

WYROK
z dnia 3 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2022r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 września 2022r. przez wykonawcę **Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie dotyczącym naruszenia art. 255 pkt 5 oraz art. 17 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dalsze prowadzenie postępowania,
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odciąża Zamawiającego w części 2/3 i Odwołującego w części 1/3:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 14 800 zł (czternaście tysięcy osiemset złotych).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) 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

Zamawiający - Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie prowadził na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Dostawa fabrycznie nowych łuków indukcyjnych na potrzeby realizacji gazociągu DN700 Rembelszczyzna – Mory*” (dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 096-266644.

W dniu 7 września Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 Pzp.

W dniu 16 września 2022 r. wykonawca - Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec powyższej czynności Zamawiającego, w którym zarzucił naruszenie:

1. art. 255 pkt 5 Pzp poprzez jego błędną interpretację i przyjęcie, że zaistniała sytuacja faktyczna pozwala na unieważnienie Postępowania na podstawie tego przepisu;

2. art. 260 ust. 1 Pzp poprzez brak podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia Postępowania;

3. Art. 17 ust. 1 Pzp poprzez jego błędną interpretację i przyjęcie, że może on być podstawą do rozszerzającego stosowania normy wynikającej z art. 255 pkt 5) Pzp, mającej charakter wyjątku.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania i przywrócenie stanu po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób błędny interpretuje art. 255 pkt 5) Pzp poprzez uznanie, że może on być podstawą do unieważnienia Postępowania. W ocenie Odwołującego sytuacja faktyczna, która zaistniała w Postępowaniu nie wchodzi w zakres zastosowania ww. przepisu, a w związku z tym Zamawiający nie mógł w sposób zgodny z prawem unieważnić Postępowania na jego podstawie. Dalej Odwołujący wskazał, że „Zamawiający jako uzasadnienie faktyczne unieważnienia Postępowania wskazuje w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania „rozbieżność pomiędzy parametrami łuków indukcyjnych, wyspecyfikowanych w dokumentacji postępowania a potrzebami Zamawiającego”, powodującą „brak możliwości zastosowania łuków, będących

przedmiotem zamówienia do budowy gazociągu na Rembelszczyzna – Mory.” Zamawiający przyznaje tym samym, że popełnił błąd na etapie dokonywania opisu przedmiotu zamówienia (co w sposób niepodważalny jest jego obowiązkiem – rozważania prawne w tym zakresie zostaną przedstawione poniżej), co miałyby być przyczyną unieważnienia postępowania. Zamawiający nie wskazuje przy tym na żadne inne przyczyny dla unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5) poza nieprawidłowo wykonanym opisem przedmiotu zamówienia. Rozbieżność, na którą powołuje się Zamawiający, polega na błędnym określeniu w opisie przedmiotu zamówienia grubości ścianki łuku indukcyjnego”.

Odnosząc się do powyższego, Odwołujący wskazał, że Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego określenia przyczyn unieważnienia postępowania w zawiadomieniu, a podnoszenie nowych okoliczności w zakresie podstawy do unieważnienia w postępowaniu odwoławczym jest niedopuszczalne. Podstawą prawną wskazaną w informacji z dnia 6 września 2022r. był art. 255 pkt 5) Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Stosownie do tej regulacji unieważnienie postępowania na podstawie pkt 5 możliwe jest jedynie w sytuacji kumulatywnego spełnienia kilka przesłanek. Po pierwsze, konieczne jest wystąpienie istotnej zmiany okoliczności. Po drugie, ta zmiana okoliczności ma powodować (czyli przesłanki te muszą pozostawać w związku), że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie będą już leżeć w interesie publicznym. Po trzecie, przepis wymaga, by sytuacji tej nie można było wcześniej przewidzieć.

Odwołujący podkreślił, że elementem niezbędnym dla zastosowania art. 255 pkt 5) Pzp jest wystąpienie zmiany w okolicznościach faktycznych. W sytuacji, której dotyczy odwołanie, zmiana taka nie wystąpiła – a z pewnością Zamawiający nie wskazuje na taką zmianę w zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania z 6 września 2022 r. Rozważaną okolicznością faktyczną jest tutaj rozbieżność parametrów łuków indukcyjnych będących przedmiotem zamówienia oraz potrzeb Zamawiającego. Zamawiający nie wskazuje, by jego potrzeby zmieniły się po wszczęciu Postępowania. Biorąc pod uwagę, że dokonanie w sposób prawidłowy opisu przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem zamawiającego, nie ma logicznej możliwości, by treść opisu przedmiotu zamówienia mogła być potraktowana jako zmiana stanu faktycznego, której Zamawiający nie mógł przewidzieć. Co za tym idzie, stan faktyczny – zarówno jeśli chodzi o opis przedmiotu zamówienia (który nie zmienił się samodzielnie) jak i potrzeby Zamawiającego – pozostał niezmienny od momentu wszczęcia postępowania. W związku z brakiem zmiany stanu faktycznego, niemożliwe będzie spełnienie tej przesłanki i zastosowanie przez Zamawiającego art. 255 pkt 5) Pzp. Odwołujący podkreślił również, że błędne decyzje zamawiającego w postępowaniu, jak też niedbalstwo i brak wymaganej

staranności w przygotowaniu postępowania nie mogą być w żadnym razie okolicznościami uzasadniającymi unieważnienie postępowania. Odwołujący podkreślił, że w Postępowaniu nie doszło w ogóle do zmiany okoliczności faktycznych, a ponadto – nawet gdyby uznać, że „wykrycie” błędu w przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji mogłoby być zmianą okoliczności faktycznych – to sytuacja taka i tak nie uzasadniałaby zastosowania art. 255 pkt 5) Pzp, gdyż następstwa błędów zamawiającego nie mogą obciążać wykonawców. W związku z tym, według Odwołującego, nie można uznać za dopuszczalne zastosowania art. 255 pkt 5) Pzp.

Kolejno Odwołujący wskazał, że Zamawiający zbyt szeroko interpretuje pojęcie interesu publicznego i co za tym idzie – błędnie stosuje je w sprawie. W zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania z 6 września 2022 r. Zamawiający wskazuje na swoją istotną rolę dla polskiej gospodarki w związku z obowiązkami związanymi z rolą operatora gazociągów. Zamawiający rozumie i przyznaje wprost, że interes publiczny w rozumieniu art. 255 pkt 5) Pzp nie może być utożsamiany z interesem ekonomicznym zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający nie wskazuje, jakoby zakończenie Postępowania zawarciem umowy godziło w jakikolwiek interes poza jego własnym interesem ekonomicznym. Podnosi on, że „W przypadku udzielenia zamówienia w zamierzonym kształcie Zamawiający poniósłby straty finansowe o znacznym wymiarze, co tym samym wiązałoby się z nieracjonalnym i bezcelowym wydatkowaniem środków publicznych”, co mogłoby „doprowadzić do znacznych szkód majątkowych po stronie OGP Gaz- System S.A., ze wszystkimi tego konsekwencjami (jak np. opóźnienie w budowie gazociągu, roszczenia pozostałych uczestników projektu budowy, roszczenia strony społecznej)”, a interes publiczny rozumie jako „nieczynienie podwójnych, wręcz nieuzasadnionych nakładów finansowych.” Zamawiający wskazuje więc w istocie jedynie na swój interes ekonomiczny jako bezpośrednio naruszany przez zakończenie postępowania w sposób zgodny z jego celem, czyli – jak wielokrotnie wskazywała Izba – zawarciem i wykonaniem umowy. Naturalnie, poniesienie w związku z tym ewentualnych kosztów przez Zamawiającego może skutkować trudnościami operacyjnymi w wykonywaniu innych działań. Nie można jednak zaakceptować argumentacji, zgodnie z którą zamawiający pełniący ważne role w gospodarce mogą utożsamiać własny interes ekonomiczny z interesem publicznym co potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 października 2010 r. KIO 2228/10 oraz z dnia 9 lipca 2010 r. KIO 1298/10. Odwołujący podkreślił, że nie może być tak, że samo wystąpienie interesu publicznego prowadzić będzie do unieważnienia postępowania, gdyż zgodnie z orzecznictwem Izby należałoby jeszcze udowodnić, że interes publiczny wymaga ograniczenia praw wykonawców, przede wszystkim prawa do udziału w postępowaniu, zawarcia umowy, wykonania zamówienia i uzyskania z niego korzyści. W omawianej sytuacji Zamawiający wcale nie odniósł się do interesów Odwołującego w postępowaniu, starając się jedynie chronić swój interes ekonomiczny, który – jak sam

przyznaje – nie jest równoważny z interesem publicznym. Wskazać trzeba też, że zgoda na takie działanie Zamawiającego byłaby dla interesu publicznego szkodliwa poprzez odebranie wykonawcom poczucia pewności prawa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ostatecznie warto zauważyć, że Zamawiający dla wykazania interesu publicznego powołuje się w istocie na swój status jako strategicznego przedsiębiorstwa. Nie sposób zaprzeczyć kluczowej roli przesyłu gazu w gospodarce, przy czym nie można wywodzić z niego, że przedsiębiorcy działający w tym sektorze mogą nie stosować prawa bądź też naginać je do swoich potrzeb. Intencją ustawodawcy, wyrażoną bezpośrednio w art. 5 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 5 ust. 4 pkt 3) lit. a) Pzp, jest bowiem, by podmioty udostępniające lub obsługujące stałe sieci przeznaczone do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją gazu były zobowiązane do stosowania przepisów Pzp. Niewłaściwym jest zatem, zdaniem Odwołującego, powoływanie się na swój status jako przedsiębiorcy zajmującego się dystrybucją gazu dla niestosowania bądź obchodzenia przepisów Pzp. Ponadto Odwołujący stwierdził, że Zamawiający myli się uznając, że zawarcie umowy będzie nieuchronnie prowadziło do nabycia przez niego łuków indukcyjnych niezgodnych z jego potrzebami i jako takie – wiązało ze stratą całego wynagrodzenia zapłaconego wykonawcy. O ile nie ma wątpliwości, że to wykonanie zamówienia publicznego jest głównym celem postępowania i udzielenia zamówienia, to nie można zapominać o innych możliwościach rozwiązania zaistniałej sytuacji niż zakup przez Zamawiającego łuków indukcyjnych niezgodnych z jego potrzebami i poniesienie pełnej straty. Zamawiający może po otrzymaniu zamówionej dostawy odsprzedać jej przedmiot, odzyskując przynajmniej część zainwestowanych środków. Może również, przy planowaniu następnych przedsięwzięć, starać się wykorzystać przynajmniej część lub nawet wszystkie dostarczone łuki. W żadnej z tych sytuacji – w przypadku których umowa jest w pełni wykonywana – Zamawiający nie ponosi straty całkowitej, jak stara się to wykazywać w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania. Ostatecznie warto wskazać też, że Zamawiający mógłby podjąć działania w kierunku zmiany umowy tak, by otrzymać łuki zgodne ze swoimi potrzebami. Trzeba wskazać, że zmiana umowy dopuszczalna jest również równocześnie z jej zawarciem. Nie ma więc podstaw do twierdzenia, że w przypadku dążenia do jej zmiany równocześnie z jej zawarciem Zamawiający byłby na jakimkolwiek etapie poddany arbitralnym decyzjom Odwołującego. Brak podjęcia jakichkolwiek negocjacji świadczy jednoznacznie o złej woli Zamawiającego, który w żadnym stopniu nie bierze pod uwagę uzasadnionych i chronionych prawnie interesów Odwołującego, a jedynie swój interes ekonomiczny. Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopiero prowadzi postępowanie na budowę gazociągu, do której potrzebne będą łuki indukcyjne będące przedmiotem Postępowania. Dokumenty postępowania są dostępne na platformie Zamawiającego, pod nazwą postępowania „Budowa gazociągu DN700 MOP 8,4 MPa relacji Rembelszczyzna – Mory wraz infrastrukturą niezbędną do jego obsługi”, nr

referencyjny ZP/2022/07/0007/REM (dalej: postępowanie WRB). Termin składania ofert w tym postępowaniu to 30 września br. Opis przedmiotu zamówienia z Postępowania jest elementem opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu na budowę gazociągu jako załącznik nr 2 do OPZ – Dostawy Inwestorskie. Analiza relacji między postępowaniami wskazuje, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający zmienił opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu na budowę gazociągu w taki sposób, aby móc wykorzystać łuki indukcyjne będące przedmiotem Postępowania. Zamawiający nie udowadnia, a jedynie podnosi, że łuki o parametrach podanych w opisie przedmiotu zamówienia w Postępowaniu nie mogą zostać wykorzystane w postępowaniu na budowę gazociągu. Brak podjęcia choćby próby rozwiązania problemu w ten sposób jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający poprzez unieważnienie postępowania nie chroni interesu publicznego, a jedynie własny interes ekonomiczny, stawiając go co więcej jednoznacznie ponad interesem wykonawcy, który zostaje naruszony w największym możliwym stopniu, tj. poprzez uniemożliwienie mu zawarcia umowy o wykonanie zamówienia publicznego i odniesienia jakiegokolwiek korzyści z jego wykonania. Co więcej, nie można uznać, by Zamawiający udowodnił, że podane uzasadnienie unieważnienia postępowania, tj. „brak możliwości zastosowania łuków, będących przedmiotem zamówienia do budowy gazociągu na Rembelszczyzna – Mory” było faktycznie prawdziwe. Zawiadomienie nie było więc wyczerpujące, nie tłumaczy ono bowiem, dlaczego zamówione łuki nie mogą być użyte w pierwotnie zaplanowany sposób. Brak staranności Zamawiającego również w tym zakresie nie powinien obciążać Odwołującego, należy więc uznać, że Zamawiający nie udowodnił braku możliwości wykorzystania łuków będących przedmiotem Postępowania w budowie gazociągu, a co za tym idzie – założyć, że mogą one być wykorzystane. Brak zawarcia takich wyjaśnień wskazuje jednoznacznie, że podane przyczyny są pozorne, a Zamawiający nie stara się wyważyć interesów stron postępowania. Twierdzenia jakoby zamówione łuki indukcyjne nie mogły zostać przez Zamawiającego wykorzystane są więc gołosłowne i nie mogą znaleźć uznania, a interpretacja przesłanki „interesu publicznego” przez Zamawiającego jest jednoznacznie błędna.

Odwołujący zarzucił ponadto, że Zamawiający również nieprawidłowo interpretuje przesłankę niemożliwości do przewidzenia zmiany okoliczności, bowiem elementem niemożliwości do przewidzenia jest zewnętrżność wobec Zamawiającego. Taka sytuacja w rozpoznawanej sprawie nie występuje. Nawet gdyby uznać, że zmiana stanu wiedzy Zamawiającego może być uznana za zmianę w rozumieniu art. 255 pkt 5) Pzp, to nie można zaprzeczyć, że niewłaściwe przygotowanie dokumentów, a następnie wykrycie błędów nie jest niezależne od Zamawiającego.

Według Odwołującego, Zamawiający błędnie interpretuje także art. 17 ust. 1 Pzp, uznając go za podstawę do unieważnienia postępowania. Przepis ten wprowadza do Pzp zasadę efektywności. Nie można podważyć, że efektywność dokonywania zamówień powinna

przyświecać zamawiającym (zwłaszcza publicznym, choć jest ona oczywiście pożądana również w przypadku zamawiających sektorowych). Zamawiający interpretuje jednak tę zasadę w sposób wybiórczy, nieuprawniony, prowadzący do niebezpiecznych wniosków, niezgodny z pozostałymi zasadami prawa zamówień publicznych oraz normami, czyli w sposób niezgodny z samą istotą zasady. Zamawiający stara się wykazać, że możliwość osiągnięcia lepszego efektu ekonomicznego (czyli większej efektywności) uprawnia go do niestosowania w sposób prawidłowy całej reszty przepisów Pzp. Zakończenie postępowania nieuprawnionym unieważnieniem w istocie paraliżuje realizację celu prawa zamówień publicznych jako takiego. Nieuprawnionym jest rozumowanie, zgodnie z którym w sytuacji, w której zasada prowadzi na pewnym pozornym poziomie do wniosków odmiennych od całej reszty regulacji, w której się znajduje, można zastosować tą zasadę zamiast pozostałej części regulacji. Zamawiający, jak wskazywano powyżej, nie czyni również zadość wymaganiom dowodowym w zakresie określenia, czy jego interes ekonomiczny zostanie naruszony w stopniu zasadniczym czy jedynie niewielkim – a biorąc pod uwagę, że wątpliwości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rozstrzyga się na korzyść wykonawców (jak jednoznacznie wskazał Sąd Najwyższy), uznać musimy, że naruszenie interesu ekonomicznego Zamawiającego (i co za tym idzie – efektywności wydatków) będzie niewielkie. Gdybyśmy w tej sytuacji zgodzili się na rozumowanie Zamawiającego, to pozwolilibyśmy Zamawiającemu i wszystkim innym zamawiającym na arbitralne unieważnianie postępowań w każdej sytuacji, w której zamawiający jedynie podniesie, że być może mógłby uzyskać lepszy efekt ekonomiczny w inny sposób. Trudno zgodzić się z tezą, że taki właśnie był zamysł ustawodawcy przy tworzeniu art. 17 ust. 1 Pzp. Ponadto, art. 17 ust. 1 Pzp wprowadza ogólną zasadę kierunkową dla zamawiających. Dokonywanie zakupów z uwzględnieniem efektywności kosztowej jest więc obowiązkiem zamawiających w postępowaniu i nie odnosi się, w przeciwieństwie do wielu innych norm prawa zamówień publicznych, do wykonawców. Jak wskazywano, zaniechania bądź błędy w wykonywaniu swoich obowiązków przez zamawiającego nie mogą obciążać wykonawcy – i nieuprawnionym wydaje się teza, że ta ogólna zasada ma nie mieć zastosowania do normy wyrażonej w art. 17 ust. 1. Co za tym idzie, wykładnię zasady zawartej w art. 17 ust. 1 zaproponowaną przez Zamawiającego należy uznać za sprzeczną z innymi naczelnymi zasadami prawa zamówień publicznych. Interpretacja taka jest więc niezgodna z założeniem racjonalności ustawodawcy, gdyż wskazywałaby, że nie jest on w stanie przyjąć aktu prawnego spójnego nie tylko na poziomie szczegółów (co naturalnie może się zdarzyć), ale na poziomie aksjologicznym. Interpretacja zasady wynikającej z art. 17 Pzp przyjęta przez Zamawiającego jest ponadto wybiórcza i nie uwzględnia całej jej treści. Zamawiający dokonał tego przez przywołanie i zastosowanie jedynie jednego ustępu, z którego stara się rekonstruować całą zasadę, co jest działaniem sprzecznym z zasadami wykładni prawa. Norma, a zwłaszcza norma-zasada, nie jest bowiem

tym samym, co przepis. Odwołujący wskazał, że art. 17 ust. 2 Pzp rozwijając postanowienia art. 17 ust. 1 i dopełniając treść zasady efektywności, stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Umieszczenie przywołanego przepisu w tym samym artykule Pzp jednoznacznie wskazuje, że jest on, tak samo jak art. 17 ust. 1, elementem normy-zasady efektywności i ogranicza ją poprzez wskazanie, że nie może być uznana za nadrzędną wobec pozostałych przepisów Pzp i wyłączającą ich stosowanie. Interpretacja normy-zasady nie może stać w sprzeczności z pozostałymi przepisami Pzp, w tym przypadku – z ugruntowaną interpretacją art. 255 pkt 5) Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 września 2022r. wniósł o jego oddalenie w całości. Uzasadniając powyższe stanowisko wskazał, że powodem unieważnienia Postępowania było wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. W ocenie Zamawiającego wszystkie przesłanki określone w art. 255 pkt 5 Pzp wystąpiły w sprawie. Po pierwsze wystąpiła istotna zmiana okoliczności, która ujawniła się już po wyborze oferty najkorzystniejszej, a było nią wykrycie w dokumentacji postępowania (OPZ) niezamierzonej wady polegającej na błędnym opisanu parametrów przedmiotu zamówienia (łuków) w zakresie dotyczącym grubości ścianki łuku indukcyjnego (Załącznik nr 2 do SWZ – OPZ), a dokładniej rozbieżności pomiędzy parametrami technicznymi łuków, a parametrami technicznymi wynikającymi z dokumentacji projektowej dla gazociągu DN700 Rembelszczyzna – Mory. Rozbieżność, która została zidentyfikowana już po wyborze oferty najkorzystniejszej i wynikała z opisanu parametrów łuków w dokumentacji projektowej w Postępowaniu WRB (Załącznik nr 4 do pisma) według innych parametrów technicznych (z podaniem klasy materiałowej oraz klasy lokalizacji łuku) niż w dokumentacji OPZ w Postępowaniu (podanie parametrów łuków – grubości ścianki w „mm”) co ostatecznie spowodowało, że dane techniczne łuków opisane w OPZ nie odpowiadają wymaganiom wynikającym z dokumentacji projektowej na budowę gazociągu. Według Zamawiającego zmiana okoliczności, która wystąpiła w Postępowaniu miała zatem charakter „nieprzewidywalny”. Trudno bowiem przyjąć, że Zamawiający w sposób zamierzony i celowo, opisuje parametry techniczne łuków w sposób, który nie pozwala faktycznie na wykorzystanie tych materiałów do budowy gazociągu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego „rozbieżność parametrów łuków indukcyjnych” oraz potrzeb Zamawiającego, a dokładniej wymaganych parametrów technicznych, które powinny spełniać łuki, tak aby można było wykorzystać je do realizacji budowy gazociągu, stanowi zatem o zmianie okoliczności, o której mowa w art. 255 pkt 5 Pzp.

Zamawiający podkreślił, że art. 255 pkt. 5 Pzp odnosi się do pojęcia „istotnej zmiany okoliczności”, a nie jak twierdzi Odwołujący wyłącznie „okoliczności faktycznych”. Istotna

zmiana okoliczności, o której mowa w ww. przepisie może zatem dotyczyć różnych zdarzeń, które wystąpiły w trakcie postępowania lub po udzieleniu zamówienia, a które to zdarzenia powodują, że wykonanie zamówienia nie będzie prowadzić do zaspokojenia interesu publicznego (nie leży w interesie publicznym). Jako „istotną zmianę okoliczności” można zatem, według Zamawiającego, kwalifikować również zdarzenie polegające na wykryciu rozbieżności pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia w Postępowaniu, a faktycznymi wymaganiami które powinny spełniać łuki, aby mogły zostać wykorzystane zgodnie z ich przeznaczeniem.

Zamawiający podkreślił, również, że jest spółką strategiczną, odpowiedzialną za budowę gazociągów, zarządzanie gazociągami gazu ziemnego oraz przesył gazu ziemnego. Zadania, które realizuje Zamawiający dotyczą inwestycji strategicznych (w tym budowy gazociągów), które mają zasadnicze znaczenie z punktu widzenia interesu publicznego oraz interesu Państwa – zabezpieczają bowiem interes publiczny dotyczący bezpieczeństwa energetycznego kraju. Wyjaśnił, że przedmiot zamówienia jest dedykowany do wykorzystania podczas realizacji konkretnej inwestycji tj. budowy gazociągu DN700 Rembelszczyzna – Mory, i ma zostać przekazany wykonawcy robót budowlanych w ramach tzw. dostaw inwestorskich, z przeznaczeniem do wykorzystania do realizacji zadania. Zamawiający podkreślił, że wykonanie zamówienia objętego Postępowaniem (dostawa łuków, które nie będą mogły być wykorzystane podczas budowy gazociągu DN700 Rembelszczyzna – Mory) nie leży zatem w interesie publicznym, który należy rozumieć, m.in. jako zapewnienie zwiększenie bezpieczeństwa i ciągłości zasilania paliwem gazowym, który jest szczególnie istotny w obecnej sytuacji geopolitycznej związanej z wojną na Ukrainie, brakiem dostępu do źródeł gazu oraz kryzysem energetycznym na rynku dostaw gazu oraz innych paliw służących do zasilania źródeł ciepła. Co więcej, w związku z brakiem możliwości wykorzystania łuków na innych inwestycjach prowadzonych przez Zamawiającego, wykonanie zamówienia prowadziłoby do nieuzasadnionego wydatkowania środków publicznych, a więc również w tym sensie udzielenie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Wbrew twierdzeniom Odwołującego unieważnienie Postępowania nie sprowadza się zatem wyłącznie do „interesu Zamawiającego” lub naruszenia „interesu ekonomicznego Zamawiającego”. Zamawiający nie prowadzi działalności ukierunkowanej na maksymalizację zysku (własny interes ekonomiczny), ale jest odpowiedzialny za realizację inwestycji zabezpieczających bezpieczeństwo energetyczne kraju oraz ich sprawną realizację, szczególnie w obecnej sytuacji geopolitycznej i gospodarczej. Zamawiający podkreślił, że samo doprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do wyboru oferty i zawarcia umowy, zmierzającej do zakupu elementów gazociągu, które nie będą miały swojego faktycznego przeznaczenia – nie jest celem samym w sobie, a tak zdaje się postrzegać go Odwołujący. Zamawiający stwierdził także, że łuki, które miałyby zakupić od Odwołującego nie mogłyby

zostać wykorzystane na innych inwestycjach lub odsprzedane. Po pierwsze, Zamawiający nie prowadzi działalności związanej ze sprzedażą armatury. Po drugie, łuki produkowane i zamawiane są pod realizację konkretnej inwestycji, przebiegającej w konkretnej lokalizacji (tutaj: gazociągu Rembelszczyzna – Mory). Innymi słowy, to łuki zamawiają się do realizacji inwestycji według projektu budowlanego, a nie projektuje inwestycje w celu wykorzystania łuków czy innych materiałów, które posiada zamawiający. Indywidualna specyfika i charakter każdej inwestycji uniemożliwiają zatem wykorzystanie łuków, które zostałyby zakupione od Odwołującego.

Zamawiający za bezzasadne uznał stwierdzenie Odwołującego, że skoro Postępowanie WRB nie zostało jeszcze zakończone, to Zamawiający ma możliwość zmiany SWZ w postępowaniu na roboty budowlane, tak aby wykorzystać łuki, które kupi od Odwołującego. Ponownie należy podkreślić, że roboty budowlane dotyczące gazociągu są opisane w dokumentacji projektowej, a trasa gazociągu przebiega w konkretnych warunkach terenowych – stąd potrzeba zakupu nie tylko rur prostych, ale również łuków indukcyjnych, o kącie gięcia dostosowanym do zaplanowanej, zatwierdzonej decyzjami oraz opisanej w dokumentacji projektowej trasy przebiegu gazociągu, determinowanej uzyskiwanymi na etapie projektowym decyzjami formalno – prawnymi oraz zastosowanymi rozwiązaniami technicznymi. Nie można zatem, jak sugeruje Odwołujący, zmienić dokumentacji projektowej w postępowaniu na roboty, a przy tym zmienić trasę gazociągu, tak aby pasowała ona do łuków, które wyprodukuje Odwołujący.

Odnosząc się do przesłanki „przyczyn wystąpienia zmiany”, „interesu publicznego” oraz „okoliczności, których nie można było przewidzieć” oraz ewentualnego „przyczynienia się zamawiającego” wyjaśnił, że również w orzecznictwie podkreśla się, że: „(...) wynikającej z art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp nałożono na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w każdej sytuacji, w której prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Podkreśla się w literaturze przedmiotu, że z uwagi na cel owej regulacji, nawet jeżeli zamówienie stanie się niezgodne z owym interesem na skutek przyczyn leżących po stronie zamawiającego, to nie ma podstaw do wyłączenia możliwości unieważnienia postępowania. Wskazać bowiem należy, iż rozumienie interesu publicznego winno również odbywać się z uwzględnieniem zasad gospodarowania środkami publicznymi. Z jednej strony interes publiczny wskazuje na konieczność dbania o dobro ogółu i zaspokajanie potrzeb określonych społeczności z drugiej jednak strony nie może to odbywać się w oderwaniu od gospodarowania środkami publicznymi. Uwypuklić bowiem należy, że prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz wykonywanie umów w sprawie zamówienia publicznego nie stanowią celu samego w sobie, który może być postrzegany w oderwaniu od szerszego kontekstu. Zamawiający udzielając zamówień gospodarują, co do zasady środkami publicznymi, służącymi zaspokojeniu potrzeb szerszej zbiorowości,

następuje to jednak w ramach realizacji budżetu. Skarżący zdaje się bowiem pomijać fakt, że realizacja usługi (...) nie pozwoliłaby na korzystanie ze świadczonych przez niego usług, zamawiający nie posiada bowiem wystarczającej infrastruktury pozwalającej na odbiór przesyłu danych, świadczonych przez skarżącego. W konsekwencji realizacja umowy przyczyniłaby się do wypełnienia jednostkowego interesu skarżącego, jaką jest realizacja umowy, a z drugiej strony stałaby w sprzeczności z interesem publicznym, bowiem objawiłaby się koniecznością wydatkowania środków publicznych na cele, które de facto nie mogą być realizowane”.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 260 ust. 1 Pzp Zamawiający stwierdził, że podał w uzasadnieniu swojej czynności zarówno podstawy faktyczne i prawne unieważnienia, postępowania wskazując na podstawę prawną – art. 255 pkt. 5 Pzp oraz uzasadniając okoliczności faktyczne, które leżały u podstaw zastosowania ww. normy prawnej. Dowodem na to, że Zamawiający w sposób wyczerpujący uzasadnił swoją czynność, a tym samym wypełnił dyspozycję art. 260 ust. 1 Pzp, jest fakt, iż sam Odwołujący sformułował zarzuty Odwołania oraz ich uzasadnienie, jak również przywołuje w uzasadnieniu odwołania okoliczności faktyczne, które stanowiły podstawę unieważnienia czynności. Według Zamawiającego celem uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej czynności jest wskazanie motywów, jakie legły u podstaw czynności zamawiającego, a na podstawie argumentacji w nim zawartej wykonawcy podejmują decyzję o skorzystaniu lub nie ze środków ochrony prawnej przysługujących im wobec tej czynności. Okoliczność, iż Odwołujący sformułował zasadnicze zarzuty odwołania (zarzut naruszenia art. 255 pkt. 5 Pzp oraz uzasadnił je dobitnie świadczą o tym, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 260 ust. 1 Pzp. Podane w uzasadnieniu motywy dokonania czynności były bowiem na tyle wyczerpujące, że Odwołujący mógł na ich podstawie sformułować odwołanie.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego jakoby Zamawiający nie starał się wyważać interesów stron postępowania stwierdził, że jedynym interesem Odwołującego, który stara się on zrealizować poprzez niniejsze odwołanie jest interesem ekonomiczny, polegający na wymuszeniu na Zamawiającym zakupu elementów, które nie będą mogły być w żaden sposób wykorzystane. Z kolei interes, który reprezentuje Zamawiający ma charakter znacząco szerszy - interes ten polega na nieczynieniu nakładów finansowych, pochodzących ze środków publicznych, w sposób który okazał się nieefektywny, ponieważ zakupione w ten sposób dobra nie zostaną wykorzystane i nie będą mogły zostać wykorzystane do realizacji inwestycji celu publicznego oraz służyć interesowi publicznemu, rozumianemu jako zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego kraju.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 17 ust. 1 Pzp wskazał, że przepis ten określa tzw. „zasadę efektywności”, zgodnie z którą celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji udzielenia zamówienia, jest uzyskanie najlepszej

jakości zamawianych produktów (dostaw, usług, robót budowlanych). Co więcej, ten cel ma być uzasadniony charakterem zamówienia i ma być zrealizowany w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na realizację tego celu. Innymi słowy, prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i samo udzielenie zamówienia (rozumiane jako wybór oferty i zawarcie umowy z wykonawcą) nie jest celem samym w sobie, ale ma zapewnić: (1) najlepszą jakość, uzasadnioną charakterem zamówienia w ramach (2) środków, które zamawiający może na ten cel przeznaczyć. Zamawiający podkreślił, że nie prowadzi Postępowania dla samej „chęci” czy „potrzeby” posiadania łuków (rur), ale w celu ich wykorzystania w konkretnej inwestycji tj. budowy gazociągu, o określonych parametrach technicznych, jako inwestycji celu publicznego, służącej zabezpieczeniu bezpieczeństwa energetycznego kraju. W tym sensie, zamówienie realizowane w ramach Postępowania (dostawa łuków) ma zapewniać uzyskanie produktów o najlepszej jakości, które będą mogły być wykorzystane zgodnie z ich przeznaczeniem, do realizacji inwestycji polegającej na budowie konkretnego gazociągu DN700 MOP 8,4 MPa relacji Rembelszczyzna – Mory.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący ma pełną świadomość, że realizacja zamówienia – dostarczone łuki – nie będą mogły zostać wykorzystane przez Zamawiającego. Błędnie Odwołujący twierdzi, że wykonanie zamówienia spowoduje wyłącznie „niewielkie naruszenie interesu ekonomicznego” cena oferty Odwołującego to 2 749 342,74 zł brutto. Zamawiający nie unieważnił Postępowania dlatego, że chce osiągnąć – jak sugeruje Odwołujący - „lepszy efekt ekonomiczny” np. poprzez uzyskanie niższej ceny, ale dlatego, że cel postępowania, rozumiany jako otrzymanie produktu, który będzie zdalny do wykorzystania zgodnie z jego przeznaczeniem, nie może zostać osiągnięty.

Zważywszy, że błąd w dokumentacji (OPZ) został wykryty już po terminie składania ofert, a nawet po wyborze oferty najkorzystniejszej, nie można go naprawić poprzez zmianę/korektę OPZ. W związku z powyższym unieważnienie Postępowania było w pełni uzasadnione i zgodne z odnośnymi przepisami Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba ustaliła:

Zamawiający w informacji z dnia 6 września 2022r. poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 w związku z art. 255 pkt 5 Pzp wyjaśniając, że: *„jest strategiczną firmą dla polskiej gospodarki, będącą operatorem gazociągów. W obowiązkach firmy jest dbanie o regularny i zgodny z umowami przesył gazu, budowa, konserwacja i remonty sieci gazociągowej, dystrybucja gazu do dalszych podmiotów według zasady równości. Zamawiający w dniu 10.08.2022 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w ww. postępowaniu, informując jednocześnie o wyborze Wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz udostępnił informację o wyborze na stronie prowadzonego postępowania.*

Po wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający powziął informacje, iż w przedmiotowym postępowaniu wystąpiła rozbieżność pomiędzy parametrami łuków indukcyjnych, wyspecyfikowanych w dokumentacji postępowania a potrzebami Zamawiającego. Rozbieżność ta powoduje brak możliwości zastosowania łuków, będących przedmiotem zamówienia do budowy gazociągu na Rembeszczyszna – Mory. Dotyczy to wskazanych w OPZ parametrów, w tym przede wszystkim grubości ścianek, co ze względu na zróżnicowane kąty gięcia poszczególnych elementów oraz ściśle określone ich lokalizacje do zabudowy na gazociągu, powiązane z konkretną klasą lokalizacji ustaloną zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie, powoduje brak możliwości zastosowania wyspecyfikowanych łuków dla potrzeb kompleksowej realizacji budowy gazociągu DN700 Rembelszczyszna – Mory.

Ponadto Zamawiający nie ma możliwości wykorzystania łuków indukcyjnych o wyspecyfikowanych w dokumentacji postępowania parametrach na innych inwestycjach, bowiem każdy gazociąg to specjalnie zaprojektowana i zbudowana sieć rur mających na celu utworzenie nowego korytarza dostaw gazu, uwzględniająca uwarunkowania geologiczne, środowiskowe czy urbanistyczne.

Zgodnie z art. 255 pkt 5 PZP, unieważnienie postępowania może nastąpić w przypadku, gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Mając na uwadze brzmienie ww. artykułu, należy jednoznacznie stwierdzić, iż doszło do wystąpienia obiektywnej, trwałej zmiany stanu faktycznego - czego nie można było przewidzieć w chwili wszczęcia postępowania - w stopniu tak istotnym, że powoduje to, iż prowadzenie postępowania będzie niecelowe i będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Kontynuacja postępowania prowadziłaby do

wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu. Dalej należy zaznaczyć, że interes publiczny, wskazany w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, nie jest utożsamiany przez Zamawiającego wyłącznie z interesem ekonomicznym ale z bezpieczeństwem energetycznym kraju i zapewnieniem systemu przesyłowego do ciągłości dostaw gazu. W przypadku udzielenia zamówienia w zamierzonym kształcie Zamawiający poniósłby straty finansowe o znacznym wymiarze, co tym samym wiązałoby się z nieracjonalnym i bezcelowym wydatkowaniem środków publicznych. Ewentualna realizacja zamówienia w obecnym stanie rzeczy skutkowałaby nabyciem przez OGP Gaz-System S.A. dóbr, które nie są już niezbędne dla efektywnego i racjonalnego prowadzenia działalności gospodarczej, a w tym samym - prowadziłaby do wydatkowania przez OGP Gaz-System S.A. środków w sposób nieuzasadniony, co w dalszej kolejności musiałoby doprowadzić do znacznych szkód majątkowych po stronie OGP Gaz-System S.A., ze wszystkimi tego konsekwencjami (jak np. opóźnienie w budowie gazociągu, roszczenia pozostałych uczestników projektu budowy, roszczenia strony społecznej).

Zamawiający utożsamia interes publiczny nie jako same oszczędności w budżecie Skarbu Państwa, ale jako nieczynienie nakładów finansowych na poczet (przedsiębiorstwa, potencjału technicznego przedsiębiorcy) wykonawcy, który uzyska zamówienie publiczne oraz pogląd Zamawiającego, zgodnie z którym interes publiczny należy rozumieć jako nieczynienie podwójnych, wręcz nieuzasadnionych nakładów finansowych.”.

Izba zważyła:

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.

Powyższy przepis wskazuje, że unieważnienie postępowania następuje, jeżeli zostaną kumulatywnie spełnione przesłanki:

- 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.

Podkreślić należy, że w sytuacji, gdy Zamawiający unieważniając postępowanie powołuje się na przesłankę określoną w art. 255 pkt 5 Pzp, to na nim spoczywa ciężar dowodu, wykazania zaistnienia istotnej zmiany okoliczności, której wystąpienie powoduje, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, jak też musi wykazać, iż powyższe przyczyny unieważnienia postępowania były niemożliwie do

przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania przy zachowaniu odpowiedniej staranności. Ponadto przesłanki zmiany okoliczności oraz braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzielenia zamówienia powinny być połączone adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym. Oznacza to, że brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub udzielenia zamówienia jest rezultatem nieprzewidywalnej zmiany okoliczności o istotnym charakterze.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał wystąpienia w postępowaniu, żadnego z elementów przyjętej przez niego przesłanki unieważnienia postępowania. Zamawiający jako zmianę okoliczności wskazał, że „po wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający powziął informacje, iż w przedmiotowym postępowaniu wystąpiła rozbieżność pomiędzy parametrami łuków indukcyjnych, wyspecyfikowanych w dokumentacji postępowania a potrzebami Zamawiającego. (...) nie ma możliwości wykorzystania łuków indukcyjnych o wyspecyfikowanych w dokumentacji postępowania parametrach na innych inwestycjach, bowiem każdy gazociąg to specjalnie zaprojektowana i zbudowana sieć rur mających na celu utworzenie nowego korytarza dostaw gazu, uwzględniająca uwarunkowania geologiczne, środowiskowe czy urbanistyczne”.

Izba stwierdziła biorąc powyższe pod uwagę, że w rozpoznawanym stanie faktycznym nie można mówić, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć. Nieprzewidywalność zmiany okoliczności ma miejsce wtedy, gdy zmiana następuje wbrew zwyczajnemu biegowi rzeczy, którego należałoby racjonalnie oczekiwać. Dotyczy to więc zdarzeń wyjątkowych i może znaleźć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Dodatkowo, przedmiotowa zmiana okoliczności powinna być zmianą niezależną od Zamawiającego, zmianą zewnętrzną, ponieważ przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do stanu, w którym Zamawiający posiadałby możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jest niedopuszczalne na gruncie obowiązujących reguł Pzp. Rolą bowiem przepisu art. 255 pkt 5 Pzp jest umożliwienie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w wyniku zaistnienia sytuacji nadzwyczajnych, wyjątkowych - takich, których w żaden sposób nie mógł przewidzieć. W badanym postępowaniu Zamawiający powołuje się natomiast na okoliczności wynikające z jego własnego działania. Jak bowiem wynika z pisma z dnia 6 września 2022r. i co zostało potwierdzone przez Zamawiającego na rozprawie przed Izbą w dniu 30 września 2022r. to błąd popełniony w dokumentacji niniejszego postępowania spowodował nienależyte opisanie przedmiotu zamówienia tj. łuków indukcyjnych poprzez podanie złych wymiarów. Zgodzić się należy z Odwołującym, że niewłaściwe przygotowanie dokumentów, a następnie wykrycie błędów nie jest okolicznością niezależną od Zamawiającego. To bowiem ten podmiot odpowiedzialny jest za prawidłowe przygotowanie

opisu przedmiotu zamówienia, którego naruszenie nie może obciążać wykonawców, co wynika bezpośrednio z art. 99 ust. 1 Pzp.

Podsumowując Izba zważyła, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 Pzp nie nastąpiło w sytuacji spełnienia przesłanek wymaganych ustawą, lecz było wyłącznie rezultatem działań Zamawiającego dokonanych w wyniku jego nienależytej staranności. Uznanie w okolicznościach sprawy, że czynność unieważnienia postępowania odpowiada prawu oznaczałoby, że zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, może sporządzać dokumentację postępowania w sposób niestaranny, z pominięciem zasad wynikających z art. 99 ust. 1 Pzp. Taka sytuacja jest w sposób oczywisty rażąco sprzeczna z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności uczciwej konkurencji oraz przejrzystości.

Również Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że unieważnienie postępowania leży w interesie publicznym. Jak podkreśla się w orzecznictwie interes publiczny nie może być utożsamiany wyłącznie z interesem ekonomicznym Zamawiającego. W niniejszej sprawie Zamawiający nie wykazał, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Zgodzić się należało z Odwołującym, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że nie jest możliwe wykorzystanie nabytych w niniejszym postępowaniu łuków indukcyjnych w innych postępowaniach, czy też nie jest możliwe inne rozwiązanie umożliwiające Zamawiającemu zminimalizowanie ewentualnie powstałych strat. Nie może być natomiast tak, że interes Zamawiającego należy traktować jako większej wagi nad interesem wykonawców.

Izba za zasadny uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 17 ust. 1 Pzp. Zgodnie z powyższym przepisem Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację (pkt 1), oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów (pkt 2).

Przepis ten określa reguły, którymi w postępowaniu winni kierować się Zamawiający. Reguła wynikająca z punktu pierwszego odnosi się do obowiązku dążenia przez zamawiającego do uzyskania najlepszej jakości zamówienia w stosunku do środków finansowych, które „zamawiający może przeznaczyć” na realizację zamówienia. Reguła ta odnosi się zatem do podejmowania przez zamawiającego takich decyzji i działań, które umożliwią zastosowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego możliwie najskuteczniejszych sposobów i narzędzi wyboru najkorzystniejszej oferty albo, odpowiednio, wynegocjowania najkorzystniejszych warunków umowy, pod względem jakości nabywanych zamówień, przy uwzględnieniu zarezerwowanych na ten cel środków w budżecie

zamawiającego. Jest to reguła, która pośrednio wskazuje na konieczność właściwego zaplanowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ działania zamawiającego w procesie udzielania zamówienia w tym zakresie są generalnie uwarunkowane treścią decyzji, ustaleń i dokumentów zamówienia tworzonych na etapie przygotowania postępowania. Natomiast, co należy podkreślić, na pozytywny rezultat działań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podejmowanych w kierunku zapewnienia najlepszej jakości zamawianych dostaw, usług lub robót budowlanych będą miały wpływ takie decyzje podjęte w ramach przygotowania postępowania jak: opis przedmiotu zamówienia i powiązane z nim określenie: warunków udziału w postępowaniu, kryteriów kwalifikacji oraz kryteriów oceny ofert.

Kolejna z reguł nakazuje dążenie przez zamawiającego do uzyskania jak najlepszych efektów udzielanego zamówienia. Reguła ta jest ukierunkowana na uzyskanie korzystnych efektów w następstwie udzielonego zamówienia w stosunku do nakładów, które będzie ponosił zamawiający.

W ocenie Izby nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego w żaden sposób nie może usprawiedliwiać unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 17 ust. 1 w zw. z art. 255 pkt 5 Pzp. Nie sposób bowiem podzielić zapatrywania Zamawiającego, że dążenie do zapewnienia efektywności postępowania wyłączać będzie konieczność stosowania pozostałych reguł i zasad rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, jak np. zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości, czy też zasad dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 260 ust.1 Pzp, zgodnie z którym o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Jak wynika z przywołanego przepisu Pzp, na zamawiającego został nałożony obowiązek nie tylko poinformowania wykonawcy o czynności unieważnienia, ale także sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego takiej czynności. Sporządzenie uzasadnienia faktycznego czynności unieważniania ma doniosłe znaczenie. To bowiem w oparciu o ten dokument wykonawcy dowiadują się o motywach, jakie legły u podstaw czynności zamawiającego. Na podstawie argumentacji w nim zawartej wykonawcy podejmują decyzję o skorzystaniu lub nie ze środków ochrony prawnej przysługujących im wobec tej czynności. W ocenie Izby Zamawiający w uzasadnieniu czynności wskazał przyczyny, które spowodowały u niego decyzję o unieważnieniu postępowania, wskazał również w czym upatruje on wystąpienie interesu publicznego. Dlatego też w ocenie Izby Zamawiający uczynił zadość wymogom wynikającym z ww. przepisu. Okoliczność natomiast, że Odwołujący oczekiwałby

aby w informacji tej znalazły się inne, czy też bardziej szczegółowe informacje nie może skutkować stwierdzeniem, że sporządzone uzasadnienie było wadliwe.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W rozpoznawanej sprawie Izba, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 2/3 do 1/3. Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 2/3 i Odwołującego w części 1/3.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości po 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie po 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, a więc łącznie 22 200 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18600 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 7 400zł (22 200 zł x 1/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 14 800 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący :