przywołał w tym kontekście Projekt FALA realizowany w województwie pomorskim stanowi regionalną namiastkę prezentowanej przez Ministerstwo koncepcji. Od początku prac nad projektem do dzisiaj minęło 8 lat i system jest w fazie wdrożenia. Wskazać również należy, że nawet przyjęcie hipotetycznych założeń opisywanych przez Zamawiającego, w żaden sposób nie narusza interesu publicznego, a mogłoby znowu hipotetycznie jedynie zagrozić interesowi ekonomicznemu Zamawiającego. Przyjęcie perspektywy Zamawiającego oznaczałoby, że żaden operator transportu publicznego nie mógłby obecnie korzystać, czy wdrażać jakichkolwiek internetowych systemów sprzedażowych. W takim przypadku oczywistym rozwiązaniem jest zapewnienie integracji systemów sprzedażowych biletów każdego z przewoźników z takim nowo projektowanym systemem ogólnopolskim. Najlepszym przykładem praktycznego wdrożenia tego typu rozwiązania mogą być platformy przetargowe, w tym taka z jakiej korzysta obecnie Zamawiający, które mają możliwość integracji z rządową platformą eZamówienia. Projektowanie w obecnych realiach biznesowych systemów internetowych, które nie mają możliwości integracji z innymi systemami, czy też nie są projektowane w taki sposób, aby integrować inne systemy informatyczne, z którymi miałyby współpracować, stałoby w sprzeczności z najlepszymi praktykami projektowania tego typu systemów. W ocenie Odwołującego nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż nawet jeśli będzie opracowany Projekt Ogólnopolskiego Biletu Zintegrowanego to system ten będzie zaprojektowany w taki sposób, aby zapewnić integracje wielu systemów sprzedażowych .

Ponadto, Odwołujący podkreślił, że z punktu widzenia przedmiotowego postępowania Zamawiający bardzo dobrze zabezpieczył swój interes ekonomiczny w przypadku konieczności wprowadzenia zmian i modyfikacji w systemie poprzez następujące działania:

a) Wymóg przekazania praw majątkowych do kodów źródłowych systemu, co pozwala swobodnie Zamawiającemu wprowadzać dowolne modyfikacje bez zgody, czy udziału wykonawcy.

b) Dwuetapowy i szczegółowy proces analizy przedwdrożeniowej, którego celem jest zabezpieczenie pokrycia zdefiniowanych wymagań biznesowych w OPZ.

c) Przeznaczenie budżetu godzinowego na usługi modyfikacyjne na poziomie 1800 godzin, co stanowi 8,10 % całości budżetu i jest wielkością istotną. W praktyce oznacza to, że ewentualne wykonanie i uruchomienie nowej taryfy miesięcznej o nazwie „Jeden bilet za 150zł miesięcznie” lub wykonanie interfejsu wymiany danych z ewentualnym Zintegrowanym Biletem Ogólnopolskim nie stanowi problemu technicznego czy też kosztowego.

d) Realizacja postulatu wyborczego „Jeden bilet za 150zł miesięcznie” oznacza w praktyce opracowanie taryfy miesięcznej, która pozwalałaby na przemieszczanie pociągami wszystkich przewoźników za kwotę 150zł za miesiąc. Należy stwierdzić, że zbliżone rozwiązanie posiada w swojej ofercie Zamawiający i figuruje pod nazwą „Wspólny Bilet”. Uruchomienie w nowym systemie taryfy miesięcznej 150 zł jest czynnością standardową i nie wymaga zmian w

systemach Zamawiającego.

Jednocześnie w ocenie Odwołującego Zamawiający miał możliwość przewidzenia zaistnienia sytuacji, którą wskazał jako podstawę unieważnienia postępowania. Przedmiotowe postępowanie przetargowe zostało wszczęte w dniu 24 listopada 2023 r., zaś przed jego wszczęciem powszechnie znane były postulaty partii tworzących koalicję rządową. O powszechności wiedzy w zakresie program u „Jeden bilet za 150 zł miesięcznie” świadczyć o tym wskazana wcześniej interpelacja poselska nr 2384, w ramach której grupa posłów wskazała:

„W sobotę 9 września 2023 roku w Tarnowie odbyła się konwencja programowa Koalicji Obywatelskiej pod nazwą „100 Konkretów!”. Donald Tusk zapowiedział wówczas, że dzień po wygranych wyborach przystąpienie Państwo do realizacji 100 konkretów na pierwsze 100 dni rządów. W najbliższych dniach mija 100 dni Państwa rządów. Przed wyborami swój program zaprezentowała również Polska 2050 (Trzecia Droga), która współtworzy rząd.

Niestety do dnia dzisiejszego obiecane przez Polskę 2050 rozwiązania nie zostały wprowadzone w życie. Na jakim etapie jest realizacja poniższej obietnicy wyborczej? Kiedy obietnice zostaną wprowadzone w życie?

„Jeden bilet za 150 zł miesięcznie Wprowadzimy jeden bilet miesięczny, dzięki któremu będziemy mogli podróżować wszystkimi środkami transportu zbiorowego po całej Polsce za 150 zł”.

Jakie będą koszty realizacji tej obietnicy?”

Jeśli zatem Zamawiający uważałby, iż realizacja projektu „Jeden bilet za 150 zł miesięcznie” miałaby jakikolwiek wpływ na ogłaszane przez niego postępowanie to postępowania takiego by nie wszczął.

Odnosząc się dodatkowo do kwestionowanych zasad przygotowania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wskazać należy, że z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE wynika, iż zasada proporcjonalności oznacza, że zamawiający ma obowiązek wyważenia proporcji pomiędzy koniecznością zapewnienia rękojmi określonych działań a interesem potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w przetargu. W wyroku z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Trybunał Sprawiedliwości zauważył, że „zgodnie z zasadą proporcjonalności, która jest ogólną zasadą prawa wspólnotowego, tego rodzaju środki nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu”. Ponadto w wyroku z 10 grudnia 2002 r. w sprawie The Queen p. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (C-491/01) Trybunał wskazał, że poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga odpowiedzi na dwa zasadnicze pytania:

„1. Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu i nadaje się do jego realizacji?

2. Czy środek nie wykracza poza to, co niezbędne, a tym samym czy nie jest nadmierny oraz czy inne środki byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego celu?”.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze całokształt okoliczności odpowiedź na oba pytania winna wskazywać na naruszenie zasady proporcjonalności w zakresie unieważnienia prowadzonego postępowania.

W dniu 1 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację dla takiego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

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

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 16 ustawy pzp – „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny”.

Art. 255 pkt 5 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.*

Izba ustaliła i 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. Zdaniem Izby odwołujący się wykonawcy wykazali, że czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania przetargowego została dokonana przez Zamawiającego z naruszeniem art. 255 pkt 5 ustawy Pzp.

W konsekwencji, Izba uwzględniła odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wykazania przez zamawiającego zaistnienia wszystkie przesłanki zawartych w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp. Przesłanki nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Przepisy dotyczące unieważnienia postępowania mają bowiem charakter wyjątku od naczelnej zasady postępowania o udzielenie zamówienia, która wynika z definicji ustalonej w art. 7 pkt 18 ustawy Pzp tj. wyłonienia wykonawcy i zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy regulujące odstępstwa od powyższej zasady należy interpretować zawężająco.

Przesłankami, które muszą zaistnieć, aby unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp to: 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 adekwatnym związkiem przyczynowo - skutkowym. Oznacza to, że brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzielenia zamówienia jest rezultatem nieprzewidywalnej zmiany okoliczności o istotnym charakterze. Należy wskazać, że w polskim prawie nie ma jednolitej definicji interesu publicznego. Zdaniem Izby, w systemie zamówień publicznych interes publiczny należy wiązać z funkcjami i zadaniami jakie ustawodawca stawia podmiotom wydatkujących środki publiczne. Należą do nich racjonalne, efektywne i skuteczne wydatkowanie środków publicznych na zadania publiczne, zagwarantowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniach przetargowych, zapobieganie korupcji w zamówieniach publicznych, kształtowanie właściwych wzorów zachowań rynkowych. Realizacja powyższych funkcji systemu zamówień publicznych to realizacja interesu publicznego. System zamówień publicznych nie może być traktowane przez podmioty wydatkujące środki publiczne wyłącznie jako instrumentalne narzędzie do realizacji zmiennych interesów zamawiających. Stabilność decyzji podmiotów realizujących zadania publiczne w trybie ustawy Pzp sprzyja rozwojowi współpracy z podmiotami prywatnymi przy realizacji zadań publicznych, a tym samym przekłada się na konkurencyjność i stymuluje rozwój gospodarczy.

Ponadto, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 260 ustawy 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. Jak wynika z przywołanego przepisu ustawy Pzp, na zamawiającego został nałożony obowiązek nie tylko poinformowania wykonawcy o czynności unieważnienia, ale także sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego takiej czynności. Sporządzenie uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia ma doniosłe znaczenie. To bowiem w oparciu o ten dokument wykonawcy dowiadują się o motywach, jakie legły u podstaw czynności zamawiającego. Na podstawie argumentacji w nim zawartej wykonawcy podejmują decyzję o skorzystaniu lub nie ze środków ochrony prawnej przysługujących im wobec tej czynności.

Mając na uwadze powyższe rozważania, Izba uznała, że w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek wynikających z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp.

Po pierwsze, Zamawiający był zobowiązany do wykazania, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności. W tym zakresie, Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania z dnia 24 maja 2024 r. wskazał, co następuje: *Wszczynając postępowanie Zamawiający nie posiadał zatem wiedzy o tym, że zostanie uruchomiony program "Jeden bilet za 150 zł miesięcznie". Jak wynika z informacji prezentowanej przez Ministerstwo Infrastruktury Projekt Ogólnopolskiego Biletu Zintegrowanego to zaawansowany i kompleksowy koncept odpowiadający na rosnące wyzwania związane z mobilnością miejską i regionalną oraz potrzebą promowania zrównoważonych form transportu w Polsce. Wymaga wysublimowanych systemów sprzedażowych i rozliczeniowych. Zamawiający powziął informację w ww. przedmiocie na początku maja b.r.*

W związku z informacją Ministerstwa Infrastruktury o rozpoczęciu prac nad wprowadzeniem Ogólnopolskiego Biletu Zintegrowanego, którego celem jest wdrożenie jednego, zintegrowanego biletu na wszystkie środki transportu publicznego, w tym kolei i komunikacji miejskiej doszło do istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, Wyżej wspomniane rozwiązanie będzie wymagało stworzenia dedykowanych systemów sprzedażowych i rozliczeniowych, obecnie nieistniejących, a których szczegółowych założeń, kosztu oraz terminu ostatecznego wdrożenia Ministerstwo infrastruktury nie określiło. Nie zmienia to faktu, że pozyskanie informacji o jego stworzeniu powoduje, że trwały upadek potrzeby udzielenia zamówienia, a na pewno upadek możliwości kontynuowania postępowania na tym etapie i na obecnych warunkach zamówienia w świetle nadmienionego interesu publicznego.

W świetle powyższego, jak również treści odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiska Zamawiającego przedstawionego w toku rozprawy, należy uznać, że Zamawiający nie wykazał pierwszej z przesłanek określonych art. 255 pkt 5 ustawy Pzp tj. wystąpienia istotnej zmiany okoliczności. Co więcej – w ocenie Izby nie zostało wykazane, aby doszło do wystąpienia jakiegokolwiek zmiany okoliczności. Za taką zmianę można bowiem uznać jedynie zdarzenia faktyczne, nie zaś zdarzenia hipotetyczne, przyszłe i niepewne.

Jak podkreśla się w orzecznictwie okoliczności faktyczne to zdarzenia, fakty lub wydarzenia zaistniałe w sensie fizycznym lub ich niewystąpienie (por. wyrok NSA z dnia 10 czerwca 2010 r., sygn. akt II FSK 218/09 lub wyrok NSA z dnia 21 czerwca 2004 r., sygn. akt FSK 170/04). Okolicznością faktyczną nie może być sam proces myślowy, wnioskowanie, związek między różnymi okolicznościami faktycznymi, czy też związek z przepisami prawa lub jego wykładnią. (por. wyrok NSA z dnia 13 lipca 1994 r. sygn. akt III SA 1800/93, publ. ONSA z 1995r., Nr 3, poz.114 oraz WSA w Kielcach z dnia 5 listopada 2009 r., I SA/Ke 350/09).

W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie sposób uznać, aby przywoływane przez Zamawiającego okoliczności miały charakter zmiany o charakterze faktycznym. Zamawiający decyzję o unieważnieniu postępowania oparł o bliżej niesprecyzowane doniesienia medialne o uruchomieniu przez Ministerstwo Infrastruktury programu "Jeden bilet za 150 zł miesięcznie". Zamawiający w informacji o unieważnieniu, jak również w odpowiedzi na odwołanie nie wskazał choćby o jakie publikacje medialne chodzi. Zamawiający nie wskazał również aby informacje o uruchomieniu takiego programu znalazły się na stronie Ministerstwa Infrastruktury, nie dysponował również jakimkolwiek oficjalnym dokumentem potwierdzającym zaistnienie okoliczności na które powoływał się podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania. Należy zatem uznać, iż nie doszło do jakiegokolwiek zmiany okoliczności która uzasadniałaby rozważenie możliwości unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 5 Pzp. Wszelkie przywoływane przez Zamawiającego okoliczności miały wyłącznie charakter hipotetyczny, spekulatywny oraz odwoływały się do zdarzenia przyszłego i niepewnego, co w żadnej mierze nie może stanowić spełnienia przesłanki zmiany okoliczności.

Za zasadnością podjętej czynności nie przemawia również przywoływana przez Zamawiającego w toku rozprawy odpowiedź na interpelację poselską z dnia 16 kwietnia 2024 r. (znak: DTK-8.054.22.2024) udzielona przez Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Infrastruktury. W pierwszej kolejności należy wskazać, że dokument ten oraz treści w nim zawarte nie zostały wskazane w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 24 maja 2024 r. Niezależnie zaś od powyższego, również jej treść nie potwierdza okoliczności przywoływanych w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania. Wbrew bowiem twierdzeniom Zamawiającego nie wskazuje ona, że uruchomiono program „Jeden bilet za 150 zł miesięcznie” czy też „Ogólnopolski Bilet Zintegrowany”, lecz wprost wskazuje, iż „rozpoczęły się prace nad możliwością wprowadzenia rozwiązań, umożliwiających zakup zintegrowanego biletu

łączącego różne rodzaje transportu publicznego". Tym samym twierdzenia Zamawiającego zawarte w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, jakoby wobec stworzenia programu Ogólnopolskiego Biletu Zintegrowanego nastąpił trwały upadek potrzeby udzielenia zamówienia, a na pewno upadek możliwości kontynuowania postępowania na tym etapie i na obecnych warunkach zamówienia w świetle nadmienionego interesu publicznego. Z informacji zawartych w odpowiedzi na interpelację nie tylko nie wynika iż taki program czy system stworzono, lecz również aby rozpoczęły się nad nim jakiegokolwiek prace, gdyż jak wskazano powyżej odpowiedź ta wskazuje, że rozpoczęły się prace nad możliwością jego wprowadzenia.

Jednocześnie udzielający odpowiedzi Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Infrastruktury zaznaczył, że *na obecnym etapie - przygotowania do wdrożenia - nie określono jeszcze ostatecznej formy tego rozwiązania, a co za tym idzie daty i kosztu jego wprowadzenia*. Tym samym całkowicie bezpodstawne są rozważania Zamawiającego zawarte w informacji o unieważnieniu, wskazujące iż System Sprzedaży Internetowej będący przedmiotem unieważnionego postępowania nie będzie odpowiadał wymogom postawionym przez Ministerstwo Infrastruktury, jak również odnośnie konieczności ponoszenia dodatkowych, wysokich kosztów utrzymania lub dostosowania Systemu Sprzedaży Internetowej

w przyszłości do ogólnopolskich systemów powstałych w wyniku realizacji wspomnianego programu albo wręcz ponoszenia kosztów utrzymywania Systemu Sprzedaży Internetowej równoległe z powstałymi w przyszłości systemami w ramach Ogólnopolskiego Biletu Zintegrowanego. Twierdzenia te wobec stanowiska Ministerstwa Infrastruktury, tj. wobec braku jakichkolwiek potwierdzonych informacji odnośnie właściwości Ogólnopolskiego Biletu Zintegrowanego oraz braku choćby przybliżonego terminu rozpoczęcia prac nad jego wdrożeniem należy uznać wyłącznie za hipotezy i spekulacje Zamawiającego, niemające oparcia w danych. Co więcej hipotezom tym przeczy stanowisko samego Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że u podstawy koncepcji Ogólnopolskiego Biletu Zintegrowanego nie leży zastąpienie systemów sprzedażowych przewoźników jednym rozwiązaniem, ale ich elastyczna integracja.

Wobec powyższego należy jednoznacznie stwierdzić, iż w stanie faktycznym określonym przez Zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowanie nie doszło do wskazywanej przez Zamawiającego zmiany okoliczności, która mogłaby stanowić przyczynek lub podstawę do rozważenia zasadności unieważnienia przedmiotowego postępowania. W tej sytuacji za bezprzedmiotowe należy uznać rozważanie wystąpienia pozostałych przesłanek określonych w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp tj. istotności zmiany okoliczności, związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zmianą a interesem publicznym czy też możliwością wcześniejszego przewidzenia zmiany. Wszelkie rozważania w tym zakresie musiałyby się bowiem siłą rzeczy sprowadzać do oceny ww. przesłanek w odniesieniu do zdarzenia nieistniejącego tj. zmiany okoliczności, która w przedmiotowym stanie faktycznym nie miała miejsca.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....