

Sygn. akt: KIO 1250/20

**WYROK**  
**z dnia 3 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **NED – PROJECT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Morską Służbę Poszukiwania i Ratownictwa w Gdyni**,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **NED – PROJECT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **NED – PROJECT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **NED – PROJECT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** na rzecz Zamawiającego – **Morskiej Służby Poszukiwania i Ratownictwa w Gdyni** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Morska Służba Poszukiwania i Ratownictwa w Gdyni [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę wielozadaniowego statku ratowniczego dla Morskiej Służby Poszukiwania i Ratownictwa* (znak postępowania: NZ- ER/II/PN/01/20).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2020 r. pod numerem 2020/S 002-001255.

W dniu 5 czerwca 2020 r. wykonawca NED - PROJECT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1a ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie było podstaw faktycznych i prawnych do unieważnienia zamówienia publicznego na 26 minut przed ostatecznym terminem składania ofert wyznaczonym na dzień 1 czerwca 2020 r. na godzinę 10:00. Unieważnienie zamówienia nastąpiło w dniu 1 czerwca 2020 r. o godzinie 09:34. Jednocześnie wraz z unieważnieniem postępowania przedłużono jego termin składania ofert na dzień 4 czerwca 2020 r. na godzinę 10:00.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania i przywrócenia biegu przedmiotowego zamówienia publicznego z dnia 3 stycznia 2020 r. pod numerem 2020/S 002 – 001255 zgodnie z jej dotychczasową dokumentacją przetargową;
2. nakazanie Zamawiającemu przesunięcie terminu składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie aktualizacji dokumentacji ofertowej, tj. minimum 5 dni roboczych od dnia pozytywnego rozpatrzenia odwołania przez KIO;
3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1. ogłoszenie o zamówieniu z dnia 03.01.2020 r. na okoliczność wskazania przez Zamawiającego zapewnionego finansowania na realizację zamówienia;
2. ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 18.03.2020 r. na okoliczność dokonanego w dniu 18.03.2020 r. dopisania w ogłoszeniu o zamówieniu przesłanki unieważnienia postępowania przetargowego w oparciu o art. 93 ust. 1a ustawy Pzp;

3. unieważnienie postępowania z dnia 17.02.2020 r. na okoliczność dokonanego w dniu 17.02.2020 r. unieważnienia postępowania z innej przyczyny niż obecnie;
4. decyzja Ministra Finansów z dnia 29.05.2020 r. o zmianie decyzji o zapewnieniu finansowania przedsięwzięcia na okoliczności rzeczywistych przyczyn unieważnienia postępowania przetargowego oraz przesłanek (podstaw) jakimi kierował się Minister cofając dofinansowanie i wydając decyzję;
5. wniosek Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej (MGMiŻŚ) z dnia 27.05.2020 r. znak: BBF.WP.I.3111.5.1.2020.RL9 na okoliczność przyczyn cofnięcia dofinansowania oraz prośby Ministra o cofnięcie dofinansowania;
6. pismo nr DPI-VIII.3114.121.2020 z dnia 13.05.2020 r.;
7. pismo Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej znak: DGM.WWIPE.4.082.2.13.2020.PG z dnia 11.05.2020 r.  
oba pisma na okoliczność rzeczywistych przyczyn unieważnienia postępowania przetargowego oraz przesłanek (podstaw) cofnięcia dofinansowania;
8. ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 31.05.2020 r. na okoliczność przedłużenia terminu składania ofert a następnie unieważnienie postępowania przetargowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający powołuje się na art. 93 ust. 1a ustawy Pzp jako podstawa do unieważnienia postępowania. W opinii Odwołującego powyższa przesłanka nie zaistniała. Odwołujący zauważył, że ogłaszając przedmiotowe postępowanie przetargowe Zamawiający miał zapewnione finansowanie zamówienia na podstawie: 1) decyzji Ministerstwa Finansów nr 360/POLIŚ2020/2017 o zapewnieniu finansowania realizacji przedsięwzięcia, 2) umowy o dofinansowanie z dnia 13 grudnia 2017 r. nr POIS.03.02.00-00-0011/17-00 o dofinansowanie Projektu „Budowa wielozadaniowego statku ratowniczego dla Morskiej Służby Poszukiwania i Ratownictwa” w ramach Działanie 3.2 Rozwój transportu morskiego, śródlądowych dróg wodnych i połączeń multimodalnych; Oś priorytetowa III: Rozwój sieci drogowej TEN-T i transportu multimodalnego, Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 zawartej z Centrum Unijnych Projektów Transportowych (CUPT). Powyższe Zamawiający również wprost wskazał w treści Ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący uzasadniał, że jedną z podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych jest zasada trwałości postępowania oraz realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i realizacji zamówienia. Tym samym unieważnienie postępowania zawsze należy traktować jako wyjątek od zasady. Dodatkowo z uwagi na zasadę *exceptiones non sunt extendendae* przesłanki unieważnienia postępowania określone w art. 93 ust. 1 i 1 a ustawy Pzp należy interpretować w sposób ścisły (zob. wyrok Izby z 22 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1693/11).

Pogląd ten był wielokrotnie potwierdzany w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, w tym w wyroku z dnia 05 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2047/11) oraz wyroku z dnia 01 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 606/11), a także w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2010 r. (sygn. akt IV Ca 429/10), w którym Sąd ten podkreślił, że wykładnia rozszerzająca jednej z podstaw unieważnienia postępowania powodowałaby powstanie nowej przesłanki unieważnienia postępowania, nieprzewidzianej przez ustawodawcę.

Odwołujący wskazywał następnie na poglądy doktryny dotyczące art. 93 ust. 1a ustawy Pzp. Uzasadniał, że nie może być argumentem uzasadniającym unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Pzp stwierdzenie Zamawiającego, że przez nieprzyznanie sfinansowania należy rozumieć również cofnięcie finansowania, gdyż ustawodawca w tym przepisie nie przewidział takiej przesłanki unieważnienia postępowania, jak cofnięcie finansowania. Gdyby celem ustawodawcy było, aby podstawą unieważnienia był także przypadek utraty dofinansowania, dałby temu wyraz w brzmieniu przepisu.

Ponadto zauważył, że możliwość unieważnienia postępowania Zamawiający przewidział dopiero w dniu 18 marca 2020 r. zmieniając w tym celu pierwotną treść Ogłoszenia o zamówieniu. Natomiast w dniu 17 lutego 2020 r. Zamawiający już raz unieważnił postępowanie przetargowe korzystając z innej przesłanki niż obecnie tj. w oparciu o art. 93 ust. 3 pkt. 6 ustawy Pzp, co było przedmiotem odwołania od czynności unieważnienia, a które to odwołanie KIO uznało za całkowicie zasadne. W wyniku tego odwołania Zamawiający w dalszym ciągu kontynuował postępowanie przetargowe przedłużając jedynie co jakiś czas termin składania ofert, co wskazywało na pozorność działań Zamawiającego i jego niechęć do rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu. Dlatego też, zdaniem Odwołującego, wskazana przez Zamawiającego przyczyna unieważnienia postępowania ma charakter pozorny, zaś rzeczywiste intencje Zamawiającego pozostają ukryte. Zapewne Zamawiający z innych przyczyn, znanych tylko sobie samemu, chce unieważnić postępowanie. Należy bowiem zauważyć, że w dniu, w którym doszło do unieważnienia przetargu Zamawiający praktycznie w jednym czasie zmienił termin składania ofert wydłużając go do 04 czerwca 2020 r., i dokonał unieważnienia postępowania przetargowego. Odwołujący wskazuje także, że cofnięcie dofinansowania, a w konsekwencji utrata finansowania zamówienia nastąpiła w wyniku celowego działania Zamawiającego, który robił wszystko, aby to dofinansowanie utracić.

Odnosząc się do uzasadnienia faktycznego unieważnienia przedmiotowego postępowania Zamawiający powołuje się na decyzję Ministra Finansów z dnia 29.05.2020 roku o zmianie decyzji o zapewnieniu finansowania przedsięwzięcia. Rzeczywiście decyzja z dnia 29.05.2020 r. zmienia wcześniejszą decyzję 360/POHS2020/2017 o zapewnieniu finansowania realizacji przedsięwzięcia w sposób, który wstrzymuje finansowanie umożliwiające dalsze realizowanie inwestycji. Odwołujący zwrócił uwagę na przesłankę, która

stanowiła podstawę jej wydania: wniosek Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej (MGMiŻŚ) z dnia 27.05.2020 r. znak: BBF.WP.I.3111.5.1.2020.RL9. MGMTiŻŚ w piśmie z dnia 27.05.2020 r. zwraca się z prośbą o korektę decyzji o zapewnieniu finansowania. Pokazuje to, że Minister MGMTiŻŚ podjął, w imieniu Skarbu Państwa, decyzję o wstrzymaniu zapewnionego wcześniej finansowania. Minister powołuje się w tym miejscu tylko na dwie przyczyny wstrzymania finansowania: „Powyższa zmiana wynika z pisma nr DPI-VIII.3114.121.2020 z dnia 13.05.2020 r. oraz z wszczęcia przez Centrum Unijnych Projektów Transportowych procedury rozwiązania umowy o dofinansowanie projektu...”.

Pismo nr DPI-VIII.3114.121.2020 z dnia 13.05.2020 r. odwołuje się do kolejnego pisma od Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej znak: DGM.WWTPE.4.082.2.13.2020.PG z dnia 11.05.2020 r. informującym o rezygnacji z realizacji powyższego projektu. To jest kolejny przykład na to, że Minister właściwy do spraw morskich, bez podstawy prawnej, usiłuje doprowadzić do wstrzymania finansowania na przedmiotowy projekt. Argumenty w tym piśmie są kluczowe dla przedmiotowego odwołania. W pierwszych akapitach odnoszą się bowiem do zmian organizacyjnych związanych z włączeniem SAR w struktury Urzędów Morskich. Ta sprawa była już przedmiotem wspomnianej wcześniej rozprawy w KIO nr 373/20 z dnia 04.03.2020 r., gdzie w wyroku wyraźnie czytamy o tych zmianach organizacyjnych, że: „...Nie można stwierdzić, że nastąpiła zmiana okoliczności, która miałaby prowadzić do unieważnienia postępowania...” (strona 9 wyroku). Ponadto KIO uznało w wyroku, że nie zachodzą żadne przesłanki, które miałyby pozytywny wpływ na interes publiczny w przypadku rezygnacji z budowy statku.

Odwołujący wskazał, że nie jest w posiadaniu wspomnianej w piśmie „Analizy zasadności budowy statku wielozadaniowego o parametrach określonych przez MŚPiR w kontekście ich funkcjonalności i realizowanych zadań MŚPiR.” Analiza rzekomo wykazała, że budowa przedmiotowego statku nie jest zasadna. Odwołujący jest jednak świadom, że przedmiotowy projekt musiał być efektem wielu analiz, studiów wykonalności i zapewne licznych innych opracowań, ponieważ jest to projekt bardzo dobrze przygotowany merytorycznie, a jako ekspert z branży okrętownictwa, Odwołujący jest świadom wielkiej potrzeby budowy takiej jednostki dla polskiego wybrzeża.

W piśmie powołano się na ryzyko nie zrealizowania projektu w bieżącej perspektywie finansowej, co jest przecież sprzeczne z założonymi harmonogramami, które zakłada dokumentacja przetargowa. Założony harmonogram przewiduje jeszcze wielomiesięczny zapas na ewentualne opóźnienia, które mogłyby zapewne powstać, chociażby w trakcie wyłaniania wykonawców gdyby przetarg został doprowadzony do końca.

W kolejnych akapitach pisma Minister nie ukrywa już faktu, że środki z przedmiotowego projektu planuje przeznaczyć na inne projekty, w którym brakuje środków, które „ze względu na brak alokacji, otrzymały dofinansowanie mniejsze niż maksymalne 85%

wartości wydatków.” W tym punkcie jasno widać, że Minister jednoosobowo podejmuje w tym piśmie decyzję o zmianach dotyczących priorytetów wykorzystania środków publicznych. Priorytetów, które były przedmiotem wcześniejszych decyzji strategicznych, wcześniejszych konsultacji społecznych, negocjacji z decydentami unijnymi itd.

Według informacji pozyskanych z CUPT, CUPT rozpoczyna procedurę rozwiązania umowy o dofinansowanie na podstawie dyspozycji Ministerstwa GMiŻŚ. Według wiedzy Odwołującego, na dzień złożenia niniejszego odwołania nie nastąpiło rozwiązanie umowy o dofinansowanie między CUPT a Zamawiającym.

Wracając do uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania Odwołujący wskazał, że należy zwrócić uwagę na zdanie: „Zamawiający utracił finansowanie projektu i obecnie nie ma środków na jego realizację”. W kontekście analizy powyższej korespondencji, należy wywnioskować, że Zamawiający, którym jest SAR jako reprezentant Skarbu Państwa nie został pozbawiony finansowania. Skarbowi Państwa nikt nie odebrał pieniędzy. Odwołujący nie ma wiedzy o tym, aby ktokolwiek z decydentów unijnych wstrzymał środki na realizację przedmiotowego projektu. To Minister, jako reprezentant Skarbu Państwa, wstrzymał finansowanie na realizację projektu przez Skarb Państwa. Nie zachodzi zatem przesłanka do jakichkolwiek oddziaływań zewnętrznych, które miałyby wpływ na wstrzymanie finansowania dla kluczowego w ramach Programu unijnego projektu.

W uzasadnieniu faktycznym czytamy jeszcze o przekazanym Zamawiającemu przez CUPT porozumieniu o rozwiązaniu umowy o dofinansowaniu. Z tego jasno wynika, że CUPT nie wypowiada umowy o dofinansowanie jednostce budżetowej SAR, a jedynie obie Strony umowy rozważają rozwiązanie umowy o dofinansowanie. Do tego faktu (wg wiedzy Odwołującego) jeszcze jednak nie doszło. Istotna jest natomiast sama przesłanka, która jako porozumienie nie może stanowić PRZYMUSU rezygnacji z zamówienia publicznego, a zatem wynika z dobrowolnie podjętej przez Zamawiającego decyzji.

Na koniec Odwołujący zwrócił uwagę, że unieważnienie przetargu nastąpiło po okresie kilku miesięcy jego trwania na 26 minut przed jego zakończeniem. W tym samym czasie przedłużono termin składania ofert do dnia 04.06.2020 r. Przy tak rozciągniętym w czasie zamówieniu publicznym, które rozpoczęło się 03.01.2020 r., takie działanie jest przynajmniej zaskakujące. Poprzez takie działania Zamawiający, w tym przypadku Dyrektor SAR, nie wykazuje się najmniejszą dobrą wolą doprowadzenia projektu do końca, a przynajmniej doprowadzenia do rozstrzygnięcia przetargu. Wydłużanie terminu składania ofert o 3 dni oraz unieważnianie przetargu na 24 minuty przed jego pierwotnym terminem to działania wskazujące na jakiś chaos administracyjny. Z punktu widzenia oferenta powyższe działanie Zamawiającego naraziło Odwołującego na wystąpienie znacznej szkody w postaci kosztów przygotowania oferty.

Podsumowując uzasadnienie odwołania Odwołujący podkreślił następujące informacje

faktyczne i prawne:

1. Stroną umowy z Wykonawcą jest Skarb Państwa reprezentowany przez SAR, a ewentualne przejęcie kompetencji SAR przez inny podmiot zmieni jedynie reprezentanta Strony Zamawiającej (Skarb Państwa). Fakt ten został już bezspornie zweryfikowany przez KIO (373/20).
2. Projekt jest kluczowy do zrealizowania założeń POIiŚ czego dowodem jest wpisanie go na listę projektów bezkonkursowych z zapewnionym, wyliczonym dofinansowaniem z Funduszu Spójności UE.
3. Realizacja projektu wynika także z innych potrzeb potwierdzonych licznymi analizami, międzynarodowymi projektami na rzecz poprawy bezpieczeństwa Morza Bałtyckiego, studium wykonalności inwestycji itp.
4. Przepuszczalnie nie przeprowadzono żadnych analiz, że statki - Urzędów Morskich wystarczą do zapewnienia działań ratowniczych. Rezygnacja z realizacji zamówienia może rodzić obawy, że nie zostanie poprawione bezpieczeństwo Morza Bałtyckiego, a w konsekwencji działanie takie może okazać się szkodą dla interesu publicznego.
5. Projekt posiadał swój budżet, harmonogram i dokumentację gwarantującą jego finansowanie.

W opinii Odwołującego, gdyby uznać, że dobrowolna rezygnacja z finansowania może być podstawą unieważnienia postępowania za zgodne z prawem, należałoby w efekcie uznać, że każdy zamawiający może w dowolnym momencie postępowania zrezygnować z finansowania i na tej podstawie unieważnić postępowanie. Jest to sprzeczne z zasadą trwałości postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 czerwca 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście niezasadnego.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o pominięcie dowodów wskazanych w treści odwołania, za wyjątkiem dowodu wymienionego w punkcie 4 na liście dowodów, tj. decyzji Ministra Finansów z 29 maja 2020 r. o braku finansowania na projekt, z którego Zamawiający zamierzał sfinansować zamówienie objęte odwołaniem. Co do pozostałych dowodów Zamawiający nie zaprzecza faktom w nich wskazywanym co sprawia że są zbędne. Zamawiający wywodzi jedynie z tych faktów inne wnioski niż te które wywodzi Odwołujący.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący treści przepisu art. 93 ust. 1a ustawy Pzp próbuje nadać w odwołaniu treści, której przepis nie zawiera, a następnie na tej nieistniejącej treści opiera zarzut naruszenia prawa przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że niesporne jest, iż możliwość skorzystania z tej przesłanki została przewidziana w ogłoszeniu. Wprawdzie Odwołujący twierdzi, że stało się to wskutek

modyfikacji pierwotnej treści ogłoszenia (czemu Zamawiający nie zaprzecza), ale fakt ten nie ma znaczenia w sprawie, gdyż istotne jest tylko aby taka możliwość była w ogłoszeniu przewidziana, zaś okoliczności jej zamieszczenia przepisem objęte nie są.

Uzasadniał, że istotna różnica w rozumieniu przepisów między stronami następuje przy ich dalszej wykładni. Zdaniem Odwołującego art. 93 ust. 1a nie dotyczy sytuacji, w której Zamawiający - jednostka organizacyjna Skarbu Państwa zostaje pozbawiona finansowania przez Skarb Państwa. W ocenie Odwołującego jest to sytuacja, w której to Zamawiający sam pozbawia się tego finansowania i nie dochodzi do sytuacji w której „środki na finansowanie zamówienia nie zostały mu przyznane”. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał także, że cofnięcie dofinansowania odbyło się w uzgodnieniu między Ministrem Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej oraz Ministrem Finansów z czego wywodzi, że powołanie się na treść art. 93 ust. 1a jest niemożliwe gdyż nie doszło do „nieprzyznania środków” lecz do rezygnacji z nich.

Wg Zamawiającego są to twierdzenia błędne. Po pierwsze art. 93 ust. 1a ustawy Pzp zawiera normę o stosowaniu powszechnym tj. odnoszącą się do wszystkich zamawiających, co wynika bez żadnych wątpliwości z treści przepisu. Norma dotyczy więc także jednostek organizacyjnych Skarbu Państwa jaką jest Zamawiający.

Po drugie - nie ulega wątpliwości, że przepis ten odnosi się do sytuacji, w której środki nie zostały przyznane Zamawiającemu. Zamawiającym w objętym odwołaniem przetargu (co wynika wprost z treści ogłoszenia o zamówieniu) jest Morska Służba Poszukiwania i Ratownictwa. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiającym nie jest Skarb Państwa i nie zmienia tego fakt że jednostka organizacyjna jaką jest MSPiR nie posiada odrębnej od Skarbu Państwa osobowości prawnej. Przepis art. 93 ust. 1a posługując się pojęciem zamawiającego odnosi się bowiem do art. 3 ust. 1 ustawy Pzp, w której zdefiniowano katalog zamawiających. Zamawiającym jest m.in. jednostka sektora finansów publicznych, którą jest MSPiR a nie Skarb Państwa. Tym samym to wobec tak rozumianego Zamawiającego oceniane jest wystąpienie przesłanki nie przyznania dofinansowania.

Zamawiający wskazał, że fakt nieprzyznania dofinansowania Zamawiającemu - MSPiR jest bezdyskusyjny. Decyzja Ministra Finansów wskazuje na to bez wątpliwości pozostawiając MSPiR środki w wysokości około 1000 krotnie niższej niż wartość zamówienia.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający - MSPiR nigdy nie zrezygnował z tych środków i nie wnioskował o to. Brak środków jest skutkiem czynności i decyzji innych podmiotów i organów na które zamawiający MSPiR nie wywiera i nie może wywierać żadnego wpływu. Zamawiający wskutek ich decyzji środków tych został pozbawiony (nie zostały mu przyznane) i nie ma wskutek tego udzielenia zamówienia. Stąd decyzja o unieważnieniu przetargu jest jedyną możliwą w tych okolicznościach prawnych i faktycznych.



**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 4 czerwca 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba ustaliła, że w terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz ze zmianami i wyjaśnieniami, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 17 lutego 2020 r. oraz zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 31 maja 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 1 lipca 2020 r.

Skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału sprawy dowody z dokumentów złożonych przez Zamawiającego, tj.:

1. pismo Zamawiającego z dnia 6 maja 2020 r. skierowane do Centrum Unijnych Projektów Transportowych;
2. pismo Zamawiającego z dnia 6 maja 2020 r. skierowane do Ministerstwa Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej;
3. wniosek o korektę decyzji Ministra Rozwoju i Finansów nr 360/POLiŚ2020/2017 z 22 listopada 2017 r. o zapewnieniu finansowania realizacji przedsięwzięcia z dnia 27 maja 2020 r.;
4. pismo Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 11 maja 2020 r.;
5. pismo Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 13 maja 2020 r. skierowane do Ministerstwa Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej;
6. pismo Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 21 maja 2020 r.;

7. pismo Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 14 maja 2020 r.;
8. pismo Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 13 maja 2020 r. skierowane do Centrum Unijnych Projektów Transportowych;
9. pismo Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 7 maja 2020 r.

Ponadto Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego sprawy dowody z dokumentów załączonych do odwołania.

Izba wskazuje, że nie objęła materiałem dowodowym złożonej przez Odwołującego korespondencji elektronicznej z uwagi na nieprzekazanie odpisów Zamawiającemu, co skutkowało uchybieniem obowiązku wnioskującemu z § 24 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092), który stanowi, że pisma przedkładane w toku rozprawy przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego wnoszą się również w odpisach dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 3 stycznia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu pod numerem 2020/S 002-001255.

W dniu 18 marca 2020 r. w DUUE zostało opublikowane ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. W sekcji VII.2) ogłoszenia Zamawiający wprowadził zmianę w brzmieniu: „Na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wskazuje, iż może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane.”

W dniu 17 lutego 2020 r. Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Wyrokiem z dnia 4 marca 2020 r. sygn. akt: KIO 373/20 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Pismem z dnia 31 marca 2020 r. Zamawiający przesunął termin składania ofert na dzień 1 czerwca 2020 r. godz. 10.00.

Pismem z dnia 31 maja 2020 r. Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. czynności wskazał, że w dniu 29 maja 2020 r. otrzymał decyzję Ministra Finansów z dnia 29 maja 2020 r. o zmianie decyzji o zapewnieniu finansowania przedsięwzięcia, w ramach którego prowadzone jest niniejsze postępowanie przetargowe. Wskutek zmiany decyzji o zapewnieniu finansowania projektu, Zamawiający utracił finansowanie projektu i obecnie nie ma środków na jego realizację. Zamawiający wskazał na treść ogłoszenia o zamówieniu, po

zmianach, opublikowanego w DUUE w dniu 18 marca 2020 r. Nadto Zamawiający wskazał, że w odniesieniu do części unijnej finansowania projektu, pismem z dnia 26 maja 2020 r. Centrum Unijnych Projektów Transportowych przekazało do podpisu dwa egzemplarze porozumienia o rozwiązaniu umowy o dofinansowanie projektu, wydanej na skutek pisma CUPT z dnia 15 maja 2020 r. o wszczęciu procedury rozwiązania umowy o dofinansowanie. Zamawiający wskazał, że przesłanka „nie przyznania” środków finansowych obejmuje również sytuację cofnięcia środków wcześniej przyznanych. Cofnięcie finansowania ze środków unijnych, jak i budżetowych przedsięwzięcia, w ramach którego prowadzone jest postępowanie przetargowe, wyczerpuje przesłankę unieważnienia przetargu określoną w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp.

Pismem z dnia 31 maja 2020 r. Zamawiający zmienił termin składania ofert na dzień 4 czerwca 2020 r. godzina 10:00. Na moment zamknięcia rozprawy termin składania ofert Zamawiający wyznaczył na dzień 7 lipca 2020 r. godzina 10:00.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1a ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie było podstaw faktycznych i prawnych do unieważnienia zamówienia publicznego na 26 minut przed ostatecznym terminem składania ofert wyznaczonym na dzień 1 czerwca 2020 r. na godzinę 10:00, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Osią zawisłego między Stronami postępowania odwoławczego sporu było rozstrzygnięcie, czy pod pojęciem „nieprzyznania środków”, o którym mowa w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp można rozumieć również sytuację, w której w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający środkami na sfinansowanie zamówienia dysponował, lecz w toku postępowania środki te utracił. W okolicznościach sprawy sporne było również to, czy Zamawiający dobrowolnie zrezygnował z przyznanych mu środków na sfinansowanie zadania publicznego – jak twierdził Odwołujący, czy też – jak podnosił Zamawiający - został pozbawiony tych środków w wyniku czynności i decyzji innych podmiotów i organów, na które nie ma żadnego wpływu.

Na wstępie Izba wskazuje, iż podziela stanowisko Odwołującego, który argumentował, że podstawową zasadą Prawa zamówień publicznych, jest zasada trwałości postępowania oraz realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i realizacji zamówienia, a unieważnienie postępowania winno być traktowane jako wyjątek od zasady. Nie budzi również wątpliwości, tak doktryny jak i orzecznictwa, pogląd, iż przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być interpretowane rozszerzająco.

Zgodnie z art. 93 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Analiza ww. przepisu wskazuje, iż wprowadza on fakultatywną przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że zamawiający może, ale nie musi dokonać czynności unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy zająd okoliczności wskazane w tym przepisie. W ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającej niniejszą sprawę, dyspozycją art. 93 ust. 1a ustawy Pzp zostały objęte również te przypadki, w których uprzednio przyznane zamawiającemu środki, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, zostały mu cofnięte. Pozbawienia zamawiającego środków finansowych na sfinansowanie inwestycji nie można inaczej rozumieć jak właśnie poprzez ich ostateczne nieprzyznanie. Kluczowym dla unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Pzp jest jednak to, czy utrata środków finansowych, które zostały uprzednio zamawiającemu przyznane, spowodowana była przyczynami niezależnymi od zamawiającego, czy też wywołana została działaniami lub zaniechaniami samego zamawiającego, który przykładowo nie wystąpił z wnioskiem o dofinansowanie projektu albo gdy pozbawienie dofinansowania nastąpiło z inicjatywy zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż bezspornym między Stronami postępowania odwoławczego było to, że możliwość unieważnienia przedmiotowego postępowania w okolicznościach wskazanych w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższego w ocenie Izby nie zmienia okoliczność, iż wprowadzenie możliwości skorzystania przez Zamawiającego z unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Pzp nastąpiło wskutek zmiany pierwotnej treści ogłoszenia o zamówienia dokonanej w dniu 18 marca 2020 r. Słusznie bowiem wskazał Zamawiający, iż okoliczności towarzyszące wprowadzeniu przesłanki unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp do treści ogłoszenia o zamówieniu nie są objęte ww. przepisem. Ponadto zauważyć należy, iż z treści ww. przepisu nie wynika, by przesłanka umożliwiająca zamawiającemu podjęcie decyzji w przedmiocie unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy środki, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, musiała figurować od początku trwania postępowania zainicjowanego przekazaniem ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Dalej za Zamawiającym Izba wskazuje, iż za nieprawidłowe należy uznać twierdzenia Odwołującego, który wywodził, że przepis art. 93 ust. 1a ustawy Pzp nie dotyczy sytuacji, w której zamawiający będący jednostką organizacyjną Skarbu Państwa zostaje pozbawiony finansowania przez Skarb Państwa. W takiej sytuacji - zdaniem Odwołującego - Zamawiający sam pozbawia się finansowania inwestycji i nie zachodzi przesłanka, w której „środki na finansowanie zamówienia nie zostały mu przyznane”, bowiem jak twierdził „Skarbowi Państwa nikt nie odebrał pieniędzy”.

W kontekście powyższego Izba wskazuje, że pojęcie zamawiającego, o którym mowa w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp należy odnosić do katalogu zamawiających zawartego w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiającym w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych jest Morska Służba Poszukiwania i Ratownictwa w Gdyni, będąca jednostką organizacyjną Skarbu Państwa, nie zaś Skarb Państwa. Bez wpływu na status prawny Morskiej Służby Poszukiwania i Ratownictwa w Gdyni w świetle przepisów ustawy Pzp pozostaje okoliczność, iż Zamawiający korzysta z osobowości prawnej Skarbu Państwa. Tym samym ocena ziszczenia się przesłanki nieprzyznania środków na sfinansowanie całości lub części zamówienia winna być dokonywana wobec tak rozumianego zamawiającego.

Następnie Izba wskazuje, iż jak wynika z decyzji Ministra Finansów nr 360/POLiŚ2020/2017 z dnia 29 maja 2020 r. Zamawiający utracił środki w wysokości umożliwiającej sfinansowanie przedsięwzięcia. Z ww. decyzji wynika bowiem, że „w limicie ustalonym na ten cel w ustawie budżetowej na rok 2020 uwzględnione zostaną środki w wysokości: 232 392 zł”, w tym środki krajowe w kwocie 34 859 zł oraz środki europejskie w kwocie 197 533 zł, podczas gdy w decyzji nr 360/POLiŚ2020/2017 z 22 listopada 2017 r. zawarto zapewnienie, że „w limicie ustalonym na ten cel w ustawach budżetowych na lata 2019 – 2022 uwzględnione zostaną środki w wysokości: 277 951 005 zł”. Słusznie zatem argumentował Zamawiający w toku rozprawy wskazując, że decyzją Ministra Finansów z dnia 29 maja 2020 r. anulowano środki finansowe przeznaczone na sfinansowanie przedmiotowej inwestycji na lata 2021 i 2022 oraz zmniejszono wysokość środków ustalonych na rok 2020 r. Powyższych twierdzeń Zamawiającego, odwołujący się Wykonawca nie zakwestionował.

Stanowisko Zamawiającego jest także spójne z wnioskiem Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 27 maja 2020 r. o korektę decyzji Ministra Rozwoju i Finansów nr 360/POLiŚ2020/2017 z 22 listopada 2017 o zapewnieniu finansowania realizacji przedsięwzięcia, gdzie wprost wskazano, że „przedmiotowy wniosek polega na zmniejszeniu kwoty decyzji z 277 253 829 zł do kwoty 232 392 zł, tj. o kwotę 277 021 437 zł”. Ponadto zauważyć należy, iż decyzja Ministra Finansów z dnia 29 maja 2020 r. oparta została na wniosku Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 27 maja 2020 r., który z

kolei został oparty na piśmie Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 13 maja 2020 r. DPI-VIII.3114.121.2020, które to pismo odwołuje się do pisma Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 11 maja 2020 r. DGM.WWIPE.4.082.2.13.2020.PG, w których jest mowa o rezygnacji z realizacji przedmiotowego projektu.

Jednocześnie Izba uznała stanowisko Odwołującego, który w toku rozprawy wskazywał, że decyzja Ministra Finansów z dnia 29 maja 2020 r. nie jest decyzją cofającą dofinansowanie projektu, lecz decyzją zmieniającą limit finansowania inwestycji wyłącznie na rok 2020. Zważyć należy, iż z treści odwołania NED – Project Sp. z o.o. płyną odmienne wnioski. Odwołujący twierdził bowiem, że dofinansowanie projektu zostało cofnięte, co w konsekwencji skutkowało utratą finansowania zamówienia. Wskazywał, że decyzja Ministra Finansów z dnia 29 maja 2020 r. wstrzymuje finansowanie umożliwiające dalsze realizowanie inwestycji oraz że to Minister Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej podjął, w imieniu Skarbu Państwa, decyzję o wstrzymaniu zapewnionego wcześniej finansowania.

Kolejno Izba wskazuje, że nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby cofnięcie dofinansowania, a w konsekwencji utrata możliwości sfinansowania zamówienia nastąpiła w wyniku celowego działania Zamawiającego, który – zdaniem Odwołującego – robił wszystko, aby to dofinansowanie utracić. W ocenie Izby takiego stanowiska nie można wywnioskować ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, co też skutkuje koniecznością uznania twierdzeń Odwołującego za niewykazane. Ze złożonych przez Strony postępowania odwoławczego dokumentów jednoznacznie wynika, że rezygnacja z finansowania przedmiotowej inwestycji na poziomie umożliwiającym jej dalsze realizowanie nastąpiła wskutek decyzji podmiotów zewnętrznych względem Zamawiającego, które podjęły decyzję o rezygnacji z wykonania projektu, nie zaś w wyniku działań czy zaniechań Zamawiającego – Morskiej Służby Poszukiwania i Ratownictwa. Powyższe zresztą potwierdzają przedłożone przez Odwołującego dowody, gdzie w piśmie Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej odsyłającym do pisma Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 11 maja 2020 r. jest mowa o „rezygnacji z realizacji powyższego projektu” i braku „podstaw do dalszego procedowania przedmiotowych wniosków o uruchomienie rezerwy celowej”, jak również o potrzebie „anulowania decyzji Ministra Rozwoju i Finansów nr 360/POliŚ2020/2017 z 22 listopada 2017 r. z późn. zm. o zapewnieniu finansowania projektu na lata 2020 – 2022”. Inaczej rzecz ujmując Izba stwierdziła, że z dowodów złożonych w sprawie nie wynika, by to Zamawiający zainicjował procedury skutkujące pozbawieniem go (nieprzyznaniem mu ostatecznie) środków na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego, czy też, by w jakikolwiek sposób przyczynił się do utraty dofinansowania inwestycji.

W kwestii zarzucanego przez Odwołującego braku zawarcia przez Zamawiającego z Centrum Unijnych Projektów Transportowych porozumienia o rozwiązaniu umowy o dofinansowanie projektu Izba stwierdza, że za wiarygodne uznała wyjaśnienia

Zamawiającego, który wskazał, iż do momentu wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą w niniejszej sprawie Zamawiający nie zamierza dobrowolnie pozbawić się środków na sfinansowanie inwestycji. Izba za gołosłowne uznała natomiast stanowisko Odwołującego, który wskazywał, że obie Strony umowy o dofinansowanie jedynie rozważają jej rozwiązanie, co też – zdaniem Odwołującego – miało przesądzać o dobrowolnie podjętej przez Zamawiającego decyzji w kwestii rozwiązania umowy o dofinansowanie. Odwołujący nie wyjaśnił na jakiej podstawie uznał, iż rozwiązanie umowy o dofinansowanie przedmiotowego projektu jest wyłącznie przedmiotem rozważań Stron umowy, nie zaś skutkiem decyzji innych podmiotów niż Zamawiający.

W końcu Izba wskazuje, iż podnoszone przez Odwołującego okoliczności dotyczące prowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przewlekły oraz uprzedniego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, które zostało wzruszone wyrokiem Izby z dnia 4 marca 2020 r., w żadnej mierze nie potwierdzają, że zamiarem Zamawiającego była rezygnacja z realizacji zadania obejmującego budowę wielozadaniowego statku ratowniczego.

W świetle powyższych okoliczności Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1a ustawy Pzp stanowiącego podstawę unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości 3690 zł stanowiącej wynagrodzenie pełnomocnika na podstawie złożonej do akt faktury, do kwoty wynikającej z ww. rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....