

WYROK

z dnia 23 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2021 r. przez wykonawcę **EWP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Leśna 1, 81-876 Sopot** w postępowaniu prowadzonym przez **Pocztę Polską Spółka Akcyjna, ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **EWP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Leśna 1, 81-876 Sopot** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EWP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Leśna 1, 81-876 Sopot** tytułem wpisu od odwołania.

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 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) 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

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 222-546742, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawy zapobiegające skutkom epidemii – środki ochrony osobistej” przez Poczta Polska S.A., ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa (dalej „zamawiający”) wykonawca EWP Sp. z o.o. ul. Leśna 1, 81-876 Sopot (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania w części III i bezpośrednio z nią związanej czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w części III.

Odwołujący podał, że część III zamówienia dotyczyła przyłbic pełnych ochronnych na twarz.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez unieważnienie postępowania w części III pomimo braku wykazania i uzasadnienia przez zamawiającego, że w przedmiotowym postępowaniu:

1. wystąpiła istotna zmiana okoliczności,
2. wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
3. powyższego nie można było wcześniej przewidzieć,

ponieważ zamawiający, uzasadniając swoje stanowisko wskazał wyłącznie na fakt wejścia w życie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 26 lutego 2021 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. z 2021 r. poz. 367).

Zdaniem odwołującego zmiana przepisów ww. Rozporządzenia i brak uwzględnienia w treści art. 25 ust. 1 przyłbicy jako środka ochrony, przy pomocy którego nakazuje się zakrywanie ust i nosa w budynkach użyteczności publicznej przeznaczonych na potrzeby usług, w tym usług pocztowych nie może stanowić samoistnej przesłanki dla unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wskazał, że wykonawca w ofercie nie przedstawiał przyłbic jako środków ochrony, które mogą być stosowane samoistnie i które bez użycia dodatkowych środków w postaci maseczek zapobiegają zarażeniu wirusem Covid 19, uzupełniając, że podobne wymagania nie zostały zawarte w SIWZ.

Podniósł, że z ogólnie dostępnych informacji wynika niższa skuteczność przyłbic w ochronie przed zakażeniem wirusem Covid 19 w porównaniu do maseczek oraz, że przyłbice stanowią inny rodzaj ochrony niż maseczki – chronią obszary ciała (np. oczy), które nie są osłaniane przez maseczki, a przez które również może dochodzić do zakażenia

wirusem. Uzupełnił, że zaleca się stosowanie przyłbic łącznie z obowiązkowymi maseczkami, co wpływa na zwiększenie skuteczności ochrony przed zakażeniem.

W ocenie odwołującego wskazane informacje – jako wiedza powszechna i komunikowana regularnie w ogólnodostępnym przekazie medialnym – musiały być dostępne dla zamawiającego w dacie ogłoszenia przetargu na zamówienie publiczne, wobec czego zmiana przepisów ww. Rozporządzenia nie powinna mieć wpływu na zasadność zamówienia przyłbic przez zamawiającego.

Stanął na stanowisku, że sam fakt świadczenia usług o charakterze powszechnym nie pozwala również na przyjęcie, że każda decyzja podjęta przez operatora pocztowego ma charakter działania w interesie publicznym, podkreślając że dbałość o ochronę zdrowia pracowników i klientów zamawiającego, poprzez stosowanie środków ochrony dodatkowej w postaci przyłbic stanowi najpełniejsze działanie w interesie publicznym.

Stwierdził, że unieważnienie przetargu w sytuacji, w której stosowanie przyłbic nie zostało prawnie zakazane oraz są one zalecane jako środek ochronny uzupełniający maseczkę i zapewniający dodatkowe zabezpieczenie przed zakażeniem wirusem Covid 19 dla pracowników zamawiającego i jego klientów nie jest celowe, a wykonanie zamówienia nie byłoby sprzeczne z interesem publicznym.

Odwołujący zarzucił także zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania w części III w sytuacji, w której nie zostały wypełnione ustawowe przesłanki unieważnienia czynności i zamawiający bezzasadnie zwlekał z zawarciem umowy z wykonawcą, który wypełnił wszystkie ustawowe przesłanki dla wyboru jego oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części III z dnia 16 marca 2021 r. oraz unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w części III.

Powołał się na wydruku z następujących stron:

1. [https://www.tvp.info/47639272/koronawirus-czy- przylbica-moze-zastapic-maseczke-ekspert-rozwiewa-watpliwosci-wieszwiecej](https://www.tvp.info/47639272/koronawirus-czy-przylbica-moze-zastapic-maseczke-ekspert-rozwiewa-watpliwosci-wieszwiecej),
2. [https://www.ip.pl/Covid-19/200909864-Wladze- Szwajcarii-Przylbice-to-nie-maski-Noscie-maski.html](https://www.ip.pl/Covid-19/200909864-Wladze-Szwajcarii-Przylbice-to-nie-maski-Noscie-maski.html),
3. [https://www.rp.pl/Covid-19/200719683-Szwajcarskie~ wladze-ostregaja-przed-uzywaniem-przylbic-Nie-zap-ewniaj-a-ochrony-przed- koronawirusem.html](https://www.rp.pl/Covid-19/200719683-Szwajcarskie-wladze-ostregaja-przed-uzywaniem-przylbic-Nie-zap-ewniaj-a-ochrony-przed-koronawirusem.html)

na potwierdzenie powszechności wiedzy o niższej skuteczności przyłbic ochronnych niż maseczek w zapobieganiu rozprzestrzeniania się wirusa Covid 19, powszechności

wiedzy o zasadności korzystania z przyłbic jako dodatkowego środka ochrony przed zakażeniem wirusem Covid 19, wycofywania przez kraje europejskie przyłbic jako wyłącznego środka ochrony w miejscach publicznych przed zakażeniem wirusem Covid 19, czasu kiedy publikowane były wskazane artykuły i powszechnego do nich dostępu

Odwołujący podniósł, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) nie precyzuje, aby przyłbice miały stanowić środki ochrony indywidualnej, które miałyby być stosowane samoistnie, bez udziału maseczek; SIWZ nie nałożyła wymagań, aby przyłbice stanowiły środki, które samodzielnie umożliwiałyby pełną ochronę przed możliwością zakażenia wirusem Covid 19.

Wskazał, że zamówienie zostało podzielone na części, z których każda odpowiadała innym środkom ochrony (Część I – maseczki ochronne, Część II – rękawiczki, Część III – przyłbice ochronne na twarz, Część IV – płyn do dezynfekcji, Część V – wkłady filtrujące do maseczek wielorazowych, stwierdzając że analiza poszczególnych części zamówienia wskazuje, że środki ochrony były od początku traktowane przez zamawiającego jako przeznaczone do użytku łącznego, ponieważ gdyby przyjąć, że Zamawiający traktował przyłbice jako środki stanowiące samoistną ochronę przed zakażeniem wirusem Covid 19, bezcelowe byłoby zamawianie dodatkowo maseczek oraz wkładów filtrujących.

Uznał, że przyłbice były traktowane przez zamawiającego jako uzupełnienie maseczek, nie zaś alternatywa dla nich; gdyby przyjąć przeciwnie, to – wedle odwołującego – wskazywałoby to na poważne uchybienia w skonstruowaniu zamówienia, poprzez błędne oszacowanie ilości niezbędnych przyłbic, co powinno skutkować unieważnieniem całego zamówienia, a nie wyłącznie jego części III.

Oświadczył, że dysponuje przyłbicami ochronnymi, które w pełni odpowiadają wymogom przedstawionym w SIWZ i jego załącznikach, jego oferta okazała się również najkorzystniejsza w zakresie zaproponowanej ceny.

Stwierdził, że wiedzą notoryjną, dostępną w ogólnodostępnych środkach przekazu jest fakt, że korzystanie wyłącznie z przyłbicy nie może zastąpić maseczki, ponieważ skuteczność jej stosowania jest znacznie niższa; już w początkowych miesiącach zagrożenia pandemicznego liczni eksperci wskazywali na powyższe fakty – jako przykład wskazał wypowiedź prof. J. F. Prezesa Polskiej Federacji Szpitali z 19 kwietnia 2020 r. na antenie telewizji TVP Info (nagranie i zapis wypowiedzi dostępny na stronie internetowej stacji telewizyjnej: <https://www.tvp.info/47639272/koronawirus-czy-przylbica-moze-zastapic-maseczke-ekspert-rozwiewa-watpliwosci-wieszwiecej>), który wskazywał, że *Przyłbica nie jest alternatywą dla maseczki, powinna być stosowana wraz z innymi środkami ochrony osobistej.*

Podał, że przepisy nakazujące noszenie wyłącznie maseczki w środkach transportu publicznego zostały wprowadzone w Szwajcarii już we wrześniu 2020 r. (<https://www.rp.pl/Covid-19/200909864-Wladze-Szwajcarii-Przylbice-to-nie-maski-Noscie-maski.html>), również w Szwajcarii kantonalny lekarz regionu Gryzonii już w lipcu 2020 r. apelował o nie zastępowanie maseczek przyłbicami i stosowanie ich łącznie (<https://www.rp.pl/Covid-19/200719683-Szwajcarskie-wladze-ostzegaja-przed-uzywaniem-przylbic-Nie-zapewniaja-ochrony-przed-koronawirusem.html>)

Ocenił na powyższej podstawie, że wiedza dotycząca niższej skuteczności przyłbic oraz zalecenia dotyczące korzystania z nich razem ze środkami ochrony bezpośredniej takimi jak maseczki była powszechna od tzw. pierwszej fali pandemii na terenie kraju.

Wskazał, że zamawiający przy organizowaniu zamówienia publicznego dla tak newralgicznej instytucji jaką jest Poczta Polska, mając świadomość, że jej pracownicy mają bezpośredni kontakt z klientami z całą pewnością świadomie podjął decyzję dotyczącą zawarcia w części III zamówienia przyłbic ochronnych, mając wiedzę dotyczącą ich znacznie mniejszej skuteczności od maseczek i konieczności wykorzystywania wskazanych środków ochrony bezpośredniej wspólnie, dla zapewnienia możliwie najpełniejszej ochrony pracownikom.

Stwierdził, że ze względu na przytoczone fakty, nie można zgodzić się z twierdzeniami zamawiającego jakoby wobec wejścia w życie ww. Rozporządzenia doszło do istotnej zmiany okoliczności, a samo noszenie przyłbic nosi znamiona bezcelowego.

W ocenie odwołującego w przedmiotowej sprawie nie można mówić o istotnej zmianie okoliczności, albowiem stan wiedzy na temat bezpieczeństwa przy noszeniu samych przyłbic przez pracowników zamawiającego, dla których były one przeznaczone, nie uległ jakiegokolwiek zmianie – zarówno w dacie ogłoszenia zamówienia 13 listopada 2020 r., jak i obecnie powszechna wiedza, wynikająca z przekazywanych opinii lekarzy, wirusologów i ekspertów (którzy w dobie pandemii niezwykle często wypowiadają się zarówno w mediach tradycyjnych jak i za pośrednictwem internetu) wskazuje, że przyłbica nie służy jako środek ochrony, który ma w pełni samoistnie chronić osobę z niej korzystającą przed możliwością zakażenia wirusem Covid 19.

Podkreślił, że przyłbice spełniają odmienne funkcje niż maseczki – stanowią ich uzupełnienie i zwiększają skuteczność ich stosowania, założenie przyłbicy na maseczkę znacząco zmniejsza ryzyko zakażenia.

Uzupełnił, że przyłbica chroni przed przenoszeniem wirusów, zarazków i bakterii z założonej na twarzy maseczki za pośrednictwem rąk, ponieważ uniemożliwia naturalny odruch dotykania twarzy i potencjalnego rozprzestrzeniania w ten sposób wirusa na palcach, a nadto w sposób szczególny chroni również oczy, które nie są zabezpieczane w ogóle przez maseczkę.

Podsumował, że notoryjną wiedzą, którą dysponował również zamawiający jest fakt, że przyłbice i maseczki spełniają odmienne funkcje i odmienne jest ich zastosowanie, korzystanie z nich wspólnie w sposób wzajemnie się uzupełniający daje najlepsze efekty i zapewnia najpełniejszą ochronę przed możliwością zakażenia; nie można zgodzić się z zamawiającym, że wobec zmian w treści Rozporządzenia stosowanie przyłbic stało się bezcelowe – zmiana treści ww. Rozporządzenia nie może zostać uznana za *istotną zmianę okoliczności*, albowiem nie powinna ona wpływać na sposób wykorzystania przedmiotu zamówienia jako środków ochrony dodatkowej, zwiększającej bezpieczeństwo pracowników zamawiającego.

Odwołujący zakwestionował również zasadność twierdzeń zamawiającego w zakresie braku interesu publicznego w wykonaniu zamówienia.

Podał, że w treści uzasadnienia informacji o *unieważnieniu postępowania w części III* zamawiający wskazał, że: *W tym przypadku, zakup środka ochrony, który nie jest już dopuszczony do użytku stał się bezcelowy. Kierując się potrzebą zabezpieczenia pracowników i obsługiwanych klientów (bezpośrednia obsługa klienta prowadzona jest w Pionie Sprzedaży w tzw. Regionach Sieci w całej Polsce) przed zakażeniem COYID-19, która stanowiła ceł zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, Zamawiający nie może stosować środków które zostały wyeliminowane z katalogu zabezpieczeń przed rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-Co V-2. Stosowanie przyłbic, jako niedopuszczalnego środka ochrony przed zakażeniem COYID-19, w ramach działalności, którą Zamawiający obowiązany jest prowadzić, w szczególności narażałoby życie i zdrowie wielu osób, powodując tym samym negatywne skutki dla interesu publicznego. Udzielenie zamówienia, w pierwotnie opisanym kształcie i zakresie, które nie leży już w powyżej określonym interesie publicznym, czyni w pełni zasadnym uznanie, iż interes ten jest w tym wypadku decydujący.*

Podkreślił, że aktualnie obowiązujące Rozporządzenie nie wycofało z użytku przyłbic ochronnych, przyłbice nie zostały również wyeliminowane z bliżej niesprecyzowanego katalogu zabezpieczeń przed rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, nie jest to również niedopuszczalny środek ochrony przed zakażeniem COVID 19.

Uznał, że sam fakt wprowadzenia obowiązku zakrywania ust nosa maseczką w miejscach ogólnodostępnych nie wyeliminował z obrotu przyłbic, jak zdaje się sugerować zamawiający; ponownie wskazał, że przyłbice nigdy nie były wystarczającym środkiem ochrony, aby stosować go samodzielnie, bez maseczki, zaś obecnie obowiązująca regulacja nie sprawia, że przyłbice stały się niedopuszczalne, nie wycofano ich z użytku oraz nie usunięto z katalogu środków ochronnych – w dalszym ciągu ich stosowanie jako dodatkowego środka ochrony jest bardzo korzystne i pomaga w zabezpieczeniu przed

rozprzestrzenianiem wirusa Covid 19 jakiego nie zapewnia sama maseczka.

Zgodził się z zamawiającym, co do tego, że interes publiczny jest w przypadku przedmiotowego postępowania decydujący, podnosząc jednocześnie, że w interesie pracowników zamawiającego i jego klientów, których bezpieczeństwo jak wynika z treści uzasadnienia jest dla zamawiającego kluczowe, jest, aby zabezpieczenie ich przed możliwością rozprzestrzeniania się wirusa Covid 19 było jak najpełniejsze – przyłbice są środkami, które to bezpieczeństwo zwiększają.

Podsumował, że wykonanie zamówienia w dalszym ciągu pozostaje w pełni zgodne z interesem publicznym, co czyni unieważnienie czynności zamawiającego bezzasadnym oraz, że zamawiający nie wypełnił przesłanki unieważnienia postępowania dotyczącej możliwości przewidzenia istotnej zmiany okoliczności powodującej.

Wskazał, że w treści uzasadnienia informacji o unieważnieniu postępowania zamawiający podał: *Opisana powyżej zmiana stanu prawnego ma charakter zewnętrzny i niezależny od Zamawiającego i nie była przewidywalna na którymkolwiek z wcześniejszych etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Eliminacja przez ustawodawcę innych niż maseczka środków ochrony indywidualnej - w tym przyłbicy - uzasadniona niespełnianiem cech wystarczającego środka zabezpieczającego nie pozwala uznać, iż przyłbice ponownie staną się środkiem ochrony osobistej dopuszczonym przez prawo do powszechnego stosowania w czasie stanu epidemii lub zagrożenia epidemicznego.*

Przyznał, że zmiana przepisów powszechnie obowiązujących jest niezależna od zamawiającego, jednak – w ocenie odwołującego – sam fakt, że decyzja nie jest podejmowana przez dany podmiot nie jest tożsama z wymienioną w treści ustawy Pzp możliwością przewidzenia zmiany. Stwierdził, że ustawodawca nie bez przyczyny użył tego określenia, które wskazuje, że zamawiający powinien w zakresie zamówienia antycypować potencjalne sytuacje mające wpływ na przebieg postępowania i wykonanie zamówienia, o ile były one możliwe do wykrycia wcześniej, co –według odwołującego – miało w tym przypadku miejsce.

Przytoczony fragment uzasadnienia w ocenie odwołującego nosi znamiona wewnętrznie sprzecznego, ponieważ zamawiający wskazuje, że zmiana przepisów była niemożliwa do przewidzenia, jednakże podnosi z podobną pewnością, że przyłbice ponownie nie staną się środkiem ochrony osobistej dopuszczonym przez prawo do powszechnego stosowania w czasie stanu epidemii lub zagrożenia epidemicznego.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 6 kwietnia 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosował przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”], ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 22 marca 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy – unieważniając postępowanie w części 3 zamówienia, w ramach której odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia i osiągnięcia zysku w wyniku jego realizacji, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp, czego zamawiający nie kwestionował.

Skład orzekający Izby ustalił także, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej nadal „ustawa Pzp”].

Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w części III pomimo braku wykazania i uzasadnienia przez zamawiającego, że w przedmiotowym postępowaniu: wystąpiła istotna zmiana okoliczności, wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć nie potwierdził się.

Przedmiotem prowadzonego przez zamawiającego postępowania na sprzedaż i sukcesywne dostarczanie do komórek organizacyjnych zamawiającego asortymentu w ramach części III były przyłbice pełne ochronne na twarz w ilości docelowej (uwzględniającej prawo opcji) 60 tys. sztuk (rozdział II pkt 1 SIWZ).

Postępowanie zostało wszczęte 13 listopada 2020 r. (publikacja ogłoszenia o zamówienia w Dzienniku Urzędowym UE S222 546742-2020-PL).

Pismem z dnia 29 stycznia 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze w części III (w ramach, której złożono 7 ofert) jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Pismem z dnia 16 marca 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 29 stycznia 2021 r.

W tym samym dniu (16 marca 2021 r.) zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania w części III na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, uzasadniając to w następujący sposób:

„W chwili publikowania ogłoszenia o zamówieniu w ramach niniejszego postępowania (tj. w dniu 13 listopada 2020 r.), przepis § 27 ust. 1 pkt 2 lit. c) i d) obowiązującego wówczas Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 października 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. z 2020 r. poz. 1758) przewidywał: Do odwołania nakłada się obowiązek zakrywania, przy pomocy odzieży lub jej części, maski, maseczki, przyłbicy albo kasku ochronnego (...) w miejscach ogólnodostępnych, w tym: (...)

c) w zakładach pracy oraz w budynkach użyteczności publicznej przeznaczonych na potrzeby: administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny,

d) w obiektach handlowych lub usługowych, placówkach handlowych lub usługowych i na targowiskach (straganach).

Stan umożliwiający korzystanie ze środka ochrony w postaci przyłbicy utrzymywał się do dnia 27 lutego 2021 r., kiedy to weszło w życie Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 lutego 2021 r. sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. z 2021 r. poz. 367). Rozporządzenie to wyeliminowało ze środków możliwych do zastosowania w celu zakrywania ust i nosa maski, przyłbice oraz kaski ochronne (§ 25 ust. 1 obecnie obowiązującego rozporządzenia).

Powyższą zmianę, na którą składa się ww. zmiana stanu prawnego, eliminująca przyłbice, w tym przyłbice, która są przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu, jako środek

zabezpieczający, służący do zakrywania ust i nosa należy traktować zatem jako obiektywną i istotną zmianę okoliczności powodującą, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Co więcej, zmiana ta ma charakter powszechny.

Poczta Polska S.A., kierując się koniecznością zabezpieczenia zarówno pracowników jak i swoich klientów zobowiązana jest do korzystania ze środków ochrony przed COVID-19 spełniających wymagania nałożone przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Zmiana stanu prawnego tym samym czyni zakup i użytkowanie przyłbic bezcelowym, gdyż nie są one wystarczającym i dopuszczalnym środkiem zabezpieczającym przed rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2. Znaczący i powszechny charakter niniejszej zmiany jednoznacznie wskazuje, iż jest to istotna zmiana okoliczności.

Opisana powyżej zmiana stanu prawnego ma charakter zewnętrzny i niezależny od Zamawiającego i nie była przewidywalna na którymkolwiek z wcześniejszych etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Eliminacja przez ustawodawcę innych niż maseczka środków ochrony indywidualnej – w tym przyłbicy – uzasadniona niespełnianiem cech wystarczającego środka zabezpieczającego nie pozwala uznać, iż przyłbice ponownie staną się środkiem ochrony osobistej dopuszczonym przez prawo do powszechnego stosowania w czasie stanu epidemii lub zagrożenia epidemicznego.

Zarówno w chwili wszczęcia niniejszego postępowania, jak i na każdym z jego późniejszych etapów nie były powszechnie znane ani dostępne informacje dotyczące przewidywanej czy też możliwej do zaistnienia zmiany w postaci wyeliminowania przyłbicy jako środka ochrony przed COVID-19. Wykonanie niniejszego zamówienia nie leży w interesie publicznym. Zamawiający (Poczta Polska S.A.), jako podmiot ze 100% udziałem Skarbu Państwa oraz „operator wyznaczony” w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe tj. operator pocztowy obowiązany do świadczenia usług powszechnych, zobowiązana jest nie tylko do prowadzenia racjonalnej gospodarki finansowej, ale do świadczenia usług powszechnych w sposób wymagany przepisami powszechnie obowiązującego prawa (zob. m.in. art. 46 ust. 2 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe oraz przepisy wykonawcze wydane na podstawie art. 47 ww. ustawy, w tym wymogi dotyczące dostępności i zasad funkcjonowania placówek pocztowych). W tym przypadku, zakup środka ochrony, który nie jest już dopuszczony do użytku stał się bezcelowy. Kierując się potrzebą zabezpieczenia pracowników i obsługiwanych klientów (bezpośrednia obsługa klienta prowadzona jest w Pionie Sprzedaży w tzw. Regionach Sieci w całej Polsce) przed zakażeniem COVID-19, która stanowiła cel zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, Zamawiający nie może stosować środków które zostały wyeliminowane z katalogu zabezpieczeń przed rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2. Stosowanie przyłbic, jako niedopuszczalnego środka ochrony przed zakażeniem COVID-19, w ramach działalności,

którą Zamawiający obowiązany jest prowadzić, w szczególności narażałoby życie i zdrowie wielu osób, powodując tym samym negatywne skutki dla interesu publicznego. Udzielenie zamówienia, w pierwotnie opisanym kształcie i zakresie, które nie leży już w powyżej określonym interesie publicznym, czyni w pełni zasadnym uznanie, iż interes ten jest w tym wypadku decydujący.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp brzmi: „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”

Obie strony w swoich stanowiskach wskazywały, że obowiązkiem zamawiającego jest unieważnienie postępowania w przypadku łącznego spełnienia trzech przesłanek:

1. musi wystąpić zmiany okoliczności i to zmiana istotna,
2. zmiana ta musi spowodować, że prowadzenie/wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
3. okoliczności tej nie można było wcześniej przewidzieć.

Strony w odmienny sposób oceniały jednak, czy powyższe przesłanki wystąpiły w odniesieniu do części III prowadzonego przez zamawiającego postępowania.

Odwołujący utrzymywał, że przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania nie spełniły się, w konsekwencji czego zamawiający bezpodstawnie, naruszając wskazany przepis unieważnił postępowanie w części III zamówienia.

Zamawiający zajął stanowisko przeciwne.

Skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że unieważniając postępowanie w części III zamawiający miał ku temu podstawy, a tym samym, że nie dopuścił się naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności dostrzec należy, że celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zrealizowanie jakiejś potrzeby zamawiającego. Wskazaną przez zamawiającego w ramach części III potrzebą był zakup 60 tys. przyłbic pełnych ochronnych na twarz o cechach opisanych w załączniku nr 3 do projektu umowy.

Dostrzec jednocześnie należy, że o ile obowiązkiem zamawiającego, narzuconym mu przepisem art. 29 ustawy Pzp jest opis przedmiotu zamówienia w szczególności w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, o tyle przepisy nie narzucają zamawiającemu prezentacji

w opracowanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania opisu sposobu wykorzystania zamawianych produktów, celów, jakie przy wykorzystaniu zamawianych produktów chce osiągnąć.

Podstawy prawnej, która obligowałaby zamawiającego do wskazania w dokumentacji przetargowej (w SIWZ) sposobu w jaki wykorzystane będą u zamawiającego zamawiane w ramach części III przyłbice nie wskazał także odwołujący (Protokół z rozprawy – str. 3).

Brak zatem wskazania w dokumentacji przetargowej, że zamawiane przyłbice miały być wykorzystywane przez pracowników zamawiającego jako jedyne, samoistne, a nie dodatkowe, uzupełniające środki ochrony indywidualnej w celu zabezpieczenia tak pracowników, jak i klientów zamawiającego przed zarażeniem/rozprzestrzenianiem się wirusa Covid-19 nie stanowi wady tej dokumentacji.

Odwołujący, nie mając ku temu podstaw – w świetle opracowanej przez zamawiającego dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności dla części III – błędnie założył, że celem zamawiającego była ochrona pracowników zamawiającego i jego klientów, poprzez stosowanie przyłbic jako dodatkowych (obok innych) środków ochrony indywidualnej.

Założenie, że zamawiane przyłbice stanowić miały nie jedyny, a dodatkowy środek ochrony indywidualnej nie znajduje także potwierdzenia w treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania w części III.

Podkreślić przy tym należy, że zamówienie przez zamawiającego przyłbic jako wyłącznych środków ochrony indywidualnej z przeznaczeniem dla pracowników zamawiającego znajdowało oparcie w obowiązujących w dacie wszczęcia postępowania (13.11.2020 r.) i wyboru oferty najkorzystniejszej (29.01.2021 r.) przepisach rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 października 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. z 2020 r. poz. 1758) – przywołany przez zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania § 27 ust. 1 pkt 2 lit. c) i ocena z tej perspektywy, że przyłbica nie może zastąpić innych środków ochronnych, a jedynie może stanowić ich uzupełnienie nie ma znaczenia. Nie ma także znaczenia z tej perspektywy wiedza prezentowana w ogólnodostępnych środkach przekazu na temat niższej skuteczności stosowania przyłbicy w porównaniu do maseczki. Jedynie na marginesie dostrzec należy, że zapewne ta właśnie wiedza stanowiła jedną z przyczyn zmiany rozporządzenia z 9 października 2020 r.

Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, że celem zamawiającego był zakup w ramach części III przyłbic z przeznaczeniem ich do stosowania przez pracowników zamawiającego jako samodzielny środek ochrony indywidualnej.

Realizacja tego celu stała się niemożliwa z dniem 27 lutego 2021 r., tj. z chwilą wejścia w życie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 26 lutego 2021 r. w sprawie

ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. z 2021 r. poz. 367) mocą, którego przyłbice przestały być dopuszczalnym środkiem ochrony, wyłącznym (w rozumieniu rozporządzenia) środkiem ochrony.

Skład orzekający Izby, za wyrokiem z dnia 3 lipca 2020 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 912/20 wskazuje, że *„pojęcie interesu publicznego jest pojęciem niedookreślonym, niemniej jego funkcja w stosowaniu prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego (w tym wypadku zamawiającego) w możliwości reagowania na sytuacje faktyczne doniesłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych, prowadzącym do elastycznego i słusznego rozstrzygnięcia spraw (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 maja 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 405/180). Wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w ustawie orzecznictwo przyjmuje rozumienie tego pojęcia wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. akt W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy uznać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego (por. m.in. postanowienie KIO z dnia 30 marca 2020 r., sygn. akt KIO/W 12/20). Co prawda interesu publicznego co do zasady nie powinno się utożsamiać z interesem własnym Zamawiającego, niemniej mogą mieć miejsce przypadki, kiedy te interesy będą zbieżne.”*

Zamawiający – Poczta Polska S.A. jako operator wyznaczony, dysponujący środkami publicznymi świadczy usługi pocztowe o charakterze powszechnym, wyznaczając cele „częstkowe” i realizując je w szczególności poprzez zakup towarów z zastosowaniem przepisów o zamówieniach publicznych. Charakter i skala świadczonych przez zamawiającego usług przemawiają za uznaniem, że wyznaczony przez zamawiającego w odniesieniu do przedmiotowego postępowania cel miał służyć interesowi publicznemu, tj. ochronie zdrowia, a nawet życia pracowników zamawiającego i jego klientów.

Odnosząc się do oceny odwołującego, że fakt, że każda z części zamówienia odpowiadała innym środkom ochrony (maseczki ochronne wielokrotnego użytku, rękawiczki, płyn do dezynfekcji, wkłady filtrujące do maseczek wielorazowych) wskazuje, że *„środki ochrony były od początku traktowane przez Zamawiającego jako przeznaczone do użytku łącznego”* (str. 6 odwołania), skład orzekający Izby zauważa, że oczywistym jest zamawianie rękawiczek i płynu dezynfekującego wraz z przyłbicami, ponieważ chronią inny obszar (ręce), działając inaczej. Zamawianie zaś przyłbic wraz z maseczkami ochronnymi (i wkładami filtrującymi do maseczek) nie oznacza automatycznie, że miały być stosowane

jednocześnie. Równie uzasadnionym jest przyjęcie, że pracownicy zamawiającego mieli mieć możliwość wyboru środka ochrony (maseczka albo przyłbica) zgodnie z własnymi preferencjami.

O ile zgodzić należy się z odwołującym co do tego, że przyłbice stanowią uzupełnienie maseczek i zwiększają skuteczność ich stosowania, o tyle nie można zgodzić się z odwołującym, że celem zamawiającego w przypadku tego postępowania było zapewnienie pracownikom zamawiającego ochrony w najpełniejszym, biorąc pod uwagę wolumen dostępnych na rynku środków ochrony indywidualnej, zakresie.

Zamawiający ważyć musi swoje cele odpowiednio do prowadzenia racjonalnej gospodarki finansowej, co tak w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, jak i w Odpowiedzi na odwołania zamawiający akcentował.

Podsumowując, zmiana przepisów regulujących kwestie środków zabezpieczających przed wirusem Covid-19 była okolicznością, której nie można było wcześniej przewidzieć (*„Oczywistym jest, że zmiana przepisów powszechnie obowiązujących jest niezależna od Zamawiającego”* – str. 10 odwołania), była to zmiana istotna, ponieważ uczyniła niemożliwym realizację celu w postaci ochrony pracowników zamawiającego (i klientów zamawiającego) przyłbicami jako wyłącznymi środkami ochrony, powodując, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

Zarzut dotyczący naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania w części III w sytuacji, w której nie zostały wypełnione ustawowe przesłanki unieważnienia czynności i zamawiający bezzasadnie zwlekał z zawarciem umowy z wykonawcą, który wypełnił wszystkie ustawowe przesłanki dla wyboru jego oferty nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że zamawiający, unieważniając postępowanie nie dopuścił się naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Ze względu na to, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy nPzp, a także w oparciu o § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku 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: