

**WYROK**

z dnia 17 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, FCC Podhale Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Targu, L.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROTEX PKL L. G. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Helena Borek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa „Hell-Mark” B. H. z siedzibą w Nawojowej, KAMIR M. C. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz ZODIAK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wodociągi Miasta Krakowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie**

**orzeka:**

**Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.**

**Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zwrot kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) 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:.....**

**Uzasadnienie**

Wodociągi Miasta Krakowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Sukcesywny wywóz i zagospodarowanie odpadów technologicznych o kodach: 19 08 01 skratki oraz 19 08 02 zawartość piaskowników powstających w Zakładzie Oczyszczania Ścieków „Kujawy”*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 grudnia 2022 r., pod numerem 2022/S 236-680557.

W dniu 30 czerwca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, FCC Podhale Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Targu, L. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROTEX PKL L. G. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, H. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa „Hell-Mark” B. H. z siedzibą w Nawojowej, KAMIR M. C. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz ZODIAK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 5 w zw. z art. 260 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez bezzasadne i bezprawne unieważnienie postępowania poprzez bezpodstawne powołanie się na wystąpienie opisanej w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, w sytuacji gdy przesłanki do unieważnienia postępowania wskazane w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp nie zaistniały i nie zostały

przez Zamawiającego wykazane, w szczególności uzasadnienie przesłanej decyzji jako niezawierające uzasadnienia prawnego i faktycznego jest wadliwe, a przyczyny podane przez Zamawiającego nie mogą być kwalifikowane jako istotna zmiana okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć, a która sprawia że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, co doprowadziło do sytuacji w której Zamawiający, mimo braku istnienia ku temu podstawy prawnej i faktycznej unieważnił przedmiotowe postępowanie, nie uzasadnił w sposób należyty swojej decyzji i nie wykazał przesłanek zastosowania art. 255 pkt 5 ustawy Pzp (co jednocześnie świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także stanowi naruszenie zasady przejrzystości i jawności postępowania o zamówienie publiczne).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 10 lipca 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, informacji o unieważnieniu postępowania. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 13 lipca 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywny wywóz i zagospodarowanie odpadów technologicznych o kodach: 19 08 01 skratki oraz 19 08 02 zawartość piaskowników powstających w Zakładzie Oczyszczania Ścieków „Kujawy”.

Oferty złożyło trzech wykonawców:

- a) Konsorcjum AGROBUDOVA S.A., MAKALU Sp. z o.o. oraz ECO Ekologiczne Centrum Odzysku Sp. z o.o. – cena netto: 2 388 798,00 zł, cena brutto: 2 579 901,84 zł;
- b) Odwołujący - cena netto: 2 400 000,00 zł, cena brutto: 2 592 000,00 zł;
- c) Konsorcjum „EKOL” P. S., Zakład Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. oraz Koneko Sp. z o.o. - cena netto: 2 785 320,00 zł, cena brutto: 3 008 145,60 zł.

Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę netto: 3 412 000,00 zł, brutto: 3 684 960,00 zł.

Zamawiający pismem z dnia 15 marca 2023 r. poinformował, że oferta Konsorcjum Agrobudova, Makalu, ECO spełnia wszystkie warunki określone w SWZ i uzyskała największą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w rozdziale XV SWZ. Na powyższą czynność Odwołujący w dniu 27 marca 2023 r. wniósł do Prezesa KIO odwołanie kwestionując wybór dokonany przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 28 marca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawców do złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i wadium. Odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą i utrzymaniu wadium na przedłużony okres.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2023 r. Zamawiający uwzględnił w całości wniesione odwołanie, odrzucił ofertę Konsorcjum Agrobudova, Makalu, ECO. Postanowieniem z dnia 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 857/23, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Następnie pismem z dnia 19 kwietnia 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż powtarza czynność oceny ofert i jednocześnie odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2023 r. Zamawiający poinformował, iż postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu.

Odwołujący nie zgadzając się z decyzjami Zamawiającego, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz unieważnienia przedmiotowego postępowania. Orzeczeniem z dnia 15 maja 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza, sygn. akt KIO 1215/23, uwzględniła odwołanie Odwołującego i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie

czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego

Zamawiający pismem z dnia 20 czerwca 2023 r. poinformował Odwołującego, iż postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający wskazywał, że ze względów organizacyjnych i finansowych dokonał zmiany sposobu realizacji procesu zagospodarowania osadów w WMK S.A. W wyniku dokonanych zmian z procesu tego zostaje wyłączona realizacja usługi transportowej, którą zamawiający będzie realizował jako odrębne zamówienia. Nowe postępowanie przetargowe dotyczyć będzie tylko zagospodarowania odpadów technologicznych, tj. skratek oraz zawartości piaskowników. Zdaniem Zamawiającego zmiana sposobu realizacji zamówienia i wydzielenie odrębnych zamówień na usługi przyczyniają się do podniesienia konkurencyjności postępowania i obniżenia kosztów realizacji usługi. Działanie Zamawiającego jest również odpowiedzią na wnioski składane przez wykonawców, aby Zamawiający wyłączył z zakresu zamówienia usługę transportu, lub umożliwił jej realizację przez podwykonawców dysponujących stosownym zezwoleniem.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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 może unieważnić postępowanie w sprawie zamówienia publicznego tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie Pzp. Zamknięty katalog nie daje możliwości unieważnienia postępowania na podstawie subiektywnej oceny Zamawiającego. Katalog przesłanek z ustawy Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania (wyrok SO w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r. sygn. IV Ca 831/10). Nie ulega wątpliwości, iż do dokonania czynności z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Przesłanki unieważnienia postępowania wymienione w ww. przepisie muszą zostać spełnione łącznie, tj. brak zaistnienia chociażby jednej z tych przesłanek oznacza, że zamawiający nie jest uprawniony do unieważnienia postępowania na tej podstawie prawnej.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia, co do zasady, kończyć się powinno wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy o udzielenie zamówienia, a jego unieważnienie winno być jedynie wyjątkiem od tej zasady i jako takie, musi być ono dokonywane przez Zamawiającego z należytą starannością. Staranność ta, w ocenie Izby, objawiać się powinna w pogłębionej analizie czynności podjętych w postępowaniu w kontekście zamiaru podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, a jej wynikiem powinno być wyczerpujące uzasadnienie takiej decyzji, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli możliwość weryfikacji prawidłowości podjętej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania. (vide: wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 967/16).

Izba wskazuje, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia istotnej zmiany okoliczności w rozumieniu art. 255 pkt 5. W doktrynie wskazuje się, że dla zastosowania powołanego przepisu należy stwierdzić po pierwsze, że zmiana faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Zmiana okoliczności, o której mowa w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp musi mieć charakter zewnętrzny względem Zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego Zamawiającego - zmiana taka może wynikać np. z aktu prawnego wiążącego Zamawiającego i stanowiącego źródło prawa. Natomiast niewątpliwie ogólne stwierdzenie o względach organizacyjnych i finansowych, na które powołał

się Zamawiający nie stanowi źródła prawa i nie ma charakteru zobowiązującego Zamawiającego do odwołania przetargu.

W tym stanie faktycznym zasadnym jest przywołanie stanowiska Sądu, który w podobnym stanie faktycznym, w wyroku z dnia 19 września 2014 r. sygn. akt V Ca 2123/14 uznał, że *Istotna zmiana okoliczności, o której mowa w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych to w przekonaniu Sądu Okręgowego okoliczność zewnętrzna, a nie wykreowana przez jedną ze stron. Ponadto musi być to zmiana rzeczywistości, faktów, a nie jedynie planów czy rozpoczęcie prac nad wdrożeniem koncepcji, co ma również charakter deklaracji politycznej i nie ma pewności, że nie ulegnie kolejnej zmianie. Zauważyć też należy, że autorem obecnie obowiązującego rozwiązania także jest Skarb Państwa, co wyklucza możliwość powołania się na zmianę okoliczności, która spowodowana jest niczym innym, jak tylko własnym działaniem.*

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż w sprawie nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności stanowiąca jedną z przesłanek możliwości unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 5 ustawy Pzp. Ze stanowiska Zamawiającego zasadnym jest wywiedzenie tylko wniosku iż Zamawiający ze względów organizacyjnych i finansowych dokonał zmiany sposobu realizacji procesu zagospodarowania osadów.

W zakresie wystąpienia kolejnej przesłanki z ww. przepisu, tj. wykazania, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, wskazać należy, że samo pojęcie interesu publicznego jest nieostre, a pojmowanie go tylko w odniesieniu do kryterium ekonomicznego jest zbyt wąskie. Za stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego (artykuł „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, Zam. Publ. Dor. 2014/3/36-46, uchwała TK z dnia 12 marca 1997 roku, sygn. akt W/96) wskazać należy, że *Za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Tym samym nie należy utożsamiać interesu publicznego z interesem zamawiającego. W każdym przypadku zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania. Ponadto, zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 22 września 2009 roku sygn. III CA 418/09 możliwość zmniejszenia wydatków przez zamawiającego nie świadczy jeszcze o tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Nie można automatycznie utożsamiać interesu publicznego z interesem ekonomicznym zamawiającego.*

Nadto, Zamawiający nie wykazał, że obecnie prowadzone postępowanie i nowe mające być wszczęte to dwa całkowicie różne zamówienia. Izba nie mogła dokonać oceny w tym zakresie, gdyż brak jest opisu przedmiotu zamówienia nowego postępowania i Zamawiający przedstawił tylko jego zarys stwierdzając, że nowe postępowanie przetargowe dotyczyć będzie tylko zagospodarowania odpadów technologicznych tj. skratek oraz zawartości piaskowników.

W zakresie kolejnej przesłanki z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp dotyczącej sytuacji, iż zmiana okoliczności, o której mowa w dwóch poprzedzających przesłankach nie była możliwa do przewidzenia należy wskazać, że Zamawiający w ogóle nie pokusił się o uzasadnienie powyższej przesłanki.

Dodatkowo należy zauważyć, że jak wskazano w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do art. 255 pkt 5 ustawy Pzp (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. H. Nowaka i M. Winiarza, str. 766) *Interes publiczny nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem zamawiającego (przypis 227 - Por. wyrok SO w Gliwicach z 10 listopada 2005 r., sygn. akt III Ca 855/05, niepubl.). O tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, nie przesądza wyłącznie możliwość zmniejszenia wydatków w wyniku samodzielnego wykonania zamówienia przez zamawiającego (przypis 228 - Por. wyrok SO w Nowym Sączu z 22 września 2009 r., sygn. akt III Ca 418/09) albo brak środków finansowych na realizację zamówienia. Dodatkowo nie można co do zasady traktować tych okoliczności jako nieprzewidywalnych, skoro zamawiający powinien przed wszczęciem postępowania dokonać analizy swoich potrzeb (art. 83 ustawy Pzp) oraz oszacować z należytą starannością wartość zamówienia (art. 28 ustawy Pzp).*

Dalej, Izba wskazuje, że uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania powinno zawierać co najmniej ustalenie faktów i wskazanie dowodów, na których zamawiający się oparł, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej unieważnienia, a każda nowa argumentacja na etapie postępowania odwoławczego jest spóźniona. Zatem okoliczności, które nie zostały wprost podane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, nie podlegają ocenie Izby w postępowaniu odwoławczym. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Powinno być przy tym na tyle wyczerpujące, by pozwalało wykonawcom na pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę podjęcia czynności unieważnienia, oraz ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu, a także przedstawienie w postępowaniu odwoławczym stosownych dowodów. W ustalonym stanie faktycznym Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie wymaganym

przez przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący został zmuszony w istocie do zgadywania, jakie to konkretnie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego i na jakiej podstawie prawnej została ona oparta. W związku z powyższym, niewykazanie przesłanek wynikających z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp przez Zamawiającego, do czego jest zobowiązany, musi skutkować nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Wskazane powyżej okoliczności uzasadniające uwzględnienie zarzutu musiały skutkować uznaniem również, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby w stanie faktycznym niniejszej sprawy doszło do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**