

WYROK

z dnia 25 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie **25 września 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **15 września 2017 r.**

przez wykonawcę: **E.P.R.I. ANDERS – I.B., Warszawa**

w postępowaniu pn. *Dostawa części zamiennych do wagonu metra serii 81* (nr postępowania EH.25.00131.2016.S.E.ADKA)

prowadzonym przez zamawiającego: **Metro Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Quattro R.B., Warszawa** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Metru Warszawskiemu sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania II – dostawy części mechanicznych.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Metro Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego E.P.R.I. ANDERS – I.B. z Warszawy tytułem wpisu od odwołania;**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Metra Warszawskiego sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego E.P.R.I. ANDERS – I.B. z Warszawy kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego**

wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Metro Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa części zamiennych do wagonu metra serii 81* (nr postępowania EH.25.00131.2016.S.E.ADKA).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S_034 pod poz. 062035 17 lutego 2017 r., tego samego dnia Zamawiający zamieścił ogłoszenie na swojej stronie internetowej, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp

5 września 2017 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej oraz przesłał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o unieważnieniu prowadzonego postępowania, w tym w zakresie zadania II – dostawy części mechanicznych.

11 września 2017 r. Odwołujący E.P.R.I. ANDERS – I.B. z Warszawy wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp przez niezgodne ze stanem faktycznym wskazanie na istotną zmianę okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania II – dostawy części mechanicznych, a także powtórzenia badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że unieważniając postępowanie Zamawiający wskazał jako podstawę prawną przepis art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy i poddał następujące uzasadnienie faktyczne: *Postępowanie na dostawę części zamiennych do pojazdów metra serii 81 toczy*

się od dnia 17.02.2017 r. Termin składania ofert ustalono na dzień 28.03.2017 r. W trakcie oczekiwania na oferty wpłynęły pytania i wnioski do SIWZ. Zamawiający udzielając odpowiedni przedłużył termin składania ofert do dnia 12.04.2017 r. W dniu 12.04.2017 r. 5 firm złożyło oferty na dostawę części zamiennych. Zamawiający rozpoczął dokonywanie oceny ofert. W tym czasie jedna z firm przesłała pismo z informacją, że dwie inne firmy uczestniczące w przetargu w dniu składania ofert należały do grupy kapitałowej. W trakcie wyjaśniania sprawy ewentualnej przynależności 2 firm do grupy kapitałowej po otrzymaniu wyjaśnień od Wykonawców i po rezygnacji z udziału w postępowaniu jednej z firm Zamawiający powziął podejrzenie o możliwości wystąpienia zмовы przetargowej pomiędzy dwoma oferentami. Wyjaśnianie powyższej sytuacji spowodowało znaczne przedłużenie procedury wyboru Wykonawców i zakładany w SIWZ termin dostawy części w 2017 roku nie będzie możliwy do dotrzymania. Zamawiający zakładał, że dostawa części nastąpi w 2017 roku i na ten rok zarezerwował w planie finansowym niezbędne środki. W związku z przedłużającym się postępowaniem o udzielenie zamówienia z przyczyn niezależnych od Zamawiającego nie jest możliwe zakończenie postępowania i zawarcie umowy w terminach przyjętych w SIWZ (w 2017 roku). W chwili obecnej brak jest środków finansowych na realizację tego zamówienia w terminach późniejszych (w roku 2018). Należy zatem stwierdzić, że zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Wszystkie wykazane w sprawie okoliczności wskazują na konieczność unieważnienia postępowania na aktualnym etapie, czyli jeszcze przed jego rozstrzygnięciem, bowiem zachodzą przesłanki o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 co wyżej udowodniono.

Odwołujący nie zgodził się z powyższym stanowiskiem Zamawiającego. Zauważył, że ponieważ Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych z podziałem na sześć części, miał i nadal ma możliwość podejmowania odrębnych decyzji odnośnie wyboru ofert lub unieważnienia postępowania w odniesieniu do każdej z części osobno.

Odwołujący podniósł, że ponieważ wątpliwości odnośnie możliwości zaistnienia zмовы przetargowej nie dotyczyły zadania II., nie występowały zatem i nadal nie występują żadne przeszkody, aby Zamawiający dokonał badania i oceny ofert w tym zakresie. W opinii Odwołującego Zamawiający przeciąga postępowanie w zakresie zadania II, gdyż problemy, które zadaniem Zamawiającego spowodowały przewlekłość postępowania, nie dotyczyły tego zadania.

Zdaniem Odwołującego wywód Zamawiającego odnośnie terminu realizacji zamówienia jest pozbawiony podstaw faktycznych i prawnych.

Odwołujący zrelacjonował, że termin realizacji zamówienia został następująco określony w dokumentacji postępowania:

- 1) w pkt II.2.7 ogłoszenia o zamówieniu – *okres w miesiącach: 6;*
- 2) w pkt 4 SIWZ – *Rozpoczęcie – od dnia podpisania umowy. Zakończenie – w ciągu 6 miesięcy od dnia podpisania umowy;*
- 3) w Specyfikacji technicznej „Zakup części zamiennych do wagonów serii 81 z zakresu części mechanicznych, pneumatycznych, elektrycznych i elektronicznych” stanowiącej załącznik do SIWZ (nienumerowany) w pkt 6. Harmonogram zamówienia: 6.1 *Termin realizacji Rozpoczęcie – po podpisaniu umowy. Zakończenie – w ciągu 6 miesięcy od dnia podpisania umowy. 6.2 W ciągu 3 miesięcy od daty zawarcia umowy należy dostarczyć minimum 50 % każdej pozycji z podpisanej. 6.3 Zamawiający dopuszcza dostawy częściowe dla zadań I-V, zadanie VI musi być dostarczone w jednej partii. Datą zakończenia realizacji umowy jest data podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego ostatniej dostawy części.*
- 4) w treści wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ): a) w § 1 ust. 4: *W ciągu 3 miesięcy od daty zawarcia umowy należy dostarczyć minimum 50 % każdej pozycji z podpisanej umowy.* b) w § 3 ust. 1. Termin realizacji przedmiotu umowy: *Rozpoczęcie – od dnia podpisania umowy. Zakończenie – w ciągu 6 miesięcy od dnia podpisania umowy z zastrzeżeniem, o którym mowa w § 1 ust. 4.*

Odwołujący podniósł, że skoro w dokumentacji postępowania nie znalazł się zapis mówiący o konieczności wykonania zamówienia w 2017 r., argument Zamawiającego związany z terminem realizacji jest chybiony i niezgodny ze stanem faktycznym sprawy.

Według Odwołującego sam Zamawiający, który ustalił termin dostawy „do 6 miesięcy”, już w lipcu posiadał wiedzę o tym, że ostatnia dostawa w zakresie zadań I-V może zostać wykonana już w roku 2018. Niemniej jeszcze w sierpniu prowadził korespondencję w sprawie rzekomej zmywy przetargowej, dążąc, jak można się spodziewać, do zakończenia postępowania wyborem ofert.

Niezależnie od powyższego Odwołujący oświadczył, że jest w stanie wykonać całość dostaw objętych tym zadaniem w 2017 r. Zdaniem Odwołującego nie ma też przeszkód formalnych dla wcześniejszego niż nawet trzy miesiące wykonaniu zamówienia, gdyż wszystkie przytoczone powyżej postanowienia dotyczące terminu realizacji zamówienia zakreślają go jako termin maksymalny, nie wzbraniając wcześniejszej jego realizacji.

Zdaniem Odwołującego także wywód odnośnie braku finansowania w 2018 r. jest pozbawiony jakichkolwiek podstaw, gdyż Metro Warszawskie sp. z o.o. jako podmiot prowadzący działalność w sektorze użyteczności publicznej musi przyjmować założenie ciągłości funkcjonowania, za którą musi podążać musi ciągłość finansowania. Transport szynowy w Warszawie będzie funkcjonował w każdym z następnych lat. Zamawiający nie wskazał żadnego dokumentu np. uchwały Rady Miasta Stołecznego Warszawy, która

mówiłaby o zakończeniu funkcjonowania Metra Warszawskiego. Nie wskazano także, jakoby z dniem 1 stycznia 2018 r. miało nastąpić zakończenie eksploatacji 100% wagonów serii 81, do których w przedmiotowym postępowaniu mają zostać nabyte części zamienne wyspecyfikowane w SIWZ. Nie może zatem utrzymać się pogląd o braku interesu publicznego w zakontraktowaniu dostaw części zamiennych, od których uzależniona jest ciągłości funkcjonowania istotnej części transportu publicznego Miasta jakim jest metro. Jest sprawą oczywistą, że 5 września 2017 r. Zamawiający nie posiada jeszcze zatwierdzonego planu finansowego na 2018 r., co nie oznacza jednak, że bieżąca działalność Zamawiającego w 2018 r. ustanie. Skoro nie ustanie, części zamienne do wagonów serii 81 będą musiały być nabywane.

Odwołujący powołał się na wyrażony w orzecznictwie jednolity pogląd, że: *Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Dyspozycję taką niesie ze sobą przepis art. 2 pkt 7a ustawy: „7a) postępowaniu o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o namówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, w którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, (...);” Zniweczenie tego celu może nastąpić wyłącznie w okolicznościach wskazanych w ustawie. Zatem, Zamawiający po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia zobowiązany jest, zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy, prowadzić postępowanie, którego finalnym efektem jest udzielenie zamówienia wybranemu wykonawcy. Zakończenie postępowania, którego rozstrzygnięcie nie jest możliwe w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty, podlega unieważnieniu na podstawie ustawowych przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 p.z.p., mających charakter numerus clausus (katalogu zamkniętego) i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. nieodzwonne jest stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Przepis ten może dotyczyć sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności wykonanie zamówienia będzie niecelowe lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym; zatem dotyczy zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Istotna zmiana okoliczności – w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p – powodująca skutek w postaci unieważnienia postępowania, to pewne nadzwyczajne wydarzenia lub okoliczności mające wpływ na prowadzone postępowanie lub przedmiot zamówienia. Zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 12 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO*

99/16, KIO 110/16).

W innej sprawie Izba w wyroku z 22 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 2832/14) stwierdziła, że: *Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania, jeśli nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub zawarcie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Przesłanki unieważnienia postępowania powinny zaistnieć kumulatywnie, a brak wystąpienia jednej z nich powoduje, że unieważnienie postępowania jest niedopuszczalne. Zmiana okoliczności, o której mowa w przywołanym przepisie musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego. Zmiana taka może wynikać z aktu prawnego wiążącego zamawiającego i stanowiącego źródło prawa.*

Odwołujący podsumował, że w zakresie zadania II nie zaszły żadne okoliczności legitymujące unieważnienie postępowania, gdyż zarówno aspekt interesu publicznego, jak również zdolności do finansowania przedmiotowego zakupu w 2018 r. zostały przez Zamawiającego wskazane błędnie, stąd czynność Zamawiającego została dokonana z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp.

Zamawiający w trakcie posiedzenia złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska powtórzył argumentację, którą podał w ramach uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania, dodatkowo zamieszczając tabelaryczne zestawienie ofert złożonych na wszystkie części zamówienia, a także wskazując, że terminy przyjęte dla tego postępowania wynikały z potrzeb Zamawiającego i obowiązku zapewnienia prawidłowego transportu publicznego koleją podziemną.

W piśmie z 18 września 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom w tym dniu.

20 września 2017 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej zgłoszenie przez Quattro R.B. z Warszawy przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu i wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został

uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie składano również w tym zakresie wniosków odmiennych.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, dalszym piśmie, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołującemu ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, w którym złożył ofertę. Jednocześnie czynności Zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania narażają Odwołującego na szkodę polegającą na nieuzyskaniu odpłatnego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy należy przypomnieć, że zgodnie z art. 93 ust. 3 pkt 2 pzp o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty – w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Jednocześnie według art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Skład orzekający Izby podziela pogląd, że obowiązek informacyjny podania uzasadnienia faktycznego i prawnego stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 pzp ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę przywołane zasady za niedopuszczalne uznać należy, aby wykonawca kwestionując zasadność podjętych wobec

niego czynności, samodzielnie musiał domniemywać rzeczywistych przyczyn, które legły u podjęcia zakomunikowanej mu decyzji, wykraczając poza treść otrzymanego uzasadnienia. Z normy wyrażonej w art. 93 ust. 3 pkt 2 pzp (analogicznie jak z przepisów art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 pzp) wynika, że zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości. Na konieczność podania pełnego i rzeczywistego uzasadnienia podjętej przez zamawiającego decyzji warunkującej dalszy udział wykonawcy w postępowaniu zwróciła także Izba w innych uprzednio wydanych wyrokach: z 17 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1653/11), z 19 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1934/11) czy z 5 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2503/11). Ma to zasadnicze znaczenie, gdyż niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętej czynności lub zaniechania czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać bowiem wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}. Reasumując, z rozpatrywanych łącznie norm art. 93 ust. 3 pkt 2 i art. 192 ust. 7 pzp wynika, że w razie wniesienia odwołania na decyzję zamawiającego o unieważnieniu postępowania, kognicja Izby ogranicza się do zbadania jej zasadności w kontekście podanych wykonawcy w zawiadomieniu powodów faktycznych i prawnych jej podjęcia.

Nie ulega wątpliwości, że ciężar udowodnienia zaistnienia podstaw unieważnienia postępowania spoczywał w tej sprawie na Zamawiającym. Zgodnie z art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ponadto zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy pzp, strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponieważ Zamawiający z faktu wystąpienia przesłanek unieważnienia postępowania wywodził konieczność zakończenia go bez podpisania umowy, zobowiązany był wykazać sporne okoliczności faktyczne co do wypełnienia przesłanek wynikających z przepisów, na które się powołał.

Z art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp wynikają następujące przesłanki, które muszą być spełnione kumulatywnie, aby zaistniała ta podstawa unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia: po pierwsze – wystąpienie istotnej zmiany okoliczności, która, po drugie – spowodowała, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie

publicznym, czego, po trzecie – nie można było przewidzieć.

W każdym wypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców do uzyskania zamówienia. Zarówno istnienie interesu publicznego, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu publicznego nad interes indywidualny wykonawcy podlegać muszą weryfikacji w celu ustalenia, że na gruncie danego stanu faktycznego przesłanka unieważnienia postępowania zaktualizowała się.

Przy czym przez interes publiczny należy rozumieć korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących zamawiających, realizowanych w drodze świadczenia usług użyteczności publicznej zaspokajających potrzeby społeczne w takich dziedzinach jak ochrona zdrowia, oświata, kultura, porządek publiczny, transport zbiorowy etc. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że interes publiczny nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem danego zamawiającego.

Co do istotnej zmiany okoliczności zasadny jest pogląd, że stanowi ona kategorię o charakterze obiektywnym, ściśle powiązaną z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, że dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, którego realizacji miało służyć to postępowanie.

Odwołanie należało uznać za zasadne już z tego powodu, że w uzasadnieniu podjętej decyzji Zamawiający w ogóle nie odniósł się do trzeciej przesłanki, czyli dlaczego dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia miałyby nie leżeć w interesie publicznym. Na rozprawie okazało się, że według Zamawiającego samo wskazanie, że w chwili podejmowania decyzji nie ma środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia w 2018 r. ma wskazywać na spełnienie tej przesłanki, czego nie był jednak w stanie w żaden sposób rozwinąć. Zamawiający w sposób oczywiście błędny utożsamia kwestię niedysponowania środkami finansowymi na realizację zamówienia z brakiem interesu publicznego w jego udzieleniu i realizacji. Umknęło uwadze Zamawiającego, że co do zasady brak środków finansowych na realizację zamówienia stanowi odrębną podstawę unieważnienia postępowania i to wyłącznie w sytuacji, w której oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp), względnie w szczególnych sytuacjach, o których mowa w art. 93 ust. 1a i 1b pzp. Natomiast wypełnienie przesłanki wynikającej z art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp musi polegać na tym, że wykonanie zamówienia, czyli w tym przypadku realizacja dostaw objętych przedmiotowym postępowaniem, nie leży z jakichś powodów, które należało sprecyzować, w interesie publicznym.

Tymczasem w toku rozprawy Zamawiający przyznał, że po unieważnieniu postępowania zamierza wszcząć w przyszłym roku nowe postępowanie, gdyż nie wygasła jego potrzeba zakupu części zamiennych do wagonów serii 81. Okazuje się zatem, że Zamawiający w istocie bezpodstawnie utożsamia swój interes ekonomiczny w uzyskaniu części w okresie, który uważa za optymalny, z interesem publicznym. Jak już dawno przesądzone w orzecznictwie interesu publicznego nie można utożsamiać z interesem ekonomicznym zamawiającego {por. wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 22 września 2009 r., sygn. akt II Ca 418/09, niepubl.}. Przy czym stanowisko Zamawiającego jest niespójne i niewiarygodne, skoro w odpowiedzi na odwołanie sam wskazał, że wykonanie dostaw części w 2017 r. wynikało z jego potrzeb i obowiązku zapewnienia prawidłowego transportu koleją podziemną, a na rozprawie zaczął twierdzić, że jednak może na razie obyć się bez tych części zamiennych, gdyż dysponuje odpowiednim ich zapasem, względnie może skierować na tory składy, których aktualnie nie wykorzystuje.

Natomiast biorąc pod uwagę, że Zamawiający jako spółka z o.o. nie jest jednostką sektora finansów publicznych, która zobowiązana jest do zwrotu środków niewydatkowanych w danym roku kalendarzowym, a także biorąc pod uwagę wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający prowadził w przeszłości i nadal prowadzi postępowania, w których realizacja zamówienia nie zamyka się w roku zawarcia umowy, należy uznać, że twierdzenie o braku w chwili obecnej środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia w 2018 r. stanowi przejaw woli Zamawiającego, a nie niezależną od niego obiektywną okoliczność. Zamawiający rzeczywiście na ten moment może nie mieć planu finansowego na przyszły rok, co nie jest równoznaczne z udowodnieniem braku możliwości sfinansowania przedmiotowego zamówienia, gdyby dostawy zakończyły się w przyszłym roku.

Niezależnie od powyższego Zamawiający nie wykazał, aby w toku postępowania zaszła istotna zmiana okoliczności, której nie mógł przewidzieć. Istotnym elementem uzasadnienia decyzji Zamawiającego było w tym zakresie powołanie się na zmianę okoliczności związaną z tym, że nie jest możliwe zakończenie postępowania i zawarcie umowy {*de facto* chodzi o wykonanie umowy} w 2017 r., czyli w terminie, który przyjęto w specyfikacji. Tymczasem na rozprawie Zamawiający przyznał, że tak jak zostało to przedstawione w odwołaniu, z żadnego postanowienia specyfikacji nie wynikało, że upływ 2017 r. stanowi nieprzekraczalny termin realizacji dostaw.

Z kolei możliwość przedłużenia się postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na konieczność podjęcia czynności związanych z badaniem wykonawców pod kątem przesłanek wykluczenia z postępowania, w tym odnośnie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp {która nakazuje wykluczyć wykonawcę, który z innym wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu

o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych}, nie stanowi okoliczności ani nadzwyczajnej, ani nie dającej się przewidzieć.

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. Ponadto istotna zmiana okoliczności musi wystąpić bezpośrednio przez podjęciem czynności unieważnienia postępowania, na co wskazuje posłużenie się przez ustawodawcę czasem przeszłym („nastąpiła”).

Tymczasem jak wynika z dokumentacji postępowania prowadzonej przez Zamawiającego, już 21 kwietnia 2017 r. otrzymał pismo wskazujące na możliwość zawarcia przez dwóch spośród wykonawców, którzy złożyli oferty na zadanie 1. porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w tej części zamówienia. Tymczasem dopiero 12 czerwca 2017 r. Zamawiający zaczął rozważać możliwość wykluczenia tych wykonawców na podstawie przywołanej powyżej przesłanki, po czym 3 tygodnie zajęło uzyskanie pierwszej wewnętrznej opinii prawnej (datowanej na 6 lipca 2017 r.) w tym przedmiocie, a dopiero po kolejnej opinii (datowanej na 19 lipca 2017 r.), 25 lipca 2017 r. komisja przetargowa zarekomendowała zarządowi spółki „podjęcie procedury wykluczenia z postępowania” na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp. Następnie 28 lipca 2017 r. Zamawiający, choć żaden z wykonawców nie uznawał, że zachodzi wobec niego taka przesłanka wykluczenia, wezwał ich do wykazania, że dokonali samooczyszczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 8 pzp. Takie wezwanie było zbędne w tych okolicznościach, gdyż jak trafnie wskazano m.in. w wyroku Izby z 8 czerwca 2017 r. (sygn. akt KIO 1034/17), warunkiem sine qua non procedury tzw. samooczyszczenia celem wykazania, że zostały podjęte działania dla przywrócenia statusu rzetelnego wykonawcy, jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt, z którego ma się oczyścić. Spowodowało to, że po uzyskaniu wyjaśnień, w których ponownie wykonawcy zaprzeczyli, że dopuścili się deliktu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp, po kolejnej wewnętrznej opinii prawnej z 21 sierpnia 2017 r., najwyraźniej uznał, że nie jest w stanie wykazać za pomocą stosowanych środków dowodowych zmowy przetargowej tych wykonawców. Zamiast tego błyskawicznie po wpłynięciu 31 sierpnia 2017 r. wniosku dyrektora ds. taboru o unieważnienie postępowania, którego uzasadnienie zostało w całości powielone w uzasadnieniu podanym wykonawcom, 1 września 2017 r. komisja przetargowa zarekomendowała unieważnienie postępowania.

Jak widać z powyższego kalendarium, przewlekłość postępowania, na którą powołał się Zamawiający, w znacznym stopniu spowodowana była przez niego samego, w tym przez

brak sprawnego wewnętrznego mechanizmu podejmowania decyzji odnośnie podejmowanych czynności i nadmierne przedłużanie się wewnętrznych konsultacji co do ich kształtu.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: