

WYROK
z dnia 7 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Członkowie: Justyna Tomkowska
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2023 r. przez odwołującego Multiconsult Polska Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Multiconsult Polska Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie na rzecz odwołującego Multiconsult Polska Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....
Członkowie:

Uzasadnienie

wyroku z dnia 7 listopada 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 3140/23

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-405 Warszawa, w imieniu której działa Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski ul. 3 Maja 16, 41-200 Sosnowiec, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu POIiŚ 5.1.-14 pn. „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory - Tarnowskie Góry - Karsznice - Inowrocław - Bydgoszcz - Maksymilianowo, dla zadań inwestycyjnych: a) LOT C - Prace na liniach kolejowych nr 131, 686, 687, 704 na odcinku Kalina (km 66,800) - Rusiec Łódzki (km 137,500), b) LOT D - Prace na liniach kolejowych nr 131, 542, 739 na odcinku Rusiec Łódzki (km 137,500) - Zduńska Wola Karsznice (km 170,212)”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym dniu 2 lutego 2018 r. pod nr 2018/S 023-049623 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie o wartości powyżej progów unijnych jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, natomiast do postępowania odwoławczego stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) dalej zwanej „n.p.z.p.”.

W dniu 23 października 2023 r. odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania przez zamawiającego wniósł wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna) art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy sPZP w związku z art. 146 ust. 6 ustawy sPZP oraz w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy sPZP – poprzez unieważnienie Postępowania, pomimo iż nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Izbą.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W dniu 31 października 2019 r. miało miejsce otwarcie ofert w postępowaniu. Zamawiający dokonywał kolejno kilku czynności oceny i wyboru ofert, które były przedmiotem odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO 1980/20, wyrok KIO 1995/20, wyrok KIO 392/21, wyrok KIO 2423/21), w wyniku czego wybór oferty odwołującego stał się prawomocny z dniem wydania wyroku KIO 2423/21, tj. od dnia 11 października 2021 r. Odwołujący informował zamawiającego o gotowości do podpisania umowy, między innymi następującymi pismami: z dnia 3 listopada 2021 r., z dnia 22 listopada 2021 r., z dnia 14 stycznia 2022 r., z dnia 17 lutego 2022 r., z dnia 21 marca 2022 r., 12 sierpnia 2022 r., 9 stycznia 2023 r.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania i w dniu 11 lutego 2022 r. przesłał informację o wyniku kontroli uprzedniej, od której zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione przez Izbę w uchwale KIO/KU 11/22. W dniu 14 czerwca 2022 r. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., co zostało skutecznie zaskarżone przez odwołującego – wyrok z dnia 21 lipca 2022 r. KIO 1685/22, od którego zamawiający wniósł skargę, która została oddalona przez Sąd Okręgowy w Warszawie – wyrok z dnia 7 grudnia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 126/22. Zamawiający dnia 22 marca 2023 r. wniósł od wyroku skargę kasacyjną do Sądu Najwyższego, który postanowieniem z dnia 7 września 2023 r. odmówił przyjęcia jej do rozpoznania. W dniu 20 września 2023 r. odwołujący kolejny raz wezwał zamawiającego do podpisania umowy. W dniu 12 października 2023 r. zamawiający drugi raz unieważnił postępowanie.

W ocenie odwołującego zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 12 października 2023 r. zawiera w sobie bardzo wiele elementów – niektóre z nich są prawdziwe, niektóre nie mają uzasadnienia w stanie faktycznym, a

jeszcze inne – są tylko jakąś okolicznością przyszlą i niepewną, która wcale nie musi nastąpić, zaś zamawiający w ogóle nie wykazał, że się ziszcza. Szczegółowo odnosząc się do poszczególnych elementów zawiadomienia odwołujący wskazał, że zamawiający prowadził postępowanie bardzo długo, jednak nie jest prawdą, iż okoliczności, które o tym przesądziły nie zależały od zamawiającego. To zamawiający odpowiada za czas prowadzenia postępowania, długie okresy oczekiwania na jego decyzje czy decyzje o wniesieniu skargi do sądu okręgowego oraz skargi kasacyjnej do Sądu Najwyższego. Ze względu na profil działalności zamawiającego, postępowania na realizację usługi nadzoru nad robotami są jednymi z najczęściej (obok postępowań na roboty i usługi projektowe) prowadzonych postępowań o udzielnie zamówienia publicznego. Nie są to postępowania dla zamawiającego nietypowe, trudne do przygotowania czy przeprowadzenia. Zamawiający posiada ustandaryzowane w tym zakresie dokumenty i wzorce postępowań. Trudno więc przyjąć twierdzenia zamawiającego, jakoby z przyczyn obiektywnych, niezależnych od siebie, nie był w stanie sprawnie przeprowadzić przedmiotowego postępowania, zwłaszcza, że stwierdzenia zamawiającego to wyłącznie ogólniki, brak odwołania do szczegółowych dat i faktów.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 31 października 2019 r., czyli po ponad półtora roku od dnia ogłoszenia postępowania. Pierwszy wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w dniu 15 stycznia 2020 r. i został unieważniony przez zamawiającego w dniu 6 lutego 2020 r. (na skutek odwołania z dnia 27 stycznia 2020 r.). Następnego wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający dokonał dopiero w dniu 7 sierpnia 2020 r. (po pół roku od daty unieważnienia pierwszego wyboru), czynność ta została unieważniona przez zamawiającego 6 listopada 2020 r. W dniu 5 sierpnia 2021 r., czyli po półtora roku od daty pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego. Jednocześnie w informacji o wyborze oferty, zamawiający oświadczył: „Zamawiający zastrzega wprowadzenie zmian związanych z brakiem możliwości pełnienia nadzoru nad całością zadania. Świadczenie nadzoru nad całością zadania inwestycyjnego nie jest możliwe, ponieważ umowy na realizację zadań w trybie projektu i buduj zostały zawarte z Wykonawcami we wrześniu 2019 r. W związku z tym - zgodnie ze sposobem obliczania ceny i sposobem określania podstawy płatności wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - dostosowany do stanu faktycznego zostanie czas świadczenia usługi w okresie podstawowym dla etapu 2, pozostała do zrealizowania wartość robót oraz kwota wynagrodzenia za etap 2. Wynagrodzenie pomniejszone będzie proporcjonalnie do pomniejszenia zakresu rzeczowego w sposób następujący:

- wartość stałego miesięcznego wynagrodzenia w okresie podstawowym jest ilorazem kwoty wskazanej w ofercie i zakładanej w siwz liczby miesięcy okresu podstawowego, pomniejszone wynagrodzenie za część stałą w okresie podstawowym będzie iloczynem pozostałej liczby miesięcy nadzoru i wartość miesięcznego stałego w okresie podstawowym,

- ofertowa wartość wynagrodzenia w części zmiennej będzie zmniejszona proporcjonalnie do wartości zrealizowanych robót (% wartości zrealizowanych robót budowlanych będzie równy % zmniejszenia wynagrodzenia za część zmienną). Zamawiający odrębnym pismem przekazał zaproszenie do podpisania umowy, jej zmiany dostosowujące treść umowy do faktycznego stanu zaawansowania realizacji zadań na wyżej wskazanych zasadach.”, dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 sierpnia 2021 r.

Czynność wyboru oferty odwołującego nie została zaskarżona do KIO. Przedmiotem późniejszego odwołania wniesionego przez odwołującego była decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania z uwagi na wadę postępowania, która uniemożliwiła – według zamawiającego - zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (dalej także: „unieważnienie”). Korzystne dla odwołującego rozstrzygnięcie KIO, zamawiający zaskarżył do Sądu Okręgowego w Warszawie, a następnie – gdy sąd podtrzymał w całości wyrok Izby – zamawiający wniósł skargę kasacyjną do Sądu Najwyższego. Zdaniem odwołującego fakty są zatem następujące: zamawiający od dnia wszczęcia postępowania do dnia wyboru oferty odwołującego prowadził postępowanie ponad 3,5 roku, od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej do dnia unieważnienia postępowania – czynności, która jest przedmiotem odwołania – upłynęły ponad 2 lata. Zamawiający przedłużał podejmowanie czynności w postępowaniu, nie zależało mu na szybkim wyborze wykonawcy i zawarciu umowy o zamówienie.

Dalej odwołujący zaznaczył, że zamawiający nie wykazał wpływu stanu pandemii choroby COVID-19 na możliwość zawarcia umowy z odwołującym jeszcze w sierpniu 2022 r. Stan epidemii istniejący w czasie prowadzenia postępowania, jak i obowiązujące w tym okresie ograniczenia, mające na celu zmniejszenie zagrożeń związanych z możliwością zachorowania na COVID-19, nie stały na przeszkodzie kontynuacji postępowań i zawieraniu umów. Stan epidemii nie wstrzymał wszczętych postępowań. Zamawiający nie był zobowiązany unieważnić postępowania w czerwcu 2022 r. Z całą też pewnością fakt wniesienia kolejno do sądu okręgowego skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej oraz skargi kasacyjnej do Sądu Najwyższego to okoliczności, które zamawiający nie tylko mógł przewidzieć, jak i mógł im zapobiec. Zamawiający po prostu mógł nie wnosić żadnej z tych skarg, zwłaszcza, że w wyroku Sąd Okręgowy wskazał: „Na koniec, na marginesie wypada zauważyć, odnosząc się do stanowiska przeciwnika skargi zawartego w piśmie z dnia 9 listopada 2022 roku, iż sam Zamawiający raczej zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym przez KIO, a w istocie celem wniesionej skargi było usunięcie rozbieżności w stanowiskach KIO, oraz Prezesa UZP.” Zaś obecnie zamawiający nie może powoływać się rzekomo niemożność zawarcia umowy z odwołującym – jeśli wyłącznie jego zachowanie spowodowało, że umowa nie została zawarta w lipcu 2022 r.

W ocenie odwołującego zamawiający także pomija fakt, że umowa obejmuje również realizację usługi w tzw. etapie 3 – dotyczącym okresu gwarancji i zgłaszania wad z umowy na roboty, realizowanym od zakończenia wykonywania robót przez okres 36 miesięcy, z zastrzeżeniem, iż czas ten może ulec wydłużeniu w przypadku zastosowania prawa opcji - dowód: § 3 SIWZ-WU. Twierdzenia zamawiającego nie są prawdziwe, odnoszą się do umowy na roboty budowlane, podczas gdy przedmiotowe zamówienie dotyczy usługi zarządzania i nadzoru nad robotami. Realizacja usługi zarządzania i nadzoru pozostaje nadal otwarta (roboty nie są ukończone, a po ich ukończeniu realizacja usługi trwać ma jeszcze co najmniej 36 miesięcy). Potwierdzał to też zamawiający rozważając ewentualną zmianę warunków realizacji zamówienia. (tak: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 sierpnia 2021 r.).

Niezależnie od powyższego, na koniec maja 2022 r. (14 czerwca 2022 r. zamawiający dokonał unieważnienia I) stan zaawansowania finansowego robót budowlanych wynosił: dla LOT-u C - 49.18% - dowód: wyciąg PŚP za okres 1 maja 2022 r. - 31 maja 2022 r. dla LOT-u C i dla LOT-u D - 74% - dowód: wyciąg PŚP za okres 1 maja 2022 r. - 31 maja 2022 r. dla LOT-u D. Oznacza to, że tylko i wyłącznie działania zamawiającego polegające na celowym odkładaniu w czasie zawarcia umowy z odwołującym doprowadziły do sytuacji, w której zaangażowanie finansowe robót budowlanych wynosi ok. 90%. Twierdzenia zamawiającego odnośnie do zaangażowania finansowego robót budowlanych potwierdzają jednoznacznie, że odwołujący mógłby realizować usługę nadzoru nad robotami (por. § 3 SIWZ-WU).

Odwołujący podkreślił również, że zamawiający powołuje się na okoliczności nie będące przesłankami unieważnienia postępowania, takie jak: „wydatkowania większych środków”, „zatrudnienie pracowników etatowych”, ale

nie przedstawił żadnych dowodów w powyższym zakresie. Jak również jego twierdzenia dotyczące trudności związanych z rozpoczęciem świadczenia usługi przez nowego inżyniera (odwołującego) stanowią, nieoparte żadnymi konkretnymi argumentami, przypuszczenia. Ponadto zamawiający opisał typowy dla usługi nadzoru sposób wykonywania prac. Fakt, iż jest on realizowany przez inżyniera tymczasowego (osoby zaangażowane bezpośrednio przez zamawiającego), nie oznacza, że odwołujący nie byłby w stanie wykonać tych czynności. Zgodnie z OPZ odwołujący również musi dysponować szerokim zespołem fachowców, dokonywać odbiorów, nadzorować usuwanie usterek, uczestniczyć w sprawdzaniu dokumentacji, etc.

W zakresie przekazania dokumentacji i materiałów oraz niezbędnych informacji o projekcie, według odwołującego powołanie się na okoliczności przyszłe i niepewne – zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, ani nawet żadnych konkretnych okoliczności, dat, terminów, faktów, które mogłyby uzasadniać hipotezę o ewentualnym przestoju i opóźnieniu – jest nieprawidłowe. Odwołujący przeczy tym twierdzeniom, rozpoczęcie przez niego realizacji umowy nie spowodowało żadnych opóźnień ani przestoi w realizacji umowy.

Odwołujący dodał także, że wbrew informacji o unieważnieniu postępowania, brak wszczynania kolejnego postępowania nie jest przesłanką unieważnienia postępowania, zaś okoliczności, na które wskazuje zamawiający tj. kilkukrotne badanie ofert najkorzystniejszych – zakończyło się dnia 5 sierpnia 2021 r. Zamawiający mógł przewidzieć, że ocena ofert potrwa około roku. W dużych postępowaniach, podobnych do niniejszego, taka sytuacja nie jest wcale wyjątkowa. Doświadczenie zamawiającego wskazywało na bardzo duże prawdopodobieństwo tak długiego trwania etapu oceny ofert. Jak również zamawiający mógł (a nawet powinien) zawrzeć umowę z odwołującym najpóźniej w lipcu 2022 r., zamiast tego zamawiający wolał wnieść niezasadne skargi (najpierw do sądu okręgowego, potem do Sądu Najwyższego) a obecnie – wskazywać, że nie mógł przewidzieć przedłużenia się trwania postępowania. W szczególności zamawiający nie wyjaśnił, jak możliwe jest to, że nie mógł wcześniej przewidzieć czegoś, co wyniknęło wyłącznie z jego aktywności.

W opinii odwołującego oczywistym jest, że decyzja w przedmiocie unieważnienia postępowania wymaga uzasadnienia, obejmującego wskazanie zarówno podstawy faktycznej, jak i prawnej podjętego rozstrzygnięcia. Postępowanie unieważnia bowiem zamawiający – i w każdym przypadku unieważnienia ciąży na nim obowiązek przedstawienia szczegółowego uzasadnienia, tymczasem w niniejszej sprawie pismo zawiadomienie o unieważnieniu postępowania takiego uzasadnienia nie zawiera – co wykazano powyżej.

Ponadto, skoro zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., to zobowiązany był wykazać koniunkcję trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania przepisu: a) zmiana okoliczności musi być istotna; b) dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym; c) okoliczności tej nie można było wcześniej przewidzieć. Ponadto wszystkie trzy powyższe przesłanki muszą pozostawać ze sobą w związku przyczynowo - skutkowym. Przesłanki zmiany okoliczności oraz braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania powinny być połączone adekwatnym związkiem przyczynowo - skutkowym. Oznacza to, że brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania musi być rezultatem nieprzewidywalnej zmiany okoliczności o istotnym charakterze. Jeśli zaś co najmniej jedna z powyższych przesłanek nie zachodzi, to nie jest możliwe unieważnienie postępowania. W szczególności unieważnienie nie jest możliwe, gdy zaistniałe w postępowaniu zmiany są wynikiem zarówno działań, jak i zaniechań zamawiającego. A właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w stanie faktycznym niniejszego postępowania, powyższe zdaniem odwołującego potwierdziła Izba w uchwale KIO/KU 25/22.

W zakresie przesłanki istotnej zmiany okoliczności – zmiana okoliczności musi mieć charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny, odwołujący podniósł, że w treści uzasadnienia zamawiający sugeruje, że tą zmianą jest fakt, że „umowa jest wykonana w 90%”. Cały problem w tym, że nie jest to twierdzenie prawdziwe. Zamawiający pomija (czy też „zapomina”) o zakresie umowy, którego realizacja ma trwać jeszcze co najmniej 36 miesięcy. Błędne jest także zrównywanie przedmiotu świadczenia w usłudze nadzoru z przedmiotem świadczenia umowy o roboty. W przypadku umowy o świadczenie usługi nadzoru zakres obowiązków wykonawcy jest inny i polega na aktywnym działaniu Wykonawcy także po wykonaniu robót. Ponadto fakt, iż roboty nie są jeszcze ukończone potwierdza wyłącznie to, że istnieje obiektywna możliwość realizacji usługi przez odwołującego także w okresie realizacji robót (etapie 2) oraz w okresie zgłaszania wad (etapie 3).

W przedmiocie przesłanki interesu publicznego odwołujący podkreślił, że pojęcie "interesu publicznego" przywołane w treści art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. (obecnie art. 255 pkt 5 p.z.p.) nie doczekało się definicji legalnej ani na gruncie p.z.p., ani jakiegokolwiek innej ustawy. W piśmiennictwie podkreśla się, że powołanie się na przedmiotową przesłankę unieważnienia postępowania wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem interesu publicznego, który nie musi być tożsamy z interesem zamawiającego. Zamawiający powinien zatem wskazać, jaki interes publiczny wymagał dokonania przez niego unieważnienia postępowania, i wykazać, że jest on na tyle ważny i znaczący, iż bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców, gdyż tylko w ten sposób będzie w stanie udowodnić, że przesłanka ta wystąpiła. Tymczasem zamawiający nie wskazał w ogóle na ten interes – z uzasadnienia nie wynika, co właściwie było podstawą unieważnienia postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1068/23, KIO 1070/23, KIO 1074/23, KIO 1080/23, KIO 1085/23 wskazała: 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. Jak również, w ocenie odwołującego, interes publiczny nie jest tożsamy z interesem ekonomicznym samego zamawiającego – co zdaje się sugerować zamawiający w uzasadnieniu. Zamawiający mylnie utożsamia własny interes z interesem publicznym, co potwierdza uchwała Izby KIO/KU 25/22 i wyrok KIO 2526/18.

Przesłanka niemożności przewidzenia okoliczności – w ocenie odwołującego jest ona powszechnie interpretowana w taki sposób, że zaistniałe okoliczności faktyczne muszą być obiektywnie niezależne od zamawiającego i nie mogą być przez niego wykreowane, co potwierdzono w wyroku z 29.05.2012 r. Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie, sygn. akt: IV Ca 527/11 "Zważyć należy, iż o doniosłości zmiany okoliczności można mówić dopiero w sytuacji wykazania samego faktu zmiany. Chodzi przy tym nie o jakąkolwiek zmianę, lecz taką zmianę okoliczności, która nie jest zależna od strony udzielającej zamówienia (zmiana zewnętrzna). Przyjęcie przeciwnego założenia

prowadziłoby do stanu, w którym strona sama ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tego rodzaju interpretacja sprzeczna byłaby z wykładnią systemową zniżając zamawiającego stroną uprzywilejowaną w relacjach z oferentem, i prowadząc do pozbawienia sensu normatywnego przepisów prawa zamówień publicznych." Takie samo stanowisko przedstawia też doktryna: „Zamawiający musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, że zmienią się okoliczności, a w wyniku ich zmiany - kontynuować postępowania, i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Zmiana okoliczności musi mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny." oraz "dlatego trzeba wykluczyć sytuację, w których mamy do czynienia z lekkomyślnością zamawiającego (zdawał sobie sprawę, że okoliczności te wystąpią, lecz bezpodstawnie myślał, że ich uniknie) oraz jego niedbalstwem (w ogóle nie przewidywał zajścia nowych okoliczności, lecz mógł i powinien był je przewidzieć)." (tak A. Gawrońska-Baran i in. Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el 2022, komentarz do art. 255 teza 19). Tymczasem w stanie faktycznym niniejszej sprawy zamawiający miał wiedzę, że wnoszenie kolejnych skarg przedłuży postępowanie. A zatem nie mamy tutaj do czynienia z przesłanką okoliczności obiektywnie niezależnych od zamawiającego. Co więcej – stan faktyczny został wręcz przez zamawiającego wykreowany – co doktryna z kolei oceniła jednoznacznie negatywnie: "Z istotnymi zmianami okoliczności nie można zatem łączyć sytuacji mających swoje źródło w błędnych decyzjach zamawiającego podjętych w toku postępowania, za które ponosi on odpowiedzialność. Przykładowo dotyczy to braku dochowania przez zamawiającego należytej staranności w przygotowaniu postępowania." (tak A. Gawrońska-Baran i in. P.ZP. Komentarz aktualizowany, LEX/el 2022, komentarz do art. 255 teza 19).

Odwołujący wskazał także na zakaz rozszerzającej wykładni przesłanek unieważnienia postępowania „Podkreślić należy, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia tj. zawarcie umowy, zaś unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość przeprowadzonej procedury, powodującą, że cel nie zostanie osiągnięty. Dlatego też katalog przesłanek unieważnienia postępowania jest zamknięty (tzw. numerus clausus) i nie może być interpretowany rozszerzająco – por. I. Rzepkowska Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp - analiza przesłanek na przykładzie orzecznictwa [w] E. Adamowicz, J. Sadowy (red.) Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych, Gdańsk – Warszawa 2012), co potwierdza orzecznictwo Izby np. KIO 817/21 i wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.03.2016 r. sygn. akt XXIII Ga 150/16.

Na zakończenie odwołujący podkreślił, że w przypadku unieważnienia postępowania całkowity ciężar dowodu ciąży na zamawiającym, który unieważnia postępowanie. Zarówno na etapie unieważnienia postępowania, jak i później – w toku postępowania odwoławczego czy skargowego – to zamawiający ma obowiązek przedstawić dowody, że ziszczyły się wszystkie kumulatywnej przesłanki unieważnienia postępowania. W ocenie odwołującego, w stanie faktycznym niniejszej sprawy, zamawiający nie wykazał ziszczenia się przesłanek unieważnienia, a zatem odwołanie jest zasadne. W szczególności, że zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia, co do zasady ma obowiązek dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty i udzielić zamówienia. Zamawiający, co najmniej od kwietnia 2022 r. (zakończenie kontroli *ex-ante*), a na pewno od lipca 2022 r. (wyrok KIO 1685/22) naprzemiennie nie podejmuje żadnych czynności (bezprawne zaniechanie zawarcia umowy) albo też podejmuje niezasadne czynności (wniesienie skargi na wyrok Izby do Sądu Okręgowego w Warszawie i wniesienie skargi kasacyjnej do Sądu Najwyższego), co doprowadziło do obecnego unieważnienia postępowania.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym z dnia 2 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dowodami z dokumentów złożonymi przez strony, oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 n.p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 n.p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 n.p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 n.p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Izba stwierdziła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych. Osłą sporu była ocena prawidłowości decyzji zamawiającego z dnia 12 października 2023 r. o unieważnieniu postępowania, której odwołujący zarzucił naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez unieważnienie postępowania, pomimo iż nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, zatem ocena czy w ustalonym stanie faktycznym zaistniały uzasadnione przesłanki do skorzystania przez zamawiającego z tego instrumentu.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc odwołanie posiada uzasadnione podstawy i jako takie zostało uwzględnione, co skutkowało nakazaniem zamawiającemu unieważnienia bezpodstawniej czynności unieważnienia postępowania.

W ramach uwag natury ogólnej należy zaznaczyć, że celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 7a p.z.p.). Zamawiający, podejmując decyzję o wszczęciu postępowania, na warunkach określonych w p.z.p. i zgodnie z przyjętymi regułami ustalonymi w dokumentacji postępowania, decyduje się na doprowadzenie go do końca, którym jest zawarcie umowy. Oznacza to, że wszczęcie postępowania jest w zasadzie równoznaczne ze zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą (mieszczącą się w kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia). Zatem unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno być wyjątkiem od zasady, a określony

w art. 93 p.z.p. zamknięty katalog podstaw do unieważnienia przetargu należy interpretować ściśle, dokonując zawężającej wykładni przesłanek do dokonania czynności unieważnienia (*exceptiones non sunt extendendae*). (por. także wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 29 maja 2012 r. sygn. akt: IV Ca 527/11, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 21 maja 2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 405/18, gdzie także wskazano, że: „Zatem przesłanki wymienione w art. 93 pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Podlegają one wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, tak w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych, spoczywa na zamawiającym.”.)

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. 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. W normie tej mowa o zmianie okoliczności, czyli zaistnieniu pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, że kontynuowanie postępowania/wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Dochodzi zatem do wystąpienia obiektywnej, trwałej zmiany stanu faktycznego w stopniu tak istotnym, że powoduje to, że dalsze prowadzenie postępowania lub realizacja umowy będzie niecelowa lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Dotyczy to więc zdarzeń wyjątkowych i może znaleźć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy kontynuacja postępowania prowadziłoby do wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu.

Dodatkowo, przedmiotowa zmiana okoliczności powinna być zmianą niezależną od zamawiającego, zmianą zewnętrzną, ponieważ przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do stanu, w którym strona udzielająca zamówienia ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jest niedopuszczalne na gruncie systemowej i teleologicznej wykładni reguł p.z.p. Istotą bowiem ustawowego uprawnienia do unieważnienia postępowania jest objęcie nim przede wszystkim sytuacji nadzwyczajnych, wyjątkowych – takich, które musi rozwiązać ustawodawca, bowiem zamawiający z samej natury rzeczy nie mógłby ich w żaden sposób regulować, ponieważ nie mógł liczyć się z tym, że wystąpią. Innymi słowy, dotyczy to okoliczności, które musiał uregulować ustawodawca, gdyż są niemożliwe do przewidzenia, pozostające poza sferą oddziaływania organizatora przetargu.

Jak trafnie argumentowano w wyroku Izby z dnia 7 listopada 2016 r. sygn. akt: KIO 1967/16: „Jak wskazuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego. Nie może być zatem uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron.”, który został zaskarżony i utrzymany utrzymanym wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 marca 2017 r. sygn. akt: II Ca 1613/16, zgodnie z którym: „Istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania. Bo tylko takiej okoliczności istotnie nie można przewidzieć, jeżeli leży ona zupełnie poza sferą oddziaływania zamawiającego. (...) W tej sytuacji nie może być uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana *de facto* przez jedną ze stron. Taka interpretacja byłaby bowiem po pierwsze zaprzeczeniem sensu omawianego przepisu, jak również otwierałaby drogę do prób manipulacji wynikami przetargów i ich unieważniania z przyczyn leżących *de facto* wyłącznie po stronie samego zamawiającego.” Tożsamo wskazano w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 29 maja 2012 r. sygn. akt: IV Ca 527/11, gdzie zauważono, iż „Chodzi przy tym nie o jakąkolwiek zmianę, lecz taką zmianę okoliczności, która nie jest zależna od strony udzielającej zamówienia (zmiana zewnętrzna). Przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do stanu, w którym strona sama ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tego rodzaju interpretacja sprzeczna byłaby z wykładnią systemową czyniąc zamawiającego stroną uprzywilejowaną w relacjach z oferentem, i prowadząc do pozbawienia sensu normatywnego przepisów prawa zamówień publicznych.”

Skład rozpoznający spór wyżej przywołane poglądy podzieliła i uznaje za własne, zaś przenosząc je na kanwę rozpoznawanego sporu Izba wskazuje, co następuje. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradiktoryjnym, w którym trzon materiału procesowego oraz podstawę rozstrzygnięcia stanowią twierdzenia i dowody przedstawione przez strony. Zgodnie z art. 534 ust. 1 n.p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Oznacza to obowiązek dostarczenia organowi procesowemu środków, przy pomocy których mogły on przekonać się o tym, że przytoczone okoliczności są prawdziwe, zaś z drugiej strony określa, kto ponosi negatywne konsekwencje braku wywiązania się z nałożonego ciężaru dowodowego, czyli materialnoprawny skutek nieudowodnienia istotnych okoliczności, z których wywodzone są skutki prawne. W rozpoznawanym sporze to zamawiający został przez ustawodawcę zobowiązany do wykazania swoich twierdzeń, zaś niepodoleńcze nałożonemu na niego obowiązkowi dowodowemu musiało skutkować uwzględnieniem środka zaskarżenia.

Zgromadzone w toku postępowania przed Izbą dowody w zasadzie nie są wcale przydatne do ustalenia przesłanki unieważnienia postępowania związanej z okolicznością, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć. Raporty miesięczne wykonawców PORR i Grupa ZUE, tabelaryczne zestawienia PŚP i złożone dwa oświadczenia obrazujące obecny etap zaawansowania robót (LOT C ok. 94%, LOT D ok. 91%) nie były podważane w odwołaniu przez odwołującego. Nie są to także dokumenty mogące stanowić podstawę do przyjęcia, że na obecnym etapie realizacji inwestycji zmiana podmiotu realizującego usługę wiązałaby się z szeregiem komplikacji organizacyjnych, technicznych, uzgadniania na nowo wszystkich procesów dotyczących realizacji prac z wykonawcą, co mogłoby spowodować opóźnienia w realizacji inwestycji (tak str. 2 zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 12.10.2023 r.), ponieważ nic takiego z nich nie wynika. Aby takie okoliczności udowodnić zamawiający musiałby najpierw skonkretyzować rzekome trudności organizacyjne, techniczne, etc. wskazując w informacji o unieważnieniu postępowania konkretne fakty wpisujące się w ogólne pojęcie np. „komplikacji organizacyjnych”, „konieczności przekazywania dokumentacji, materiałów, niezbędnych informacji o projekcie, co mogłoby trwać kilka miesięcy”. W informacji zawarto ogólne stwierdzenia, które nie zostały odpowiednio uszczegółowione, brak jest odniesienia do jakichkolwiek dat, terminów, zobowiązań, postanowień czy w ogóle jakiegokolwiek źródła wskazującego na genezę takiego stwierdzenia – nie mamy żadnych konkretnych, poddających się weryfikacji faktów, co nie pozwala na ich obiektywną ocenę i ewentualne podzielenie tez zamawiającego. Zamawiający w ferowaniu bardzo ogólnych tez pozostał całkowicie gołosłowny – nie przedstawiono bowiem żadnego materiału procesowego, który byłby przydatny do oceny zaprezentowanych przez niego hipotez.

Izba zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, że wskazane przez zamawiającego okoliczności są przyszłe i niepewne, od których *a priori* nie powinno uzależniać się unieważnienia postępowania. Niemniej, aby dokonać bardziej szczegółowej ich oceny, twierdzenia te musiałby zostać skonkretyzowane, a następnie na okoliczność ich udowodnienia musiałby zostać powołane dowody – temu ciężarowi zamawiający nie sprostał. Z drugiej strony

odwołujący, będący profesjonalnym podmiotem realizującym podobne zamówienia, co zamawiający przyznał na str. 10 odpowiedzi na odwołanie, w sposób ciągły informuje zamawiającego o gotowości podpisania umowy, oceniając, że będzie w stanie w sposób właściwy przystąpić do realizacji kontraktu (tak okoliczności bezsporne – informację o gotowości do zawarcia i realizacji umowy: z dnia 03.11.2021 r., z dnia 22.11.21 r., z dnia 14.01.2022 r., z dnia 17.02.2022 r., z dnia 21.03.2022 r., z dnia 12.08.2022 r., z dnia 09.01.2023 r., z dnia 20.09.2023 r.). Jak również, pomimo wiedzy o stopniu zrealizowania robót wynikającej z informacji o unieważnieniu, powyższe jest obecnie nadal potwierdzane przez odwołującego, tj. na str. 9 odwołania, gdzie odwołujący jednoznacznie oświadcza, że rozpoczęcie przez niego realizacji umowy nie spowoduje żadnych opóźnień, ani przestojów w realizacji umowy. Zaś zamawiający pozostał przy hasłowym podniesieniu powyższych okoliczności w decyzji o unieważnieniu postępowania, bez ich właściwej konkretyzacji i bez podjęcia merytorycznej próby ich obrony. Konsekwencją powyższego jest stwierdzenie, iż zamawiający nie sprostął ciężącemu na nim ciężarowi dowodowemu, bowiem nie objął dowodzeniem nawet całości niezbędnych do wykazania tez, które postawił w uzasadnieniu unieważnienia postępowania.

W zakresie decyzji o powołaniu zespołu tymczasowego z dnia 16 września 2019 r. wraz ze zmianami i informacją z dnia 6 listopada 2023 r., że osoby aktualnie pełniące obowiązki w zespole inżyniera tymczasowego w niej wskazane są zatrudnione na podstawie umów o pracę zawartych na czas nieokreślony, z dokumentów tych wynikają kilkukrotne zmiany personalne zespołu, co powoduje, że stanowisko zamawiającego o braku możliwości zmian osobowych zespołu realizującego zamówienie, których sam dokonywał (ostatnie zmiany w zespole nastąpiły w dniu 23.08.2023 r.) budzi wątpliwości na kanwie złożonych przez zamawiającego dowodów. Z dokumentów tych wynika także, że zespół, który do dnia dzisiejszego realizuje przedmiot zamówienia, powołano przed otwarciem ofert i powinien zostać rozwiązany z chwilą protokolarnego przekazania zadań (§ 3 decyzji nr 44/2019 z dnia 16.09.2019 r.), zatem nie wpisuje się to w wyrażone na rozprawie stanowisko zamawiającego, że nie ma możliwości przeniesienia tych osób, skoro zamawiający powołując rzeczony zespół wiązał zakończenie jego pracy wraz z przekazaniem realizacji umowy wykonawcy. Treść decyzji podważa także stanowisko, że mogłoby dojść od sytuacji, że obydwa zespoły będą jednocześnie świadczyć usługę (str. 11 odpowiedzi na odwołanie). Niemniej, okoliczności te i tak nie wpisują się w przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., więc ich udowodnienie nie miałyby wpływu na rozstrzygnięcie. Warto także dodać, że to zamawiający podjął decyzję o powołaniu zespołu tymczasowego i to na nim ciąży obowiązek takiego ukształtowania warunków formalnoprawnych pracy zespołu tymczasowego, aby nie było żadnych przeszkód z jego rozwiązaniem w momencie przekazania realizacji zamówienia wykonawcy legalnie wybranemu w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie są to okoliczności zewnętrzne, niezależne od zamawiającego, który sam określił ramy funkcjonowania powołanego przez siebie zespołu.

Izba dalej stwierdziła, że okoliczność wydatkowania na realizację umowy większych środków, wobec realizacji zamówienia własnymi siłami, poprzez nadzór pracowników etatowych zamawiającego, bez wskazania jakiegokolwiek kwoty (choćby przybliżonego rzędu wielkości kosztu czy ogólnej wartości wynagrodzenia) nie poddaje się weryfikacji. Nie można w sposób obiektywnie uzasadniony twierdzić, że zamawiający musiałby ponieść dodatkowe koszty finansowe, bez próby przybliżonego oszacowania tych kosztów. Przy stanowisku, że zamawiający jako podmiot publiczny musi dbać, aby środki publiczne, w tym również unijne, były dokonywane w sposób celowy i oszczędny, pominięto także ewentualne możliwe roszczenia odszkodowawcze odwołującego. W sytuacji konfliktu pomiędzy interesem wykonawcy a interesem publicznym, koniecznym jest rozważenie czy interes publiczny dozna na tyle znaczącego uszczerbku, aby uznać jego prymat nad interesem wykonawcy. Każdorazowo wymaga to wnikliwej analizy i wyważenia interesu wykonawcy i interesu publicznego. Trudno jest prowadzić jakąkolwiek weryfikację niecelowości udzielenia zamówienia odwołującemu lub możliwości powstania szkody w mieniu publicznym, poprzez konieczność ponoszenia większych środków na realizację zamówienia w stosunku do wykonania go własnymi siłami przez zamawiającego, skoro w informacji o unieważnieniu nie pada żadna kwota. Brak podjęcia przez jednostkę zamawiającą próby skwantyfikowania bardzo ogólnego stwierdzenia o wyższych wydatkach czyni te założenia nieweryfikowalnymi. W istocie, stanowisko zamawiającego ujawnia, że nie zadał on sobie trudu, aby zweryfikować własne twierdzenia, i jak się wydaje nie jest w stanie przedstawić żadnej analizy w tym zakresie, albowiem takowa nie powstała. Gdyby bowiem zamawiający te okoliczności faktycznie zweryfikował, nie istniałoby żadne przeciwwskazanie, aby te dane ujawnić w uzasadnieniu unieważnienia, a najpóźniej w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Jak trafnie wskazuje się w doktrynie: „Należy pamiętać, że w przepisie jest mowa o interesie publicznym, który niekoniecznie musi być zbieżny z interesem zamawiającego. Można nawet postawić tezę, że powinien pozostawać w oderwaniu od interesu zamawiającego. Zamawiający bowiem wszczynając i prowadzi postępowanie w celu wykonania zadań często związanych z interesem publicznym. (...) Dlatego stosowanie tej przesłanki wymaga dużej rozważliwości i wykazania rzeczywistej szkody, jaką w interesie publicznym mogłoby spowodować udzielenie zamówienia” – tak J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019, art. 93, Legalis.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że aby podzielić argumentację zamawiającego o tym, że jedynie unieważnienie przetargu stanowi wyraz ochrony interesu publicznego, wymagałoby to od zamawiającego rzeczowego, a nie hasłowego odniesienia się do wyżej wskazanych okoliczności, z którymi wiązano konieczność zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Głosowne, ogólne zapewnienia zamawiającego, musiały zostać ocenione jako dalece niewystarczające, chociażby z uwagi na wyjątkowy charakter instytucji unieważnienia postępowania. Skład orzekający zgodził się z więc odwołującym, iż wobec braku sprostania ciężarowi dowodowemu przez zamawiającego, interes własny jednostki zamawiającej został wadliwie utożsamiony z interesem publicznym. Tymczasem konieczne jest wykazanie rzeczowymi dowodami, że istnieje konkretny interes publiczny, który dozna obiektywnego uszczerbku w przypadku zawarcia umowy z odwołującym, co nie zostało przez obciążonego ciężarem dowodowym zamawiającego udowodnione.

Skład orzekający dalej stwierdził, że stanowisko zamawiającego, iż nie będzie kontynuował postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ powołany przez niego zespół zrealizował już ponad 90% przedmiotu umowy, zgodnie z orzecznictwem przywołanym we wcześniejszej części uzasadnienia, nie mieści się w przesłankach art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Zamawiający podkreślał, że realizacja wskazanego przez odwołującego okresu świadczenia usług pogwarancyjnych (etap 3) jest marginalną częścią stanowiącą jedynie 6,7% wartości kontraktu tj. kwotę 3.228.706,95 zł brutto. Zamawiający stracił jednak z pola widzenia, że nie może z korzyścią dla siebie powołać się na fakt, że podjął ryzyko samodzielnego zrealizowania tak znaczącej części kontraktu bez udziału wykonawcy wybranego w przetargu, w okolicznościach występujących w sprawie. To zatem, że tak znaczną część przedmiotu umowy zrealizowano poza reżimem ustawy p.z.p., nie jest przekonującym argumentem za zaniechaniem stosowania ustawy do pozostałej jego części. Innymi słowy fakt, że poza ustawą zrealizowano już 90% zamówienia nie powoduje, że można to czynić nadal. Skład orzekający nie dopuszcza przyjęcia argumentacji, że można zaniechać stosowania ustawy i

obarczyć tym wykonawcę, który oczekuje realizacji obowiązujących przepisów prawa, ponieważ zamawiający ocenia, że nie chce wykorzystywać ustawy w tak „marginalnym” zakresie. Warto bowiem zauważyć, że powszechnie obowiązujące prawo działa niezależnie od tego, do jak dużej części kontraktu finansowanego ze środków publicznych się odnosi.

Dodatkowo, jak podnosił odwołujący, realizacja usługi zarządzania i nadzoru pozostaje nadal otwarta – istnieje obiektywna możliwość realizacji usługi przez odwołującego w okresie realizacji robót oraz w okresie zgłaszania wad. Roboty nie zostały ukończone, a po ich ukończeniu realizacja usługi trwać ma jeszcze co najmniej 36 miesięcy, z zastrzeżeniem, iż czas ten może ulec wydłużeniu w przypadku zastosowania prawa opcji, co potwierdził zamawiający rozważając ewentualną zmianę warunków realizacji zamówienia (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 05.08.2021 r.). Zatem strony różnią się oceną w zakresie „bezzasadności dokonania zmiany wykonawcy”, kiedy zakres umowy pozostały do realizacji, w sposób obiektywny stanowi nadal rentowną dla wykonawcy część zamówienia, co potwierdza złożenie środka ochrony prawnej przez odwołującego, i jedynie dodatkowo merytoryczne stanowisko drugiego wykonawcy, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, ale nie został do niego dopuszczony z przyczyn formalnych.

Weryfikując stopień obecnego zaawansowania robót nie można również pominąć całości okoliczności ustalonego stanu rzeczy i – jak wskazano w dalszej części uzasadnienia – faktu, że to działania wykreowane przez zamawiającego doprowadziły, że obecnie (w momencie drugiego unieważnienia postępowania) mamy już wykonane około 90% zamówienia. Skład orzekający zgadza się z odwołującym, że to wyłącznie zachowanie zamawiającego spowodowało, iż umowa nie została najpóźniej zawarta w zeszłym roku.

Na koniec maja 2022 r. stan zaawansowania robót wynosił dla LOTu C 49,18%, dla LOTu D 74%, co wynika z dołączonych do odwołania wyciągów PŚP i nie było podważane przez zamawiającego. Wybór oferty najkorzystniejszej, co miało miejsce w dniu 5 sierpnia 2021 r., nie został zaskarżony do KIO. Następnie, w dniu 14 czerwca 2022 r. zamawiający dokonał pierwszego unieważnienia przetargu ze względu na wadę postępowania, co zostało skutecznie zaskarżone przez odwołującego (wyrok Izby z dnia 21.07.2022 r., sygn. akt: KIO 1685/22). Wyrokiem z dnia 7 grudnia 2022 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt: XXIII Zs 126/23, podtrzymano stanowisko Izby. W dniu 7 grudnia 2022 r. zamawiający wniósł skargę kasacyjną do Sądu Najwyższego, który postanowieniem z dnia 7 września 2023 r., sygn. akt: II NSK 91/23, odmówił jej przyjęcia do rozpoznania.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł, iż z powyższego nie można mu czynić zarzutu, ponieważ skorzystał z przysługującego mu prawa do sądu, kiedy był przekonany o słuszności swoich twierdzeń, a upływ czasu wynikający z przysługujących mu środków ochrony prawnej spowodował konieczność wykonania zamówienia przez powołany przez niego zespół tymczasowy. Zamawiający podkreślał, że na tę okoliczność nie miał żadnego wpływu.

Stanowisko zamawiającego w tym zakresie jest nieprawidłowe na wszystkich płaszczyznach badania – zdarzenie, na które się powołuje nie wypełnia bowiem nie tylko wszystkich, ale w istocie żadnej z przesłanek umieszczonych w hipotezie art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Izba wskazuje, że wnosząc którykolwiek ze środków ochrony prawnej, zwyczajny czy nadzwyczajny, strona musi podjąć decyzję jak ocenia szanse powodzenia tego środka, licząc się z konsekwencjami możliwej porażki. Dysponując orzeczeniem, które ma zostać zaskarżone, strona, zwłaszcza reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika, powinna ocenić czy w jej sytuacji konsekwencje wniesienia skargi (koszt, czas rozpoznania, szansa na wygraną, etc.) uzasadniają poniesienie tego ryzyka. Niezależnie czy zamawiający ocenę tą przeprowadził prawidłowo czy nieprawidłowo, wniesienie skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie, a następnie skargi kasacyjnej do Sądu Najwyższego, było jego wyłączną decyzją i musiał liczyć się z faktem, że może znaleźć się w sytuacji, kiedy jego argumenty okażą się bezzasadne. W związku z tym zamawiający, pod pozorem powoływania się na gwarancje formalne zawarte w Konstytucji, w istocie oczekuje od Izby przerwania na odwołującego ryzyka procesowego, którego zamawiający świadomie, dobrowolnie i samodzielnie się podjął. Zamawiający chciałby bowiem, aby to wykonawca pogodził się ze skutkami wielomiesięcznego procesu, na którego zainicjowanie nie miał żadnego wpływu – wpływ ten miał natomiast zamawiający.

Obecnie zamawiający musi pogodzić się z faktem, że podjął ryzyko, przegrał i będzie musiał ponieść konsekwencje swojego błędnego wyboru. Zamawiającemu zagwarantowano prawo do sądu – chociaż nie jest zasadnym powołanie się na konstytucyjną gwarancję prawa do sądu w przypadku skorzystania z nadzwyczajnego środka zaskarżenia – ponieważ jego sprawa została rozpoznana w sądzie powszechnym, Sądzie Najwyższym, a teraz po raz kolejny w Krajowej Izbie Odwoławczej, gdzie zamawiający mógł przedstawić swoje argumenty. Niestety prawo do sądu nie gwarantuje wygranej, prawo do sądu nie oznacza także osłonięcia strony przed konsekwencjami wykorzystania tego uprawnienia w przypadku, w którym przegra proces.

Nie mamy zatem do czynienia z okolicznością zewnętrzną, na którą zamawiający nie miał żadnego wpływu, leżącą poza sferą jego oddziaływania, ani okolicznością, której skutku zamawiający nie mógł przewidzieć. (por. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 10.04.2009 r. sygn. akt: IX Ga 30/08 „Ponadto, warunkiem unieważnienia postępowania jest wystąpienie dodatkowych przesłanek w postaci istotnej zmiany okoliczności oraz niemożliwość przewidzenia następstw tej zmiany okoliczności.”). W istocie jest dokładnie odwrotnie – jest to wyłączna prerogatywa zamawiającego, który świadomie się na to zdecydował, przewidując i mogąc przewidzieć koszt i ryzyko takiego działania.

W powyższym zakresie skład orzekający podziela także argumentację odwołującego, że w ustalonym stanie faktycznym zalegalizowanie decyzji o unieważnieniu postępowania, powodowałoby niebezpieczny precedens, kiedy zamawiający realizuje zamówienie, nie poprzez wykonawcę wybranego w przetargu, a doprowadza do sytuacji, kiedy jest ono w znacznej mierze wykonane i na tej podstawie próbuje unieważnić przetarg. Rażąco godzi to w zasadę prymatu trybu przetargowego i zasadę uczciwej konkurencji. W istocie, akceptacja takiego stanu oznaczałaby legalizację całkowitego zaniechania stosowania ustawy p.z.p., stanowiąc pretekst umożliwiający pozorowanie prowadzenia procedury konkurencyjnej, gdy w istocie przedmiot zamówienia jest realizowany poza nią. Takie działanie byłoby wprost niezgodne nie tylko z polską ustawą, ale także z prawem UE. Zamawiający po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia zobowiązany jest prowadzić je tak, by finalnym efektem było udzielenie zamówienia wybranemu wykonawcy. Konsekwencje działania zamawiającego także nie mogą być przerzucane na wykonawców, którym w takim wypadku nie można odmówić ochrony prawnej. W szczególności, że: „Podkreślić stanowczo należy, iż punktem wyjścia przy ocenie unormowań dotyczących zamówień publicznych pozostaje zasada lojalności oznaczająca, iż zamawiający wszczynając postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w celu jego udzielenia. Nie budzi wątpliwości, iż stworzony z myślą o racjonalnym, efektywnym i optymalnym wydatkowaniu środków publicznych, system zamówień publicznych, nie uchyla ogólnym zasadom zawierania umów określonych przez prawo prywatne. Tym samym należy zawsze mieć na względzie, że zamawiający winien uczynić wszystko co możliwe, aby do udzielenia zamówienia publicznego doszło.” – tak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 29 maja 2012 r. sygn. akt: IV

Ca 527/11.

Izba podziela również stanowisko, iż otwarcie ofert w przetargu miało miejsce w dniu 31 października 2019 r., czyli po ponad półtora roku od dnia ogłoszenia postępowania, a pierwszy wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił dnia 15 stycznia 2020 r. i został dwukrotnie unieważniony przez zamawiającego, zaś ostatecznego wyboru oferty najkorzystniejszej dokonano w dniu 5 sierpnia 2021 r. – co na obecnym etapie trudno uznać za obiektywną i właściwą podstawę do unieważnienia przetargu, skoro zamawiający nie wykazał związku przyczynowo-skutkowego koniecznego do powiązania tych okoliczności z przesłankami obecnego, drugiego unieważnienia przetargu. Od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej do dnia drugiego unieważnienia postępowania – czynności, która jest przedmiotem obecnie rozpoznawanego odwołania – upłynęły ponad dwa lata. Trudno zatem skutecznie twierdzić, że przedłużenie postępowania przetargowego jest bezpośrednio powiązane z obecnym unieważnieniem. Takie okoliczności powinny być zostać wykazane przez obarczonego ciężarem dowodowym zamawiającego, jak również były znane i mogły zostać powołane przez zamawiającego już w pierwszym unieważnieniu postępowania, którego dokonano w dniu 14 czerwca 2022 r. Brak wykazania ich związku z obecnym unieważnieniem powoduje, że trudno rozpatrywać te okoliczności w ramach poszczególnych przesłanek art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., w szczególności, że o ile ciąg zdarzeń wskazuje, że w postępowaniu doszło do okoliczności związanych z badaniem i oceną ofert, które mogły być niezależne od zamawiającego i przedłużać ten proces, nie są to wszystkie okoliczności, które zaistniały w sprawie, a przynajmniej nie takiego zamawiający nie udowodnił.

Tożsamo, zamawiający nie wykazał wpływu stanu pandemii COVID-19 na zaskarżoną czynność unieważnienia postępowania. Regulacje prawne wprowadzone do systemu prawa, w związku z zagrożeniem zdrowia publicznego (ustawa z dnia 02.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 374)), zaczęły obowiązywać znacząco wcześniej. Stan pandemii, istniejący w czasie prowadzenia postępowania, jak i obowiązujące w tym okresie ograniczenia, nie stały na przeszkodzie kontynuacji przetargów i zawieraniu umów, a okoliczności te były znane zamawiającemu i mogły zostać powołane w pierwszej decyzji o unieważnieniu postępowania. Nie wykazano także adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy tymi okolicznościami, a obecnie zaskarżoną czynnością unieważnienia postępowania z dnia 12 października 2023 r.

Warto także zaznaczyć, że należy negatywnie ocenić działanie zamawiającego, który dopiero przed Izbą ujawnia wykonawcy powody, które legły u podstaw czynności, którą zaskarżono, co jest działaniem spóźnionym. Czynnością weryfikowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą jest decyzja zamawiającegoz dnia 12 października 2023 r., zaś obowiązek przedstawienia wykonawcom właściwego uzasadnienia, obejmującego zarówno podstawę faktyczną, jak i prawną podjętego rozstrzygnięcia, obciąża zamawiającego w dacie jej podjęcia, która także rozpoczyna termin na wniesienie środków ochrony prawnej od czynności zamawiającego.

Konkludując, skład rozpoznający spór stanął na stanowisku, iż obarczony ciężarem dowodu zamawiający nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., zatem zamawiający nie miał uzasadnionych podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tej podstawie.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, gdyż wykazano, iżw przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p. – stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miały istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w postaci bezpodstawnego unieważnienia przetargu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 n.p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT, w kwocie zmniejszonej do limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....