Sygn. akt: KIO 185/24 Warszawa, 16 lutego 2024 roku

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aneta Mlącka

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2024 roku przez Odwołującego Tronus Polska sp. z o.o. (ul. Ordona 2a, 01-237 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego PZH – Państwowy Instytut Badawczy (ul. Chocimska 24, 00-791 Warszawa)

orzeka:

1.oddala odwołanie

2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego Tronus Polska sp. z o.o. (ul. Ordona 2a, 01-237 Warszawa) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Tronus Polska sp. z o.o. (ul. Ordona 2a, 01-237 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania.

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: ….……

Sygn. akt: KIO 185/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego PZH -Państwowy Instytut Badawczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „dostawa i montaż wyposażenia gastronomicznego (urządzenia, meble) na potrzeby utworzenia klasopracowni w 5 lokalizacjach w Polsce w ramach projektu pod nazwą „Przeprowadzenie badań naukowych z zakresu żywienia dzieci i młodzieży oraz opracowanie i wdrożenie programu edukacji żywieniowej uczniów klas I-VI szkół podstawowych. Akronim: Junior - Edu-Żywienie (JEŻ) polegającego na opracowaniu i wdrożeniu ogólnopolskiego programu edukacji żywieniowej uczniów klas I-VI szkół podstawowych oraz przeszkoleniu nauczycieli szkół w zakresie optymalnego żywienia dzieci finansowanego przez MEIN - Ministra Edukacji i Nauki".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 27 września 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 186-583124.

Odwołujący Tronus Polska sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 255 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 260 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez unieważnienie postępowania, pomimo nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności, która mogłaby powodować, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leżałoby w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, a ponadto uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania jest dokonane w sposób ogólnikowy, nie dający możliwości jednoznacznego ustalenia tego, jakie przyczyny faktyczne i prawne decydować miały o zasadności unieważnienia;

2)art. 257 pkt 1 w zw. z art. 260 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez unieważnienie postępowania, pomimo iż nie wystąpiła sytuacja, w której nie zostały Zamawiającemu przyznane środki publiczne, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, a ponadto uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania jest dokonane w sposób ogólnikowy, nie dający możliwości jednoznacznego ustalenia tego, jakie przyczyny faktyczne i prawne decydować miały o zasadności unieważnienia;

3)art. 255 pkt 6 w zw. z art. 260 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, iż nie wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada postępowania, która uniemożliwiałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a ponadto uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania jest dokonane w sposób ogólnikowy, nie dający możliwości jednoznacznego ustalenia tego, jakie przyczyny faktyczne i prawne decydować miały o zasadności unieważnienia.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonanie czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający ponownie unieważniając postępowanie w dniu 08.01.2023 r. podał jako pierwszą podstawę wymienioną w art. 255 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazał, że w przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadnienie faktyczne podane w zawiadomieniu o tej

czynności musi zawierać informacje w zakresie wszystkich trzech przesłanek unieważnienia postępowania wynikających z tego przepisu, to jest 1) że wystąpiła istotna zmiana okoliczności, 2) że wystąpienie tej zmiany powoduje, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz 3) że nie można było wcześniej przewidzieć wystąpienia tej zmiany ani tego, iż spowoduje ona, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania wskazał, że ośrodki, w których miały być zrealizowane dostawy objęte przedmiotem zamówienia są „zupełnie niezdolne do wykonania równoległych do prowadzenia postępowania niezbędnych prac przygotowawczych w celu stworzenia klasopracowni".

Zdaniem Odwołującego, tego rodzaju okoliczność nie stanowi istotnej zmiany okoliczności o znaczeniu obiektywnym i sprawdzalnym. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że brak jest możliwości stwierdzenia, aby te okoliczności wystąpiły w taki sposób, aby nie było możliwe ich przewidzenie przez Zamawiającego, przy dochowaniu przez niego należytej staranności. Odwołujący wskazał nadto, że Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania naruszył istotnie art. 260 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie wskazał w decyzji z dnia 08 stycznia 2024 roku, jakie miałyby być to prace, o jakiej skali, znaczeniu, ani też tego, w których lokalizacjach miałyby takie okoliczności wystąpić.

Zdaniem Odwołującego, przedstawione przez Zamawiającego analizy celowości odnoszące się do nowego pomysłu na realizację projektu *„(...) realizacja zamówienia będzie opierać się na większych ośrodkach akademickich zlokalizowanych w różnych częściach Polski co pozwoli dotrzeć do szerokiej grupy odbiorców i zrealizować założone cele projektu w pełnym zakresie"* także nie ma waloru okoliczności obiektywnej. Nie oznacza to istotnej zmiany okoliczności, a jedynie pojawienie się u Zamawiającego (okoliczność subiektywna) odmiennego pomysłu na realizację zamówienia. Ujawnienie tego rodzaju analiz ok. 4 miesiące po wszczęciu postępowania trudno również uznać za działanie, które potwierdzałoby brak możliwości jej przewidzenia przy zachowaniu przez Zamawiającego należytej staranności. Nie jest to także okoliczność niezależna od Zamawiającego. To również dyskwalifikuje możliwość zastosowania art. 255 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zwrócił uwagę na brak wykazania przez Zamawiającego, iż brak jest interesu publicznego w prowadzeniu postępowania czy realizacji zamówienia. Zamawiający wybrał lokalizacje, w których miały być wykonane dostawy. W lokalizacjach tych przedmiot zamówienia miał spełniać potrzeby lokalnych społeczności. Nawet jeśli obecnie Zamawiający ma pomysł na realizację podobnego zamówienia w innych miejscach, nie oznacza to, że odpadł interes publiczny w realizacji zadania zgodnie z treścią SWZ.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek umożliwiających zastosowanie art. 255 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie wykazał również adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego tzn. np. tego, aby brak interesu publicznego był rezultatem takiej nieprzewidywalnej, zewnętrznej i obiektywnej zmiany okoliczności o istotnym charakterze. Podstawy unieważnienia postępowania mają charakter wyjątkowy i powinny być interpretowane zawężająco.

Zamawiający unieważniając postępowanie podał także jako podstawę unieważnienia, art. 257 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wyjaśniał jego zastosowanie w taki sposób, że wg niego nie może zrealizować już zadania w okresie, na który przyznane ma mieć środki. Zamawiający wskazał, że środki te musi zwrócić. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie utożsamia taką sytuację z sytuacją, w której środki te nie zostały mu przyznane.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów ani choćby argumentacji, pokazującej, że rzeczywiście miała miejsce sytuacja, w której w toku postępowania zaszłaby sytuacja braku możliwości rozliczenia środków z dofinansowania, jakim Zamawiający dysponował wszczynając postępowanie. Powyższe stanowi o uchybieniu przez Zamawiającego wymaganiom art. 260 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaprezentowanie uzasadnienia zastosowania art. 257 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, które nie daje możliwości weryfikacji konkretnych podstaw faktycznych i prawnych, według których Zamawiający uznał, że zaszła możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie dotyczącym art. 257 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przyjęte zostało stanowisko, zgodnie z którym powyższy artykuł obejmuje wyłącznie sytuacje zgodne z literalną wykładnią tego przepisu tj. sytuacje, w których w toku postępowania Zamawiający uzyska informacje, że dofinansowanie potrzebne do sfinansowania zamówienia, o które Zamawiający się ubiegał, nie zostało mu przyznane. Zakresem tego przepisu nie są objęte inne sytuacje np. takie, w których Zamawiający finansowanie miał już przyznane, ale następnie w toku postępowania zostało ono Zamawiającemu cofnięte lub z jakiś powodów Zamawiający je utracił. Odwołujący podkreślał, że w niniejszym przypadku Zamawiający w SWZ wskazywał, że miał już wówczas przyznane środki finansowe, które chciał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (pkt 4.1 SWZ). Skoro tak, to zdaniem Odwołującego nie doszło w toku

postępowania do sytuacji, w której Zamawiający dowiedziałby się o braku przyznania tych środków. Nie było zatem żadnych podstaw do zastosowania w sprawie art. 257 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zamawiający unieważniając postępowanie wskazał, że w jego ocenie zaszły podstawy unieważnienia postępowania określone w art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wywodził to z twierdzenia, że przekroczenie określonego w pkt 5.1 SWZ terminu końcowego wykonania zamówienia (18.12.2023 r.) ma oznaczać wystąpienie w postępowaniu nie dającej się usunąć wady postępowania, mającej konsekwencje takie, jak określone w art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wada taka powoduje zdaniem Zamawiającego niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia.
Zdaniem Odwołującego, przekroczenie terminu, które wynika z długiego czasu prowadzenia postępowania, nie stanowi wady postępowania. Podobnie wady postępowania nie stanowi, to, że upłynąć miał maksymalny termin wystawienia zlecenia określającego każdorazowo zakres istotnych elementów realizacji zamówienia, na co także wskazywał Zamawiający (wg SWZ upływał on z dniem 17.11.2023 r.).
Odwołujący wskazał także, że Zamawiający terminowi wykonania zamówienia nie nadał szczególnego charakteru w samym postępowaniu. Żadne kryteria oceny ofert nie odnosiły się do deklarowanego terminu wykonania zamówienia. Zamawiający w § 12 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy (rozdział IIISWZ) przewidział możliwość terminu realizacji umowy, w tym końcowego terminów pośrednich. Klauzula ta mówi o możliwości zmiany terminu w szczególności w przypadku obiektywne uwarunkowania uniemożliwią montaż jakiejkolwiek części wyposażenia w danym Ośrodku. Takimi obiektywnymi uwarunkowaniami jest w szczególności wynikający z ustawy Prawo zamówień publicznych zakaz zawarcia umowy (art. 264 ust. 1, art. 577 ustawy Prawo zamówień publicznych). Skoro ustawa przez określony czas zakazuje zawarcia umowy, to ma to charakter obiektywny - w takich okolicznościach zakaz umowy istnieje bowiem niezależnie np. od tożsamości wykonawcy, z którym umowa miałaby być zawarta. W ocenie Odwołującego Zamawiający zupełnie bezpodstawnie, bez żadnej konkretnej argumentacji, oświadczał w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, jakoby § 12 ust. pkt 3 wzoru umowy (rozdział III SWZ) nie mógł być w tej sytuacji zastosowany. Taki sposób sformułowania uzasadnienia zaskarżonej czynności zdaniem Odwołującego stanowi naruszenie art. 260 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ogólnikowe podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania powoduje, że nie są jasno wyłożone przyczyny, którymi Zamawiający kierował się przy podejmowaniu takiej decyzji.
Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie i wskazał, że jest ono jednolite jeszcze od czasu obowiązywania poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie analogiczna przesłanka unieważnienia postępowania była przewidziana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem, upływ terminu wykonania zamówienia nie stanowi wady postępowania i nie uzasadnia to unieważnienia postępowania.
Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. W piśmie procesowym wskazał, że finansowanie przedmiotowego zamówienia miało charakter czasowy i wynikało z podpisanej w dniu 15 marca 2022 r. Umowy z Ministerstwem Edukacji i Nauki, która następnie została aneksowana. Zgodnie z § 1 ust 4 umowy o dofinansowanie Realizacja Zadania została zakończona przez Instytut w terminie do dnia 31 grudnia 2022 r. Termin ten został następnie wydłużony Aneksem nr do 31 grudnia 2023 r. Powyższa informacja została przekazana uczestnikom postępowania w dokumentach zamówienia:
„5. „Instytut jest zobowiązany wykorzystać środki finansowe na podstawie niniejszej umowy poprzez realizację wszystkich płatności w terminie do dnia 31 grudnia 2022 r." 6. Środki finansowe, o których mowa w § 2 ust. 1, niewykorzystane w terminie, o którym mowa w ust. 5, Instytut zwraca na rachunek bankowy MEiN nr*03 1010 1010 0032 5822 3000 0000,* w terminie nie dłuższym niż 15 dni od dnia wykonania Zadania."
Jak wyjaśnił Zamawiający, termin wykorzystania środków w zakresie finansowania zamówienia objętego postępowaniem został następnie przedłużony do 31 grudnia 2023 r. (punkt 3 Aneksu nr 1). Zgodnie z zawartą umową nie wykorzystane środki zostały zwrócone Ministerstwu co oznacza, iż Zamawiający nimi nie dysponuje.
Zdaniem Zamawiającego, pozbawienia zamawiającego środków finansowych na sfinansowanie inwestycji nie można inaczej rozumieć jak właśnie poprzez ich ostateczne nieprzyznanie.
Odwołujący nie kwestionował na etapie postępowania ww. przepisów, w tym dat wynikających z ww. Projektu mimo iż termin wykonania w tym postępowaniu był jedną z najistotniejszych kwestii determinujących przystąpienie do postępowania i wykonanie zamówienia
Zamawiający wskazał, że jedynie postawa Odwołującego, który złożył uprzednio odwołanie na wybór innego Wykonawcy, w opinii Zamawiającego zupełnie pozbawione podstaw prawnych i faktycznych, spowodowała brak możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający wskazał, że nie ma możliwości zrealizowania tego zamówienia w ramach

środków własnych Instytutu, w sposób który nie będzie miał istotnego wpływu, a wręcz może doprowadzić do zachwiania ciągłości realizacji, niezwykle istotnych, podstawowych zadań własnych instytutu tj. prowadzenia badań naukowych, prac rozwojowych i wdrożeniowych z zakresu nauk o zdrowiu, dostosowanych do potrzeb systemu zdrowia publicznego oraz ochrony zdrowia, w szczególności dotyczących monitorowania i analiz stanu zdrowia ludności oraz jego uwarunkowań, organizacji systemu ochrony zdrowia, bezpieczeństwa żywności oraz sposobu żywienia i stanu odżywienia człowieka, promocji zdrowia, epidemiologii, diagnostyki chorób zakaźnych, nadzoru epidemiologicznego, szczepień ochronnych, bezpieczeństwa zdrowotnego środowiska i naturalnych surowców leczniczych. Istotą realizacji zamówienia objętego przedmiotowym odwołaniem było uzyskanie zewnętrznego finansowania a nie finansowanie go ze środków własnych, których to środków Instytut nie posiadał i nie posiada.

Zamawiający wskazał, że złożył obecnie wniosek do Ministerstwa dotyczący realizacji zadania w innej formule i zakresie i o przyznanie dofinansowania na Projekt realizujący podobne cele, a nie oparł się o wewnętrzne finansowanie.

Zamawiający nie zgodził się również z twierdzeniem, że przesłanki unieważnienia postępowania były dokonane w sposób ogólnikowy, nie dający możliwości jednoznacznego ustalenia tego, jakie przyczyny faktyczne i prawne decydować miały o zasadności unieważnienia. Okoliczności skutkujące koniecznością unieważnienia tj. koniecznością rozliczenia zostały wskazane już w dokumentach zamówienia.

Zamawiający wskazał, że pierwotnie w ramach podpisanej umowy o dofinansowanie (działanie nr 5 dotyczące stworzenia infrastruktury kształcenia praktycznego uczniów i nauczycieli oraz wsparcia szkoleń praktycznych, s.25 dokumentu) grupą docelową miały być ośrodki akademickie w których odpowiednia infrastruktura miała być stworzona. Zgodnie z Aneksem nr 1 (s. 11) w istocie Ministerstwo narzuciło Zamawiającemu zmianę grupy docelowej na mniejsze, „szkolne" ośrodki kształcenia i jednocześnie, w sposób jednostronny, samodzielnie je wybrało przekazując Zamawiającemu nazwy tych ośrodków.

Zgodnie z opisem zadań (szczegółowy opis działania) Zamawiający opracował listę niezbędnego wyposażenia klasopracowni, listę wymagań technicznych, budowlanych i sanitarnych niezbędnych do zbudowania klasopracowni oraz zdefiniował kryteria wyboru ośrodka, w jakim zbudowana zostanie klasopracownia. Nie miał natomiast żadnego wpływu na wybór tych ośrodków, które ostatecznie zostały wskazane przez Ministerstwo.

Jak wskazał Zamawiający, w toku postępowania okazało się, że ośrodki w których planowano wykonanie przedmiotowych klasopracowni są (za wyjątkiem jednego ośrodka) zupełnie niezdolne do wykonania równoległych do prowadzenia postępowania niezbędnych prac przygotowawczych w celu stworzenia klasopracowni - w istocie nie spełniały wytycznych przygotowanych przez Zamawiającego. W efekcie jedynym efektem realizacji przedmiotowego zamówienia byłoby dostarczenie samego wyposażenia gastronomicznego (urządzeń, mebli), bez montażu, które nie realizowałoby celów Projektu bowiem nie tworzyłoby funkcjonalnej, kompletnej przestrzeni niezbędnej do realizacji warsztatów żywieniowych. Realizacja przedmiotowego zamówienia w tak małych ośrodkach dawałaby dostęp do edukacji żywieniowej bardzo niewielkiej grupie docelowej. Dokonana analiza zakresu projektu jednoznacznie wskazuje na niezasadność jego kontynuacji w bieżącym kształcie.

Zamawiający wskazał, że jego wolą jest kontynuacja realizacji celów projektu, jednakże sam projekt (w razie jego akceptacji) realizowany będzie w zupełnie zmienionej formule, która znacząco wpłynie na kształt postępowania o udzielenie zamówienia i na efektywność ponoszonych wydatków. Realizacja zamówienia będzie opierać się na większych ośrodkach akademickich zlokalizowanych w różnych częściach Polski co pozwoli dotrzeć do szerokiej grupy odbiorców i zrealizować założone cele projektu w pełnym zakresie. Ponadto tego rodzaju ośrodki dysponują infrastrukturą techniczną oraz możliwościami organizacyjnymi i finansowymi, niezbędnymi do uzyskania odpowiedniego poziomu technicznego powstałych klasopracowni, co pozwoli na wytworzenie przestrzeni do efektywnej organizacji warsztatów żywieniowych.

17 stycznia 2024 r. Zamawiający zwrócił się o kontynuację realizacji Projektu w zmienionej formule do Ministerstwa i oczekuje na rozpatrzenie tego dokumentu. Dopiero po uzyskaniu zgody i zapewnieniu finansowania będzie można wyłonić odpowiednie ośrodki akademickie oraz ocenić potrzeby zakupowe niezbędne do realizacji celu Projektu, które ze względu na zmianę lokalizacji i podejścia do projektu znacząco mogą odbiegać od określonych w unieważnianym postępowaniu. Zamawiający wskazał także, że nie jest pewnym, jaka będzie rola Zamawiającego w nowym projekcie. Nie jest obecnie wiadomym, w jakim zakresie i czy w ogóle obecnie realizowane zamówienie w zakresie dostaw mogłyby być przydatne do realizowania zamówienia w nowej formule.

Zamawiający nie zgodził się również z twierdzeniem dotyczącym braku możliwości jednoznacznego ustalenia tego, jakie przyczyny faktyczne i prawne decydować miały o zasadności unieważnienia postępowania.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią SWZ, z uwagi na konieczność rozliczenia Projektu pn.

„Przeprowadzenie badań naukowych z zakresu żywienia dzieci i młodzieży oraz opracowanie i wdrożenie programu edukacji żywieniowej uczniów klas I -VI szkół podstawowych Akronim: Junior - Edu-Żywienie (JEŻ), realizacja zamówienia miała zakończyć się do 18 grudnia 2023 r.

Podpisanie umowy i wykonanie zamówienia na warunkach, w tym terminach określonych w Projektowanych Postanowieniach Umowy oraz w opisie przedmiotu zamówienia jest obecnie niemożliwe co jest równoznaczne z wystąpieniem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jak wyjaśniał Zamawiający, informacja o terminie wykonania miała istotny wpływ zarówno na potencjalny krąg Wykonawców (w istocie, z uwagi na istotne ryzyko związane z krótkim terminem realizacji zamówienia, determinowała liczbę Wykonawców którzy złożyli oferty), jak i na treść złożonych ofert, nie można więc wywodzić tezy, iż w tym postępowaniu jest to „standardowe" uregulowanie odnoszące się do terminu.

Zdaniem Zamawiającego, klauzula umowna określona w § 12 ust 2 pkt 3 Projektowanych Postanowień Umowypowinna być interpretowana w kontekście wszystkich postanowień dokumentów zamówienia, a więc także w kontekście możliwości rozliczenia środków projektowych. Zamawiający zwrócił uwagę, iż ww. klauzula nie miała charakteru automatycznego. Wymagała sporządzenia Aneksu, a więc zgody obydwu stron i ustalenia zakresu dokonanych zmian.

W opinii Zamawiającego, ewentualne dostosowanie terminów realizacji, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców tj. w istocie odtworzenia warunków występujących w dniu wyznaczonym na składanie ofert w terminie dokonania zmiany, biorąc pod uwagę:

a)znaczny upływ czasu a więc możliwą dezaktualizację oferowanych cen, w tym nie tylko z powodów inflacyjnych ale także przynależnych skonkretyzowanemu Wykonawcy (np. dostępność do dostaw objętych przedmiotem zamówienia po innych cenach) przy upływie terminu związania ofertą, a więc możliwości uchylania się niektórych Wykonawców od podpisania umowy;

b)brak wskaźników waloryzacyjnych i sposobu dokonywania waloryzacji w umowie;

c)ustalenia pierwotnej daty zarówno wystawienia zlecenia jak i daty końcowej realizacji zamówienia datą kalendarzową;

d)konieczność poszukiwania zewnętrznych źródeł finansowania, z uwagi na brak możliwości sfinansowania zamówienia środkami własnymi, co spowoduje brak możliwości rozstrzygnięcia postępowania w najbliższej przyszłości,

w istocie doprowadzi do udzielenia nowego zamówienia, w istocie na nowych warunkach, bez względu na stopień starań Zamawiającego.

Jak dalej wskazał Zamawiający, konieczność unieważnienia postępowania jest spowodowana obiektywnymi okolicznościami związanymi z brakiem możliwości zapewnienia finansowania zamówienia wynikającym z zakończenia umowy dofinansowującej projekt i dokonania zwrotu środków; brakiem możliwości realizacji zamówienia w terminach określonych w dokumentach zamówienia; koniecznością zmiany sposobu realizacji celów Projektu w ramach nowego dofinansowania w zakresie obecnie nie ustalonym.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 257 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego albo zaproszeniu do negocjacji – w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że Zamawiający zawarł w treści ogłoszenia o zamówieniu informację o możliwości unieważnienia postępowania na podstawie przesłanki określonej w art. 257 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie było także sporu pomiędzy stronami co do okoliczności faktycznych. Termin realizacji zamówienia stosownie do treści SWZ upływał 18 grudnia 2023 roku. Jak wyjaśnił Zamawiający, ustalenie terminów wykonania zamówienia datą kalendarzową wynikało z terminów wynikających z Projektu.

Odwołujący nie kwestionował złożonego jako dowód przez Zamawiającego dokumentu w postaci Aneksu nr 1 do umowy nr MEiN/2022/DPI/97 zawartej w dniu 17 marca 2022 roku pomiędzy Zamawiającym a Ministerstwem Edukacji i Nauki. Z § 3 ust. 5 Aneksu wynikało, że Zamawiający jest zobowiązany wykorzystać środki finansowe otrzymane na podstawie umowy poprzez realizację wszystkich płatności w terminie do 31 grudnia 2023 roku. Z § 3 ust. 6 Aneksu wynikało, że Zamawiający jest zobowiązany zwrócić środki finansowe niewykorzystane w terminie na rachunek bankowy Ministerstwa Edukacji i Nauki w terminie nie dłuższym niż 15 dni od dnia wykonania zadania. Za dzień zwrotu liczy się dzień zaksięgowania operacji na rachunku Ministerstwa Edukacji i Nauki.

Zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, że zgodnie z zawartą umową, niewykorzystane środki zostały zwrócone Ministerstwu, co oznacza, że Zamawiający nimi nie dysponuje. Odwołujący nie kwestionował także okoliczności, na która powołał się Zamawiający, że Zamawiający w dniu 15 stycznia 2024 roku dokonał zwrotu środków na rachunek bankowy Ministerstwa Edukacji i Nauki. Na obowiązek dokonania zwrotu środków na rachunekMinisterstwa Edukacji i Nauki Zamawiający zwrócił uwagę już w treści informacji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie dołączył jako dowód potwierdzenie przekazania środków wydruk, które potwierdza dokonanie w dniu 15 stycznia 2024 roku zwrotu niewykorzystanych środków z umowy MEiN/2022/DPI/97.

Z powyżej zacytowanego przepisu ustawy wynika, że Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane. W niniejszym postępowaniu Zamawiającemu zostały przyznane środki, jednakże zostały przyznane warunkowo – na określony czas. Stosownie do wymienionych powyżej postanowień umowy, Zamawiający był zobowiązany do wykorzystania środków w określonym w umowie terminie, a następnie zwrotu również w określonym terminie środków niewykorzystanych. Tym samym należy stwierdzić, że na chwilę obecną Zamawiającemu nie zostały przyznane środki – środki przyznane Zamawiającemu zostały zwrócone na podstawie obowiązującej umowy. Wykonawcy, którzy składali oferty, mieli świadomość, że zamówienie powinno zostać zrealizowane do dnia określonego w SWZ. Również Odwołujący w dniu 8 stycznia 2024 roku, tj. w dniu, w którym Zamawiający unieważnił postępowanie, miał wiedzę (wynikającą z informacji o unieważnieniu postępowania) zarówno co do tego, że upłynął termin do wydatkowania środków, jak również, że Zamawiający jest zobowiązany do dokonania zwrotu środków na rachunek Ministerstwa Edukacji i Nauki Na obowiązek taki Zamawiający zwrócił uwagę już w treści informacji o unieważnieniu postępowania (o czym powyżej).

Termin wykorzystania środków finansowych otrzymanych na podstawie umowy z Ministerstwem Edukacji i Nauki poprzez realizację wszystkich płatności upłynął 31 grudnia 2023 roku. Zamawiający na dzień 08 stycznia 2024 roku musiał liczyć się z obowiązkiem zwrotu środków i nie był uprawniony do dysponowania nimi w jakikolwiek inny sposób niż ich zwrot do podmiotu, który mu je przyznał. Termin na zwrot środków upływał najpóźniej 15 stycznia 2024 roku. Powyższe oznacza, że Zamawiający nie dysponuje środkami na realizację zamówienia, co jest tożsame z sytuacją, w której środki te od początku nie zostałyby mu przyznane. Istotą regulacji, zawartej w art. 257 ustawy Prawo zamówień publicznych jest uniknięcie sytuacji, w której Zamawiający byłby zmuszony do finansowania zamówienia, nie mając zapewnionych środków, niezbędnych do sfinansowania zamówienia. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie, gdyż Zamawiający nie posiada środków na sfinansowanie zamówienia pochodzących od instytucji, która miała sfinansować zamówienie.

W konsekwencji należało uznać, że nie jest zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 257 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wykazał, że był uprawniony do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie tego artykułu.

Zgodnie z art. 255 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 nie wykazał, aby wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności, której nie mógł wcześniej przewidzieć.

Zamawiający wskazał w informacji o unieważnieniu postępowania, że ośrodki, w których miały zostać zrealizowane dostawy objęte przedmiotem zamówienia są „zupełnie niezdolne do wykonania równoległych do prowadzenia postępowania niezbędnych prac przygotowawczych w celu stworzenia klasopracowni.” Zamawiający nie wykazał jednak takiej okoliczności. Jako dowód Zamawiający złożył jedynie korespondencję e-mailową prowadzoną przez Ministerstwo Edukacji i Nauki z Gminą Wysokie (jedną z Gmin wybranych do realizacji programu) z lutego i marca 2023 roku, w której Wójt Gminy Wysokie oświadczyła, że nie dysponuje wymaganym metrażem. Nie jest znana jakakolwiek inna, w tym dalsza korespondencja w tym zakresie, a więc nie jest znana sytuacja co do ostatecznej możliwości zrealizowania dostaw i prac w tej Gminie. Nie jest wiadomo, czy nie zwiększono metrażu w placówce, w celu spełnienia wymogów postawionych placówkom. Dla pozostałych lokalizacji brak jest potwierdzenia, jakiegokolwiek dowodu, że nie spełniały wymagań niezbędnych do tego, aby zamówienie zostało zrealizowane. Zatem Zamawiający nie wykazał, aby postępowanie nie mogło być prowadzone i aby nie leżało w interesie publicznym. Trafnie wskazał Odwołujący, że Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu swojej decyzji, do wykonania jakich prac nie są zdolne wybrane jednostki, w jakich lokalizacjach znalazły się te jednostki. Decyzja Zamawiającego nie jest możliwa do sprawdzenia, zweryfikowania – nie została wykazana.

Z dokumentów złożonych przez Zamawiającego, w tym z przywołanej korespondencji wynika, że o braku zdolności do

realizacji zadania poszczególnych jednostek Zamawiający posiadał wiedzę już na początku 2023 roku, na co wskazuje treść ww. korespondencji. Oznacza to, że 27 września 2023 roku, tj. w chwili wszczęcia postępowania, Zamawiający posiadał wiedzę o braku zdolności do realizacji zadania przez poszczególne jednostki. Przeczy to zatem twierdzeniu, że w trakcie postępowania wystąpiła istotna zmiana okoliczności, której Zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć.
Co więcej, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, co wskazuje na fakt, że uznał wybrane jednostki za gotowe do realizacji zamówienia. Na chwilę dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający nie stwierdził braku możliwości zrealizowania zamówienia, czy braku przygotowania wybranych jednostek do realizacji zamówienia. Zamawiający, jak wyjaśnił, złożył do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, gdy okazało się, że jeden z wykonawców złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczące czynności wyboru przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej. Okoliczność ta potwierdza, że nie wystąpiły żadne nowe istotne okoliczności, które uzasadniałyby konieczność odstąpienia od prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a wręcz przeciwnie: Zamawiający dążył do zrealizowania przedmiotowego zamówienia, co wskazuje na okoliczność, że realizacja zadania była możliwa i nie wystąpiły żadne szczególne okoliczności, których Zamawiający nie mógł przewidzieć.
Zamawiający nie wykazał zatem, że w dacie wszczęcia postępowania nie mógł przewidzieć wystąpienia istotnej zmiany okoliczności. Zamawiający nie wykazał przesłanki zastosowania ww. artykułu, tj. nie wykazał, aby wystąpiła istotna zmiana okoliczności, której nie mógł wcześniej przewidzieć.
Zamawiający nie wykazał również aby wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Przeciwnie, Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania wskazał, że jest zainteresowany kontynuacją realizacji celów projektu. Zamawiający nadal jest zainteresowany pozyskaniem środków na realizację zamówienia, co potwierdza również wystosowany do Ministerstwa Edukacji i Nauki wniosek z 17 stycznia 2024 roku. Okoliczność, że Zamawiający zmienił koncepcję sposobu realizacji projektu nie oznacza, że realizacja zamówienia nie leży w interesie publicznym. Powyższe okoliczności potwierdzają, że nie wystąpiła żadna z okoliczności, przesłanek, jakie określa art. 255 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem Zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie tego artykułu. Powyższe oznacza, że zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 5 w zw. z art. 260 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
Zamawiający nie wykazał zaistnienia wady samego postępowania. Fakt upływu terminu realizacji zadania nie jest wadą postępowania, nie stanowi o tym że umowa będzie podlegała unieważnieniu. Tym bardziej, że Zamawiający w treści wzoru umowy przewidział możliwość zmiany umowy. Zatem sam upływ terminu wskazany w SWZ nie stanowił wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe oznacza, że zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 6 w zw. z art. 260 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z artykułem ustawy 554 ust 1 pkt 1 Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. A contrario, odwołanie podlega oddaleniu w sytuacji, gdy nawet stwierdzenie naruszenia przepisów przez Zamawiającego nie będzie miało wpływu na wynik postępowania. Zatem nawet jeśli dwie podstawy unieważnienia postępowania przez Zamawiającego okazały się bezpodstawne, zastosowane niezgodnie z przepisami ustawy, to postępowanie o udzielenie zamówienia podlega unieważnieniu, bowiem zasadna okazała się trzecia z podstaw. Zatem wynik postępowania w postaci jego unieważnienia pozostaje bez zmian. Z powyższych względów odwołanie podlegało oddaleniu.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1)) , zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania.
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..