

WYROK

Warszawa, dnia 4 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2024 r. przez wykonawcę ARBUD INVESTMENT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut Badawczy Leśnictwa z siedzibą w Raszynie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Instytutowi Badawczemu Leśnictwa z siedzibą w Raszynie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Instytut Badawczy Leśnictwa z siedzibą w Raszynie i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę ARBUD INVESTMENT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę ARBUD INVESTMENT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.2. Zasądza od zamawiającego Instytutu Badawczego Leśnictwa z siedzibą w Raszynie na rzecz wykonawcy ARBUD INVESTMENT spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez: wykonawcę ARBUD INVESTMENT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu.
 - 2.3. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy ARBUD INVESTMENT spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania.

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

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Instytut Badawczy Leśnictwa z siedzibą w Raszynie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn.: „Dostawa wraz z montażem i uruchomieniem kompletnej instalacji kaskady pomp ciepła oraz kotłów gazowych w budynkach B i C Instytutu Badawczego Leśnictwa”, nr referencyjny: ZP39-239005.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 7 sierpnia 2023 r., nr

2023/S 150-478597.

W postępowaniu tym ARBUD INVESTMENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu (dalej: „Odwołujący”) 15 lutego 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 5) Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na stwierdzenie, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, pomimo że okoliczności wskazane przez Zamawiającego nie uzasadniają wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, a także Zamawiający nie wykazał, że nie można było tych okoliczności wcześniej przewidzieć.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert w ramach postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób prawidłowy — nie unieważniłby postępowania, bowiem nie zaistniały przesłanki dokonania tej czynności, a oferta Odwołującego miałaby szansę zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący argumentował, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę, przez niezyskanie zamówienia, które zdaniem Odwołującego powinno zostać udzielone Odwołującemu. W rezultacie Odwołujący nie uzyska korzyści płynących z realizacji zamówienia m.in. w postaci zysku z tytułu realizacji zamówienia oraz poświadczenia należytego wykonania zamówienia.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że pismem z dnia 9 lutego 2024 r. Zamawiający, zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 5) Pzp. W ocenie Odwołującego, w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania, Zamawiający nie wykazał przesłanek o których mowa w art. 255 pkt 5 Pzp, m. in.:

1) wystąpienia zmiany okoliczności;

Odwołujący wyjaśnił, że jak wskazano w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy PZP (komentarz do art. 255 pkt 5, str. 766) „*zmiana okoliczności musi faktycznie zaistnieć, nie wystarczy tylko możliwość jej zaistnienia.*” Tymczasem, w ocenie Odwołującego, w niniejszym postępowaniu wymienione przez Zamawiającego „*dwie ważne okoliczności*” mają charakter hipotetyczny, bowiem dotyczą zmian zapowiadanych (przyszłych i niepewnych), a nie zmian, które już się dokonały. Ponadto, Odwołujący poniósł, że w zakresie drugiej ze wskazanych przez Zamawiającego okoliczności Zamawiający nie wykazał, że analiza opłacalności inwestycji według stanu na 1 stycznia 2024 r. faktycznie została przeprowadzona (brak konkretnych danych w uzasadnieniu unieważnienia), a nawet jeśli została przeprowadzona, to Zamawiający nie wykazał, że zwrot inwestycji „*po kilkudziesięciu latach*” (prawidłowość wskazania takiego okresu również nie została przez Zamawiającego wykazana) stanowi zmianę okoliczności w stosunku do pierwotnych założeń Zamawiającego;

2) istotności zmiany;

Odwołujący powołując się na stanowisko wyrażone w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy PZP (komentarz do art. 255 pkt 5, str. 766) „*obowiązek unieważnienia postępowania uzależniony jest od tego, by zmiana okoliczności była istotna (w znaczeniu: duża, znaczna)*”, wskazał, że jego zdaniem w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu, że wskazywane zmiany (nawet jeżeli wystąpiły, co nie zostało wykazane) mają charakter zmian istotnych, w szczególności nie wykazano, że potencjalny zwrot inwestycji „*po kilkudziesięciu latach*” (prawidłowość wskazania takiego okresu również nie została przez Zamawiającego wykazana) stanowi istotną zmianę, bowiem nie wiadomo, jakie były pierwotne założenia Zamawiającego dotyczące okresu zwrotu inwestycji, wynikające chociażby z przygotowanej przed wszczęciem postępowania analizy potrzeb i wymagań.

3) faktu, że zmiana okoliczności powoduje upadek potrzeby udzielenia zamówienia lub kontynuowania postępowania w świetle interesu publicznego;

Odwołując się do poglądu wyrażonego w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy PZP (komentarz do art. 255 pkt 5, str. 766), Odwołujący wskazał, że „*interes publiczny nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem zamawiającego*”. Zdaniem Odwołującego, w niniejszym postępowaniu nawet gdyby uznać, że zmiana okoliczności zaistniała i ma charakter istotny (co nie zostało wykazane), to w ramach uzasadnienia unieważnienia nie wykazano — zwraca uwagę powoływanie się jedynie na argumentację dotyczącą sytuacji Zamawiającego, w tym konieczności zapewnienia stabilności jego budżetu — że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

4) obiektywnej nieprzewidywalności zmiany;

Odwołujący wyjaśnił, że - jak wskazano w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy PZP (komentarz do art. 255 pkt 5, str. 767) „*Ze stylizacji przepisu („czego nie można było wcześniej przewidzieć”) wnika, 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*”. Tymczasem w niniejszym postępowaniu nawet gdyby uznać, że zmiana okoliczności zaistniała, ma charakter istotny i jednocześnie powoduje upadek potrzeby udzielenia zamówienia lub kontynuowania postępowania w świetle interesu publicznego (co jednak zdaniem Odwołującego nie zostało wykazane), to – w ocenie Odwołującego - Zamawiający nie wykazał, że w chwili wszczęcia postępowania, przy dołożeniu należytej staranności, nikt nie zdołałby przewidzieć zmiany okoliczności i jej wpływu na kolizję interesu publicznego z prowadzeniem postępowania lub wykonaniem zamówienia.

Następnie Odwołujący argumentował, że wskazane w uzasadnieniu unieważnienia okoliczności nie uzasadniają wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, oraz nie są to okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć.

Odwołujący przypomniał, że Zamawiający argumentuje unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 5):

a) Zapowiedziami regulacji prawnych na poziomie UE w zakresie wprowadzenia nowych czynników chłodniczych i wycofywania obecnie stosowanych jako zbyt mocno ingerujące w środowisko naturalne - głównie w warstwę ozonową Ziemi.

b) Zapowiedziami dużych środków z UE jakie mają wspierać transformację energetyczną w Polsce.

c) Nowymi stawkami za energię elektryczną oraz paliwo gazowe, powodującymi zwrot inwestycji po kilkudziesięciu latach.

Ad pkt a)

W ocenie Odwołującego argument o „*zapowiadanych regulacjach prawnych na poziomie UE w zakresie wprowadzenia nowych czynników chłodniczych i wycofywania obecnie stosowanych jako zbyt mocno ingerujące w środowisko naturalne - głównie w warstwę ozonową Ziemi*” jest bezzasadny w odniesieniu do podstawy unieważnienia postępowania (tj. art. 255 pkt 5) Pzp). „*Zapowiadane regulacje*” nie są w istocie żadną zmianą okoliczności, lecz co najwyżej podstawą możliwej przyszłej zmiany okoliczności. W przypadku przepisów dopiero zapowiadanych czy projektowanych, nie jesteśmy w stanie w sposób obiektywny stwierdzić co ostatecznie znajdzie się w ich treści. Próby przewidzenia treści zapowiadanych przepisów są jedynie spekulacją, obarczoną wysokim stopniem ryzyka popełnienia błędu. Uchwalenie ww. regulacji prawnych o treści przewidywanej przez Zamawiającego jest w istocie zdarzeniem przyszłym i niepewnym, które to nie może być podstawą unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5). Odwołujący powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO z 22.06.2015 r., KIO 1089/15.

W ocenie Odwołującego, w świetle powyższego, bezzasadnym jest argument Zamawiającego, jakoby wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, gdyż w istocie nie nastąpiła żadna zmiana okoliczności a jedynie przewidywania Zamawiającego co do zdarzenia przyszłego i niepewnego.

Ad pkt b)

Zdaniem Odwołującego, argument o „*zapowiadanych dużych środkach z UE jakie mają wspierać transformację energetyczną w Polsce*”, również jest bezzasadny w odniesieniu do podstawy unieważnienia postępowania (tj. art. 255 pkt 5) Pzp). Powołując się na już wcześniej przytoczoną argumentację, pojawienie się „*zapowiadanych*” środków jest w istocie zdarzeniem przyszłym i niepewnym, które to nie może być podstawą unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5) Pzp.

Odwołujący argumentował, że „*zapowiedzi*” dofinansowania jakiegokolwiek typu działalności ze środków Unii Europejskiej są obarczone dużym stopniem ryzyka co do faktu jak i terminu w jakim takie dofinansowanie mogłoby się pojawić. Jest to w istocie decyzja polityczna, która pomimo wcześniejszych zapowiedzi może ulec drastycznym zmianom. Określenie więc takich „*zapowiedzi*” jako zdarzenie przyszłe i niepewne wydaje się więc zasadne, co pociąga za sobą wniosek, że i w tym przypadku nie występuje istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, gdyż w istocie nie następuje żadna zmiana okoliczności.

Ad pkt c)

Zdaniem Odwołującego, argument o „*nowych stawkach za energię elektryczną oraz paliwo gazowe, powodujących zwrot inwestycji po kilkudziesięciu latach*” również jest bezzasadny w odniesieniu do podstawy unieważnienia postępowania (tj. art. 255 pkt 5) Pzp). Odwołujący podkreślił, że wskazany przepis posługuje się sformułowaniem „*czego nie można było wcześniej przewidzieć*” w odniesieniu do wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Błędnym byłoby założenie, że nie można było wcześniej przewidzieć ewentualności zmiany cen energii elektrycznej lub paliwa gazowego. Fluktuacja cen na rynku, czy to energii elektrycznej, czy paliwa gazowego jest całkowicie naturalnym zjawiskiem rynkowym, Fakt, że Zamawiający nie

przewidział ewentualności zmiany cen, nie oznacza, że obiektywnie nie dało się tego zrobić. Odwołujący powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO z 3.10.2022 r., KIO 2430/22, w świetle którego, zdaniem Odwołującego, możliwość zmiany cen energii elektrycznej czy paliwa gazowego, czyli powszechnie występujące zjawisko rynkowe, nie może zostać uznane za sytuację występującą „wbrew zwyczajnemu biegowi rzeczy, którego należałoby racjonalnie oczekiwać” lub jako „zdarzenie wyjątkowe”. W związku z powyższym argument Zamawiającego, że pojawienie się nowych stawek za energię elektryczną oraz paliwo gazowe stanowiło sytuację, której nie dało się wcześniej przewidzieć jest nietrafiony, a więc i w tym przypadku dyspozycja art. 255 pkt 5) nie została wypełniona.

Odwołujący zauważył, że przepis art. 225 pkt 5) Pzp uzależnia możliwość unieważnienia postępowania od łącznego spełnienia przesłanek:

a) Wystąpienia istotnej zmiany okoliczności;

b) Efektu zmiany okoliczności, powodującego, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym;

c) Braku możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia ww. okoliczności.

W ocenie Odwołującego, w świetle brzmienia art. 255 pkt 5) Pzp oraz przytoczonego stanowiska KIO, unieważnienie postępowania przez Zamawiającego byłoby zasadne jedynie w przypadku uznania, że wszystkie z przesłanek zostały spełnione. Zdaniem Odwołującego, w niniejszym postępowaniu nie zostały spełnione jednak przesłanki wystąpienia istotnej zmiany okoliczności oraz braku możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia ww. okoliczności, co powoduje, że dokonane przez Zamawiającego unieważnienie postępowania stanowi naruszenie art. 255 pkt 5).

Odwołujący stoi na stanowisku, że czynność unieważnienia postępowania jest wadliwa, gdyż naruszona została dyspozycja art. 255 pkt 5) Pzp, w szczególności przez unieważnienie postępowania przez Zamawiającego mimo braku spełnienia przesłanek wystąpienia istotnej zmiany okoliczności oraz braku możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia tej okoliczności.

Odwołujący podkreślił, że przepisy ustawy Pzp regulujące unieważnienie postępowania należy interpretować zawężająco w celu ograniczenia nadużywania uprawnień w zakresie możliwości korzystania z unieważnienia postępowania. Wprowadzone w ustawie ograniczenia mają na celu uniknięcie dowolności działań Zamawiającego, stwarzającą gwarancję pewności obrotu dla wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Zastosowanie wykładni rozszerzającej tych przepisów prowadziłoby do stworzenia regulacji dającej wprost nieograniczone możliwości unieważniania postępowań o zamówienie publiczne.

Odwołujący przywołał tezy wyroków KIO z 28.04.2023 r., KIO 1068/23, wyrok KIO z 15.06.2022 r., KIO 1438/22 oraz wyrok SO Warszawa Prawa w Warszawie z dnia 29.05.2012 r., sygn. akt IV Ca 527/11.

W złożonej pismem z 28 lutego 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści protokołu postępowania sporządzonego na drugi ZP-PN, ustalono, że w przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało 6 ofert.

Pismem z 9 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania o udzielenie tego zamówienia publicznego. Zamawiający podał następującą podstawę prawną: „W postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zgodnie z 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.”

Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne: „Proces inwestycyjny związany z planami zainstalowania

pomp ciepła w IBL rozpoczął się w czerwcu 2022 roku. Był to czas kiedy na rynku energii panowała ogromna niepewność co do relacji cen między kosztami energii elektrycznej oraz paliwa gazowego (ciepło w IBL wytwarzane jest w 100 % przez piece gazowe). Prace projektowe wraz z czasem niezbędnym do uzyskania zezwoleń trwały ponad 16 miesięcy. W międzyczasie pojawiły się dwie ważne okoliczności, które do dnia dzisiejszego nie zostały do końca wyjaśnione, a które mając na uwadze skalę przedsięwzięcia, w tym jego koszty należy uwzględnić. Pierwsza z nich dotyczy zapowiadanych regulacji prawnych na poziomie UE w zakresie wprowadzenia nowych czynników chłodniczych i wycofywania obecnie stosowanych jako zbyt mocno ingerujące w środowisko naturalne – głównie w warstwę ozonową Ziemi, Druga związana jest z zapowiedziami dużych środków z UE jakie mają wspierać transformację energetyczną w Polsce.

W przypadku pierwszej okoliczności Instytut jako podmiot związany z szeroko rozumianym środowiskiem naturalnym, któremu leżą na sercu aspekty ochrony środowiska chciałby przeprowadzić inwestycje, gdzie rozwiązania będą w pełni ekologiczne, w tym również czynnik chłodzący wykorzystany w zestawie pomp ciepła - R407C, który jest czynnikiem o wysokim wskaźniku niestabilności, a co za tym idzie powoduje dużo problemów w razie rozhermetyzowania się układu, bowiem wówczas z mieszaniny migruje frakcja bardziej lotna, a w układzie zostaje substancja, o której praktycznie nic nie wiadomo.

W przypadku drugiej okoliczności, Instytut podjął działania aby w ciągu najbliższych 6 miesięcy dokonać pełnego rozpoznania możliwości realizacji zaplanowanej inwestycji ze wsparciem środków publicznych. Mając na uwadze, że obecnie budżet Zamawiającego jest w fazie planowania, a środki z transformacji energetycznej finansowanej ze środków UE nie są zapewnione, inwestycja może znacząco wpłynąć na stabilność budżetu.

Aby w pełni świadomie i na podstawie przesłanek merytorycznych podjąć decyzje, Instytut zlecił przygotowanie analizy opłacalności inwestycji według stanu na 1 stycznia 2024 r. Jej wyniki uwzględniając nowe stawki za energię elektryczną oraz paliwo gazowe wskazują, że przy nie zmienionych uwarunkowaniach jej zwrot nastąpi po kilkudziesięciu latach.

W takie sytuacji o opłacalności inwestycji zdecyduje uzyskanie wsparcia z środków publicznych.

Mając na uwadze powyższe, Instytut zmuszony jest unieważnić postępowanie na podst. art. 255 pkt 5 Pzp, jako że dalsze procedowanie może narazić Zamawiającego na niegospodarność i naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Jeśli uwarunkowania rynkowego oraz formalne nie ulegną zmianie, a Instytut w wyniku pełnego rozpoznania możliwości wsparcia finansowego wymienionej inwestycji uzna, że musi ją zrealizować z własnych środków, podejmie taką decyzję w III kw. 2024 r. Na podstawie przygotowanej oraz zweryfikowanej dokumentacji projektowej ogłosi ponownie przetarg publiczny, o czym powiadomi wszystkich oferentów uczestniczących w unieważnionym postępowaniu.”

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią 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.

Wykładnia powyższej przesłanki unieważnienia postępowania prowadzi do wniosku, że wszystkie okoliczności, o jakich mowa w treści art. 255 pkt 5 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie. Ponadto, przepis nie może być interpretowany rozszerzająco, ponieważ co do zasady celem postępowania o zamówienie jest zawarcie umowy i tym samym dążenie do realizacji przedmiotu zamówienia, tym samym unieważnienie postępowania to wyjątek, czemu dał wyraz ustawodawca określając precyzyjnie i bardzo oszczędnie sytuacje, w których może do tego dojść.

W celu ustalenia, czy mamy w okolicznościach danego postępowania możliwość skorzystania z dyspozycji art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, należy ustalić, czy:

- 1)wystąpiła istotna zmiana okoliczności,
- 2)która spowodowała, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym,
- 3)nie można było jej przewidzieć.

W doktrynie przedmiotu i w orzecznictwie wskazuje się, że nowe okoliczności faktycznie muszą wystąpić, nie wystarczy jedynie potencjalna możliwość ich wystąpienia. Zmiana okoliczności musi być istotna, czyli znacząca, nie chodzi więc o jakąkolwiek zmianę. Ponadto powinna być to zmiana niewykreowana przez samego zamawiającego, niezależna wobec zamawiającego i mieć trwały charakter, co oznacza, że w istotnej z punktu widzenia wykonania zamówienia perspektywie czasowej zmiana ma charakter nieodwracalny. Zmiany takiej obiektywnie nie można przewidzieć, tj. nie tylko przez zamawiającego, ale również przez każdy podmiot działający z zachowaniem należytej staranności. Istotne jest przy tym aby skutkiem opisywanej zmiany okoliczności był 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. Innymi słowy brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub wykonaniu zamówienia powinien być bezpośrednim rezultatem nieprzewidywalnej zmiany okoliczności o istotnym charakterze (vide Komentarz PZP M. Jaworska 2023, wyd. 5, Legalis i wskazane tam orzecznictwo).

Odnosząc powyższe do okoliczności tej sprawy odwoławczej, Izba uznała, że odwołanie jest zasadne.

W uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania o zamówienie, Zamawiający powołał się na dwie główne okoliczności, uzasadniające w jego ocenie, możliwość zastosowania art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, tj. *„zapowiadane regulacje prawne na poziomie UE w zakresie wprowadzenia nowych czynników chłodniczych i wycofywania obecnie stosowanych jako zbyt mocno ingerujące w środowisko naturalne”* oraz drugi powód związany z *„zapowiedziami dużych środków z UE jakie mają wspierać transformację energetyczną w Polsce”*.

W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał aby powyższe powody unieważnienia postępowania, podane w uzasadnieniu pisma z 9 lutego 2024 r. wpisywały się w przesłanki unieważnienia postępowania, o jakich mowa w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się do pierwszego z ww. podanych powodów, tj. zapowiadanych regulacji prawnych w zakresie nowych czynników chłodniczych i wycofywania obecnie stosowanych, Zamawiający uzasadnił, że jako podmiot z szeroko rozumianym środowiskiem naturalnym chciałby przeprowadzić inwestycję, której rozwiązania będą w pełni ekologiczne. W odpowiedzi na odwołanie, w pkt 3.1 str. 8 i 9, Zamawiający doprecyzował powyższe stanowisko powołując się na komunikat prasowy z 5 października 2023 r. Wskazać jednak należy, że jest to porozumienie polityczne i ma charakter wstępny, co wynika wprost z jego treści. Ponadto, jak wykazał Odwołujący, pierwsze wzmianki prasowe na temat podjęcia negocjacji w prawie warunków wycofania z użycia gazów fluorowanych pojawiły się już na początku kwietnia 2023 r. Pomijając kwestię, że mowa o komunikatach prasowych na temat podejmowanych działań zmierzających do przyjęcia w przyszłości rozwiązań prawnych, w sytuacji gdy takie komunikaty są dla Zamawiającego źródłem wiedzy, zgodzić się należy z Odwołującym, że miał on wiedzę na temat podejmowanych działań już na etapie przygotowania postępowania o to zamówienie publiczne. Nie można wobec tego zgodzić się z Zamawiającym, aby okoliczność ta nie była możliwa do przewidzenia na etapie planowania postępowania o zamówienie. Ponadto cały czas trzeba pamiętać, że mamy do czynienia z pewnymi działaniami zmierzającymi do podjęcia prac legislacyjnych, które na obecnym etapie są w fazie porozumień, negocjacji czy konsultacji. Z samego komunikatu prasowego, na który w odpowiedzi na odwołanie powołał się Zamawiający wynika bowiem wprost, że *„Oba wstępne porozumienia zostaną teraz przekazane do zatwierdzenia przedstawicielom państw członkowskich w Radzie (Coreper) i parlamentarnej Komisji Środowiska. Po zatwierdzeniu, aby wejść w życie, przepisy muszą zostać formalnie przyjęte przez obie instytucje, a następnie opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE.”*

Odnosząc się do drugiej z podanych w uzasadnieniu z 9 lutego 2024 r. przyczyn, w ocenie Izby, również w tym zakresie Zamawiający nie wykazał, aby wpisywała się ona w przesłankę unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp. Argument, że na obecnym etapie *„inwestycja może znacząco wpływać na stabilność budżetu”* Zamawiającego nie uzasadnia unieważnienia postępowania w oparciu o zastosowaną przesłankę. Zamawiający rozwinął powyższe w odpowiedzi na odwołanie w pkt 3 str. 6 – 8, jednak podana tam argumentacja nie uzasadnia w ocenie Izby prawidłowości unieważnienia postępowania. Zamawiający wyjaśnił, że proces inwestycyjny rozpoczął się w czerwcu 2022 r., kiedy to podjęto kroki do przygotowania dokumentacji projektowej. W styczniu 2023 r. Zamawiający przeprowadził rachunek symulacyjny umożliwiający ocenę opłacalności inwestycji. Następnie Zamawiający wskazał, że *„Rozpoczynając nowy rok budżetowy 2024 r. i zamykając rok 2023 zmieniła się sytuacja ekonomiczna Zamawiającego. Szacowany wynik finansowy na 2024 r. wygląda odmiennie od tego, który był znany Zamawiającemu w II połowie 2023 r. kiedy zapadała decyzja o uruchomieniu przetargu.”* Ponadto Zamawiający wskazał, że *„W okresie od uruchomienia działań dotyczących zamówienia do czasu jego unieważnienia, czyli od 7 sierpnia 2023 r. do 9 lutego 2024 r. nastąpiły zmiany uwarunkowań realizacji zaplanowanej inwestycji (...) stawki za energię elektryczną oraz paliwo gazowe znacznie wzrosły do poziomu 0,67 zł/kWh energii elektrycznej i 0,25518 zł/kWh za paliwo gazowe (odpowiednio z poziomu 0,2969 zł/kWh – energia elektryczna i 0,11606 zł/kWh za paliwo gazowe), co sprawiło, że okres zwrotu inwestycji znacznie się wydłużył, co z kolei sprawiło, że opłacalność inwestycji tylko z środków własnych Zamawiającego znacznie się obniżyła (...) z końcem 2023 r. pojawiła się realna szansa, a na dzień 27 lutego 2024 r. potwierdzono informację, że środki z KPO oraz Funduszy Spójności zostaną dla Polski uruchomione a ich duża część zostanie przeznaczona na transformację energetyczną (...).”* Z powyższego wynika, że w istocie głównym powodem decyzji Zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania są kwestie finansowe, związane z pojawieniem się możliwości skorzystania z finansowania w ramach programu z KPO i Funduszy Spójności przy jednoczesnej niechęci Zamawiającego do sfinansowania zamówienia ze środków własnych, wobec powyższej możliwości. O powyższym świadczy też okoliczność, że Zamawiający mimo unieważnienia tego postępowania, nadal podtrzymuje chęć jego przeprowadzenia. Nie jest więc tak, że realizacja zamówienia sama w sobie przestała leżeć w interesie Zamawiającego, ze stanowiska Zamawiającego wynika, że to tylko tymczasowa sytuacja i po ewentualnym pozyskaniu finansowania z powyższych środków zewnętrznych Zamawiający powróci do pomysłu realizacji przedmiotu tego zamówienia.

Argumentacja o nieopłacalności inwestycji nie jest dla Izby przekonująca. W załączniku nr 5 do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w swoich wyliczeniach uwzględnił wyższą stawkę za paliwo gazowe (wyższą wobec

wynikającej z aktualnej umowy) i mimo to z symulacji tej wynika, że inwestycja jest opłacalna. Odmienne stanowisko wynika dopiero z analizy datowanej na 31 stycznia 2024 r., która jednak nie uwzględnia planowanej inwestycji fotowoltaicznej, co miało miejsce w symulacji wskazanej w załączniku nr 5. Nie jest dla Izby jasne dlaczego taka analiza została przeprowadzona dopiero na tym etapie postępowania, a nie gdy planowano inwestycję.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne, a stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym w uzasadnieniu czynności z 9 lutego 2024 r. Zamawiający nie wykazał, że ziszczył się przesłanki unieważnienia z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp jest słuszne. Powyższe skutkowało uwzględnieniem odwołania i w konsekwencji nakazaniem unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, której Zamawiający dał wyraz pismem z 9 lutego 2024 r.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: