

Sygn. akt: KIO 3386/21

WYROK

z dnia 1 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe "Transgór" Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku**, ul. Jankowicka 9, 44-201 Rybnik w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Zbiorowego w Rybniku**, ul. Budowlanych 6, 44-200 Rybnik

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;**
2. Kosztami postępowania 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: **Zarząd Transportu Zbiorowego w Rybniku** na rzecz odwołującego: **Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe „Transgór” Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu uiszczonego przez odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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

Zarząd Transportu Zbiorowego w Rybniku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej: „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Obsługa przewozów w transporcie zbiorowym dziesięcioma autobusami”, numer referencyjny: ZTZ PN/11/2021. Wartość zamówienia przekracza próg unijny

w rozumieniu art. 3 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 września 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2021/S 181-469941.

Zamawiający 8 listopada 2021 r. przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 Pzp. W terminie ustawowym wykonawca Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe „TRANSGÓR” S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 255 pkt 5 Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie, a w konsekwencji pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji zadania i osiągnięcia zysku,
- 2) art. 16 pkt 1 Pzp zw. z art. 255 pkt 5 Pzp i art. 260 ust. 1 Pzp poprzez niewystarczające i błędne uzasadnienie decyzji o unieważnieniu postępowania.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) dokonania badania i oceny ofert,
- 3) wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający uzasadniając swoją decyzję podał, że Miasto Rybnik planuje utworzenie spółki komunalnej, która ma docelowo realizować zadania w zakresie publicznego transportu zbiorowego. Jako datę rozpoczęcia działalności spółki wskazano, że ma to nastąpić nie wcześniej niż 1.01.2023 r. Odwołujący zauważył, że różnica co do pierwotnych założeń wynosi zatem zaledwie 3 miesiące. Czas ten nie uwzględnia procedury przetargowej. Przyjmując, że spółka ta w pierwszym dniu swojego funkcjonowania ogłosi przetarg na zakup autobusów lub dokona zlecenia usługi transportu drogowego, co jest raczej niemożliwe, to przy założeniu, że zastosowanie znajdzie podstawowy termin składania ofert, określony w art. 138 ust. 1 Pzp, tj. 35 dni, różnica wynosi już niespełna 2 miesiące do dnia, w którym upływa termin składania oferty. Następnie należy uwzględnić czas potrzebny na przeprowadzenie procedury badania i oceny

ofert oraz ewentualne wezwania do wyjaśnień i uzupełnień. Dodatkowo należy uwzględnić czas na ewentualne procedury odwoławcze, co oznacza, że dochodzimy do terminu 1.04.2023 r., który wynikał z pierwotnych zamierzeń. Przedmiotowy przetarg ma być realizowany w okresie od 1.01.2022 r. do 30.06.2023 r. Powyższe okoliczności, zdaniem Odwołującego, pozbawiają argument o nadpodaży w okresie od 1.01.2023 do 30.06.2023 waloru logiczności i zasadności. Nadto Zamawiający przewidział możliwość ograniczenia wolumenu przewozów o 15%, mimo, iż przepisy nie określają maksymalnej wartości zmniejszenia zamówienia. Różnica w czasookresie ulega więc dalszemu zmniejszeniu. Następnie Odwołujący stwierdził, że twierdzenia Zamawiającego o środkach pomocowych, technologii zasilania czy wzroście kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa są bardzo ogólne, nieprecyzyjne i nie nadają się do weryfikacji. Dodatkowo w żadnym stopniu nie uzasadniają decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, które zostało ogłoszone w dniu 17.09.2021 r. Dotychczas Miasto Rybnik nie wydało żadnego aktu uchwały czy informacji, która wskazywałaby na zamiar utworzenia nowego podmiotu. Zamawiający nie podaje, o jakie środki pomocowe chodzi, jaki podmiot ma je przyznawać. Sama możliwość pozyskania finansowania rozmaitych przedsięwzięć nie stanowi o spełnieniu przesłanki z art. 255 pkt 5 Pzp. Zamawiający bardzo ogólnie wspomina o analizie technologii zasilania pojazdów. W tej materii nie pojawiły się żadne nowinki technologiczne, które nie były znane na dzień ogłoszenia przetargu. Nie wiadomo o jakie analizy chodzi i co miałyby z nich rzekomo wynikać. Równie zagadkowy jest argument odwołujący się do wzrostu kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa.

Odwołujący stwierdził również, że uzasadnienie decyzji o unieważnieniu postępowania jest niewystarczające, bardzo ogólne i zagadkowe. Brak w nim szczegółowego uzasadnienia, które nadaje się do weryfikacji. Treść uzasadnienia wskazuje na wysoki stopień dowolności Zamawiającego w podejmowaniu decyzji. Zamawiający powołuje się na zdarzenia przyszłe i niepewne, które w żadnym stopniu nie stanowią o zasadności decyzji. Zamawiający w żadnym miejscu uzasadnienia nie przedstawia argumentów wskazujących, że przesłanki, o których mowa w art. 255 pkt 5 Pzp występują kumulatywnie. W kontekście gwarancyjnej funkcji normy art. 255 Pzp oraz jej wyjątkowości, a także konieczności ścisłej wykładni, należy uznać, że decyzja o unieważnieniu postępowania jest błędna i bezpodstawna, a Zamawiający z chwilą wniesienia odwołania utracił prawo doprecyzowania, korygowania czy rozszerzenia argumentów zawartych w decyzji o unieważnieniu postępowania.

W dalszej kolejności Odwołujący zauważył, że Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 5 Pzp, który jest tożsamy z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo

zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r., co oznacza, że aktualne pozostają poglądy wyrażone w orzecznictwie i doktrynie. Powołując na przytoczone w odwołaniu orzecznictwo, Odwołujący wskazał m.in., że zmiana okoliczności powinna być istotna, a ponadto musi rzeczywiście wystąpić, co oznacza, że nie spełnia tej przesłanki jedynie możliwość jej wystąpienia. Okoliczności muszą być nieprzewidywalne obiektywnie, a nie jedynie nieprzewidziane przez Zamawiającego. Interes publiczny przeważa nad zasadą uczciwej konkurencji oraz uzasadnionych interesów wykonawców jedynie w nadzwyczajnych okolicznościach. Interes Zamawiającego nie może być utożsamiany z interesem publicznym. Zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości.

Odwołujący dodatkowo podał, że Zamawiający 14.06.2021 r. ogłosił inny przetarg pn, Obsługa przewozów w transporcie zbiorowym dwudziestoma trzema autobusami, nr postępowania ZTZ PN 02/2021, gdzie okres realizacji usług został określony od 1.01.2022 do 31.12.2031. Przetarg ten został rozstrzygnięty 9.09.2021 r. i wybrano ofertę spółki KŁOSOK sp. z o.o. sp.k. za kwotę 127 071 100 zł brutto. Aktualnie Zamawiający ogłosił przetarg pn. Obsługa przewozów w transporcie zbiorowym dziesięcioma autobusami, nr postępowania ZTZ PN/12/2021, a okres realizacji od 1.01.2022 do 31.12.2022.

Do odwołania zostały załączone: informacja o unieważnieniu postępowania z 8.11.2021 r., informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9.09.2021 r., wyciąg z umowy.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania wskazując m.in., że programy pomocowe są raczej ukierunkowane na jednostki komunalne. Wśród tych programów jest program narodowego Funduszu Ochrony Środowiska, gdzie w ramach pierwszego naboru Miasto Rybnik nie zdążyło złożyć wniosku aplikacyjnego. Natomiast przygotowuje wniosek do złożenia w ramach drugiego naboru, którego termin upływa 20 grudnia 2021 r. Ma on dotyczyć zakupu 20 autobusów 12-sto metrowych zasilanych wodorem wraz ze stacją tankowania wodoru oraz dwoma butlami. Gdy przedmiotowe postępowanie było w toku mogły być też środki pomocowe z „Polskiego Ładu”. Zamawiającemu polecono złożenie wniosku na 30 milionów złotych, tj. na zakup 10 autobusów elektrycznych różnej długości i wymianę 85 wiat autobusowych. Jest to ogólnodostępna wiedza, podobnie jak wiedza o ośrodkach unijnych z RPO. Warunki naboru zostaną ogłoszone w przyszłym roku. Nowa spółka komunalna pozyska autobusy z własnych środków w formie leasingu, co wynika to z analiz biznesowych. 9 września 2021 r. na portalu rybnik.com.pl była zamieszczona informacja, że Miasto przygotowuje się do powołania nowej spółki komunalnej, cały czas były prowadzone analizy. 30 sierpnia 2021 r.

została zlecona analiza ekonomiczna, w ramach której dwuwariantowa wersja strategii została przekazana wykonawcy analizy ekonomicznej przez Zamawiającego w dniu 7 listopada 2021 r.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci ogłoszenia z 19 listopada 2021 r. o zamówieniu wraz z wyciągiem ze specyfikacji warunków zamówienia, z której wynika, że zamówienie ma być udzielone na okres od 1 stycznia 2022 r. do 30 czerwca 2023 r. na okoliczność, iż zamawiający udziela zamówień na okres analogiczny, jak w niniejszym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że w wyniku nieuzasadnionej decyzji Zamawiającego zachodzi ryzyko poniesienia szkody. Zgodnie z danymi opublikowanymi przez Zamawiającego odnośnie zestawienia ofert, oferta Odwołującego uzyskała najwyższą ilość punktów. W postępowaniu złożono tylko dwie oferty niepodlegające odrzuceniu, zatem stosownie do kryteriów oceny ofert, oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza. Unieważnienie postępowania pozbawia Odwołującego możliwości realizacji zadania, a tym samym pozbawia potencjalnych korzyści finansowych.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę uzyskać zamówienie i osiągnąć korzyści z tym związane.

Izba ustaliła, co następuje:

W informacji z 8 listopada 2021 r. o unieważnieniu postępowania Zamawiający podał:

Zamawiający informuje, o unieważnieniu postępowania przetargowego „Obsługa przewozów w transporcie zbiorowym dziesięcioma autobusami.”

Podstawa prawna unieważnienia: Art. 255 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych - Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Uzasadnienie unieważnienia:

Miasto Rybnik przygotowuje się do utworzenia spółki komunalnej będącej operatorem wewnętrznym świadczącym usługi publicznego transportu zbiorowego na zlecenie Gminy Rybnik. W pierwotnych zamierzeniach, ww. spółka miała zacząć operowanie na liniach publicznego transportu zbiorowego od dnia 1 kwietnia 2023 roku. Analiza technologii zasilania pojazdów, pojawienie się środków pomocowych z krajowych funduszy oraz wzrost kosztów funkcjonowania przedsiębiorstw i brak możliwości wpływu na tą kwestię, zdeterminowały, że podmiot ten powinien jak najszybciej przystąpić do obsługi komunikacyjnej, stopniowo przejmując wykonywanie pracy eksploatacyjnej w ramach kończących się umów przewozowych. Zorganizowanie tego typu przedsiębiorstwa wraz z pozyskaniem niezbędnego taboru, jak pokazały analizy o charakterze strategicznym, możliwe będzie nie wcześniej niż 1 stycznia 2023 r.

Zawarcie umowy w ramach niniejszego postępowania spowodowałoby, że w okresie od 1 stycznia 2023 r. do 30 czerwca 2023 r. na rynku wystąpiłaby nadpodaż jednostek transportowych, w stosunku do rzeczywistych potrzeb przewozowych na liniach publicznego transportu zbiorowego organizowanych przez Miasto Rybnik. Specyfikacja Warunków Zamówienia nie umożliwia zmniejszenia wolumenu przewozów o ponad 33%. Sytuacja taka nie leży więc w interesie publicznym ze względów ekonomicznych.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zamierza ogłosić nowe postępowanie, które obejmować będzie świadczenie usług do dnia 31 grudnia 2022 r.

Zgodnie z rozdziałem IV swz pkt 3:

3. Wielkość pracy eksploatacyjnej

- 3.1. Średnia miesięczna wielkość pracy eksploatacyjnej w okresie od 1 stycznia 2022 r. do 30 czerwca 2023 r. dla jednego autobusu wyniesie około 4 633 wozokilometrów.
- 3.2. Łącznie w czasie trwania umowy Zamawiający zakłada realizację maksimum 830 tys. wozokilometrów.
- 3.3. W całym okresie realizacji umowy, łączna wielkość pracy eksploatacyjnej, o której mowa w ust. 3 pkt 2 powyżej, nie zmniejszy się o więcej niż 15% (tj. o nie więcej niż

124 500 wozokilometrów). Łączna gwarantowana minimalna wielkość pracy eksploatacyjnej wyniesie 705 500 wozokilometrów.

Zgodnie z § 2 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 6 do swz:

Obowiązki Wykonawcy:

- 1. Obsługa przewozów pasażerskich w transporcie zbiorowym na liniach komunikacji miejskiej, organizowanych przez Zarząd Transportu Zbiorowego w Rybniku minimum dziesięcioma autobusami o następujących parametrach technicznych opisanych w załączniku nr 1 do SWZ oraz wyposażenia wg formularza oferty.*
- 2. Średniomiesięczna wielkość pracy eksploatacyjnej wyniesie dla autobusu 4 633 Wozokilometrów.*
- 3. Łącznie w czasie trwania umowy Zamawiający zakłada realizację maksimum 830 tys. Wozokilometrów, z zastrzeżeniem postanowień niniejszego ustępu. W całym okresie realizacji przedmiotu Umowy, łączna wielkość pracy eksploatacyjnej, o której mowa w zadaniu, nie ulegnie zmniejszeniu o więcej niż 15% (tj. nie więcej niż o 124 500 wozokilometrów), Zamawiający gwarantuje, że w ramach przedmiotu Umowy łączna wielkość pracy eksploatacyjnej do zrealizowania przez Wykonawcę wyniesie co najmniej 705 500 wozokilometrów.*
- 4. Termin realizacji zadania:*

Od 1 stycznia 2022 r. do 30 czerwca 2023 r.

Zgodnie z § 4 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 6 do swz:

- 1. Umowa zostaje zawarta na okres od 1.01.2022 r. do 30.06.2023 r.*
- 2. Umowa wygasa w terminie wcześniejszym w przypadku zrealizowania 830 tys. wozokilometrów.*

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzuty w nim przedstawione.

Zgodnie z art. 255 pkt 5 Pzp Zamawiający unieważnienia 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.

Stosownie do art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty;*

3) *proporcjonalny.*

Art. 260 ust. 1 Pzp stanowi: *O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty (...) – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

Powyższe wskazuje, że unieważnienie postępowania następuje, jeżeli mają miejsce łącznie podane w nim okoliczności, tj.

- 1) wystąpiła istotna zmiana okoliczności,
- 2) zmiana tych okoliczności powoduje, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
- 3) zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć.

W sytuacji, gdy Zamawiający unieważniając postępowanie powołuje się na przesłankę określoną w art. 255 pkt 5 Pzp, z uwagi na to, że to na nim spoczywa ciężar dowodu, powinien wykazać zaistnienie istotnej zmiany okoliczności, której wystąpienie powoduje, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, jak też wykazać, iż powyższe przyczyny unieważnienia postępowania były niemożliwie do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał wystąpienia w postępowaniu, żadnego z elementów przyjętej przez niego przesłanki unieważnienia postępowania.

Zamawiający jako zmianę okoliczności wskazuje, że przygotowuje się do utworzenia spółki komunalnej, zaznaczając, że jej zorganizowanie możliwe będzie nie wcześniej niż 1 stycznia 2023 r. Na rozprawie Zamawiający podał, że spółka powstanie 1 kwietnia 2022 r. ze 100% udziałem gminy Rybnik, wyjaśniając jednocześnie, że pierwotnie przedmiotowy przetarg był wszczęty dla realizacji zamówień do 31 marca 2023 r., jednakże termin ten został wydłużony do 30 czerwca 2023 r., ponieważ nie było planu Zamawiającego co do pozyskania pojazdów w formie konkursu dotacyjnego. Zamawiający stwierdził, że na ostatniej sesji Rady Miasta, tj. 18 listopada 2021 r. wniósł o zabezpieczenie kwoty 60 milionów złotych na tabor z niezbędną infrastrukturą dla nowej spółki. Środki te zostały zabezpieczone w ramach wieloletniej prognozy finansowej Miasta Rybnika. Jest zabezpieczony wkład własny do nowotworzonej spółki, co pozwoli na zakup infrastruktury w 2022 r. Wynika to z planu budżetowego, który będzie uchwalany 16 grudnia 2021 r. po pozytywnym jego zaopiniowaniu przez komisję. Nadto, jak wskazał Zamawiający, w Biuletynie Informacji Publicznej, znajduje się zarządzenie Prezydenta Miasta Rybnika z 22 czerwca 2021 r. nr 376/21 o powołaniu czteroosobowego wyspecjalizowanego zespołu, który

ma za zadanie dążyć do utworzenia podmiotu komunalnego, który miałby się zajmować przewozami.

Nie jest zatem sporne, że taka spółka komunalna nie została jeszcze utworzona, a jedynie trwają przygotowania do jej utworzenia. Nie jest przy tym pewne, że we wskazanych przez Zamawiającego datach spółka rzeczywiście powstanie, zostanie odpowiednio zorganizowana i będzie świadczyć usługi objęte przedmiotem analizowanego postępowania. Jak bowiem na rozprawie podał Zamawiający w Biuletynie Informacji Publicznej dostępna jest uchwała Rady Miasta nr 636/38/21 z 27 maja 2021 r., w której zostało wskazane, że realizacja przewozów może następować w trzech formach, tj. po przeprowadzeniu przetargu na usługi przewozowe, poprzez zakup autobusów przez Gminę oraz powołanie podmiotu zewnętrznego. Zamawiający nie wykazał, że usługi objęte analizowanym postępowaniem będą realizowane właśnie w trzeciej z ww. form.

Tymczasem wskazana przesłanka unieważnienia postępowania wskazuje na konieczność rzeczywistego pojawienia się nowych istotnych okoliczności, a nie jedynie pojawienie się bliżej niesprecyzowanego planu ich wystąpienia, przy czym chodzi w niej o powstanie nowych okoliczności na tyle znaczących, że skutkują tym, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Zamawiający nie wykazał jaki interes publiczny miałby być zagrożony i nie udowodnił, że miałby on być na tyle ważny i znaczący, że wymaga unieważnienia przedmiotowego postępowania. Interes publiczny nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem Zamawiającego.

Zauważenia wymaga, że z dokumentacji postępowania wynika, że nawet ewentualne zorganizowanie planowanej spółki na początku 2023 r. nie stałoby w kolizji z realizacją przedmiotowego zamówienia zgodnie z umową i nie wskazywałoby w sposób jednoznaczny na ewentualną, wskazaną przez Zamawiającego, nadpodaż usług przewozowych. Jak wyżej wskazano, według Zamawiającego nadal część przewozów miałaby być realizowana przez wykonawców wyłonionych w drodze przetargu. Ponadto wzór umowy przewiduje, że wolumen zamówienia może ulec zmniejszeniu do 15%, co jak wynika z wyliczeń Odwołującego, którym Zamawiający nie zaprzeczył, oznacza skrócenie obowiązywania umowy o ok. 3 miesiące, a więc zbliża ten termin do pierwotnego terminu jej realizacji. Z § 4 ust. 2 wzoru umowy wynika natomiast, że umowa wygasa w terminie wcześniejszym w przypadku zrealizowania 830 tys. wozokilometrów, co wskazuje, że nie jest wykluczone jej wcześniejsze zakończenie w przypadku przekraczania średniej wielkości zakładanych przewozów.

Powyższe oznacza, że wszczynając 17 września 2021 r. przedmiotowe postępowanie Zamawiający znał plany dotyczące utworzenia spółki komunalnej, która miałaby przejąć część

zadań z zakresu przewozów, i nie stały one na przeszkodzie nie tylko wszczęciu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, ale też wydłużeniu okresu obowiązywania umowy. Na rozprawie Zamawiający podał, że postępowanie zostało wszczęte, ponieważ Prezydent Miasta nie podejmował decyzji czy spółka zostanie powołana 4 kwietnia 2022 r. i czy nastąpi skorzystanie ze środków pomocowych z Funduszu Polski Ład” oraz, że 16 listopada 2021 r. przekazał Prezydentowi materiał uzupełniający w ramach działającego zespołu, który był opracowywany dużo wcześniej. Nadto wskazał, że od stycznia 2021 r. trwają analizy struktury taborowej. W trakcie tych analiz, tj. po ogłoszeniu przedmiotowego postępowania, Zamawiający podjął decyzję, że bierze tabor hybrydowy bez dotacji.

Nie można zatem przyjąć, że w okolicznościach analizowanej sprawy same plany utworzenia spółki komunalnej stanowią o zmianie okoliczności, skoro takie plany istniały i były tworzone z udziałem Zamawiającego, co wynika z jego stanowiska zaprezentowanego na rozprawie, a więc były wiadome w dacie wszczęcia postępowania. Tym bardziej, nie można przyjąć, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności, która miałaby charakter obiektywnie nieprzewidywalny w dacie wszczęcia postępowania. Nadto na dzień unieważnienia postępowania utworzenie spółki komunalnej nadal było w sferze planów. Nie wystąpił więc pierwszy z elementów ww. przesłanki unieważnienia postępowania, tj. nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności. Nie wystąpiły też dalsze elementy tej przesłanki, które odnoszą się właśnie do wystąpienia istotnej zmiany okoliczności.

Z tych względów należy uznać, że unieważnienie postępowania nastąpiło z naruszeniem przepisu art. 255 pkt 5 Pzp.

W ocenie Izby potwierdziły się także pozostałe zarzuty odwołania. Przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania nie odpowiada bowiem wymogom Pzp.

Postępowanie winno być prowadzone z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób przejrzysty. Czynność unieważnienia postępowania nie może być wynikiem dowolnego uznania zamawiającego, a wykonawcy nie mogą być stawiani w sytuacji, że mają się domyślać przyczyn, dla których Zamawiający dokonał tej czynności. Przyczyny te, zarówno w aspekcie prawnym, jak i faktycznym, powinny być jasno i konkretnie przedstawione w informacji o unieważnieniu postępowania. Służą one bowiem umożliwieniu zweryfikowania prawidłowości takiej czynności przez wykonawców i podjęciu decyzji, co do ewentualnego sformułowania zarzutów przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej. W razie wniesienia odwołania na czynność unieważnienia postępowania, Izba bada jej zasadność z uwzględnieniem informacji

podanych w zawiadomieniu o jej dokonaniu, w szczególności z uwzględnieniem wskazanych okoliczności faktycznych.

W ocenie Izby uzasadnienie unieważnienia postępowania przedstawione przez Zamawiającego w piśmie z 8 listopada 2021 r. nie spełnia wymogów przewidzianych dla takiej informacji, w szczególności nie zawiera jasnego i wyczerpującego wykazania wypełnienia się przesłanek określonych w art. 255 pkt 5 Pzp.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że uzasadnienie to jest ogólnikowe i wskazuje na okoliczności przyszłe i niepewne. Uzasadnienie nie tylko wskazuje na trwające jedynie przygotowania do utworzenia spółki komunalnej, a nie jej utworzenie, ale też zawiera niedookreślone argumenty m.in. w zakresie analizy technologii zasilania pojazdów, bez podania np. o jakie wnioski z takiej analizy chodzi, jak też zawiera zasygnalizowane stanowisko w zakresie pojawienia się środków pomocowych z krajowych funduszy, bez podania o jakie środki pomocowe chodzi, jak też kiedy takie możliwości się pojawiły i jaki mają związek z decyzją Zamawiającego. Tymczasem informacje przedstawione w uzasadnieniu unieważnieniu postępowania powinny być konkretne i w sposób jasny wskazywać na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności oraz wypełnienie się pozostałych elementów przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie zostało stwierdzone zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezes Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów

kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: