

WYROK

z dnia 21 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2015 r. przez **T-Mobile Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółkę Akcyjną w Warszawie**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **PKP Polskim Liniom Kolejowym Spółce Akcyjnej w Warszawie** – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania
2. kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółkę Akcyjną w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną **T-Mobile Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2 zasądza od **PKP Polskich Linii Kolejowych Spółki Akcyjnej w Warszawie** na rzecz **T-Mobile Poland Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy),

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe SA w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup usług transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 3 kwietnia 2015 roku odwołujący – T-Mobile Poland Sp. z o.o. w Warszawie – wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z rachunkiem przedłożonym na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że w dniu 27 marca 2015 roku zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania wraz z uzasadnieniem, w którym wskazał, że przedmiotowe postępowanie prowadzone było w celu zapewnienia transmisji danych na potrzeby postępowania na „Zaprojektowanie, dostawę i montaż urządzeń SDIP CCTV (kontrakt 1,2,3 i 4) w ramach Projektu: Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych POLiŚ”, które zostało unieważnione w dniu 17 marca 2015 roku ze względu na to, że oferta z najniższą ceną dla każdej części zamówienia przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie każdej części zamówienia, a zamawiający nie może zwiększyć tych kwot. Zdanie zamawiającego powyższe okoliczności uzasadniają unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, tj. ze względu na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Odwołujący podniósł, że, wbrew stanowisku zamawiającego, powyższe okoliczności nie uzasadniają unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,

gdyż nie jest spełniona żadna z przesłanek wymaganych tym przepisem.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie dotyczącym ustawy Pzp jednoznacznie przyjmuje się, że unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i powinno być stosowana rozważnie, przesłanki unieważnienia interpretowane ścieśniamy a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, tak w zakresie okoliczności faktycznych jak i prawnych spoczywa na zamawiającym. Celem postępowania jest przecież - zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp - wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w mocy pozostają ogólne zasady zawierania umów, w tym zasada lojalności kontraktowej oznaczająca w tym przypadku, że zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w celu jego udzielenia i winien uczynić wszystko co możliwe, aby do udzielenia zamówienia doszło. Choć celem norm zawartych w ustawie jest zapewnienie ochrony interesu publicznego, mają one więc charakter publicznoprawny, jednak jednocześnie powstanie i realizacja zamówienia publicznego następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych. Pogląd o cywilnoprawnym charakterze postępowania o udzielenie zamówienia jest wyrażany również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych. Podobna ocena wyłania się z orzecznictwa sądów administracyjnych. Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z 27 września 2011 r. sygn. akt GSK 1842/11 wywiódł, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter cywilnoprawny a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i związane z nim postępowanie odwoławcze mają charakter spraw cywilnych.

Odwołujący wskazał, że zamawiający, mimo że jako wszczynający i prowadzący postępowanie jest niejako w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, pozbawiony został m.in. możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, nie może też według swego uznania odstąpić od czynności zmierzających do zawarcia umowy. Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem w zasadzie równoznaczne z zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta będzie najkorzystniejsza zgodnie z warunkami prowadzonego postępowania i mieścić się będzie w kwocie przeznaczony na sfinansowanie zamówienia. Publicznoprawny charakter regulacji Ustawy nie może więc dawać zamawiającemu możliwości dowolności działań motywowanych nieokreślonym interesem publicznym.

W ocenie odwołującego zgodnie z doktryną oraz utrwalonym orzecznictwem, przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy muszą być spełnione kumulatywnie, co oznacza, że niespełnienie choćby jednej z nich wyklucza możliwość unieważnienia

postępowania. Ciężar ich wykazania spoczywa na zamawiającym.

Jak podkreśla się w doktrynie, w myśl art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp: Zmiana okoliczności powinna być istotna, a ponadto musi rzeczywiście wystąpić, co oznacza, że nie spełnia tej przesłanki jedynie możliwość jej wystąpienia. Zgodnie z powyższym, w odniesieniu do przedmiotowego postępowania, działanie zamawiającego mogłoby być uzasadnione w sytuacji, gdyby rzeczywiście miał on pewność, że nie zrealizuje już postępowania na CSDIP oraz monitoring wizyjny i że przedmiotowe zamówienie nie będzie leżało w Interesie publicznym. Zamawiający nie wykazał, że nie przeprowadzi ponownie postępowania o udzielenie zamówienia na CSDIP, a doniesienia prasowe wręcz wskazują, że zamierza on przeprowadzić ww. postępowanie ponownie. Powyższą argumentację potwierdza Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 29 maja 2012 r., w którym stwierdził że, do zakwalifikowania zmiany jako istotnej potrzebna jest jej trwałość rozumiana jako nieodwracalny stan.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający zamierza udzielić zamówienia na CSDIP oraz monitoring wizyjny, co oznacza równocześnie, że udzieli zamówienia w zakresie objętym przedmiotowym postępowaniem i że pozostaje ono zgodne z interesem publicznym. W żadnym razie nie można zatem mówić, że zaistniała zmiana ma charakter trwały, nieodwracalny, a w konsekwencji istotny, zaś tylko tego typu zmiana uzasadnia unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Odwołujący wskazał, że zmiana okoliczności musi mieć charakter zewnętrzny, tj. musi być to tego typu zmiana, że nie jest zależna od zamawiającego oraz powinna być zmianą, której zamawiający nie mógł przewidzieć. Zmiana taka może wynikać np. ze zmiany powszechnie obowiązującego stanu prawnego. W niniejszej sprawie przesłanka ta nie jest spełniona. Odwołujący wskazał, że w chwili opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie posiadał jeszcze Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej, zatem unieważnienie postępowania na CSDIP *de facto* nie zmieniało sytuacji zamawiającego, ponieważ zarówno w chwili ogłoszenia postępowania jak i jego unieważnienia, zamawiający nie posiadał systemu CDSIP. Brak pewności co do możliwości zawarcia umowy w innym postępowaniu, choćby funkcjonalnie skorelowanym z niniejszym Postępowaniem, nie stanowi jednak zmiany zewnętrznej, której zamawiający nie mógł przewidzieć. Jest bowiem całkowicie przewidywalne, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może zakończyć się w sposób, który uniemożliwi udzielenie zamówienia, ponieważ zamawiający nie ma gwarancji, że w postępowaniu w ogóle zostaną złożone ważne oferty ani że warunki tych ofert pozwolą zawrzeć umowę. Zamawiający ma też możliwość uwzględnienia tych okoliczności w prowadzonych postępowaniach. Przyjęcie określonej koncepcji prowadzenia postępowania, która okazała się jednak koncepcją

obarczoną znaczącym ryzykiem co do pomyślnego jej przeprowadzenia (a przez to wadliwą), nie uzasadnia więc *per se* odstąpienia od udzielenia zamówienia w innym postępowaniu z powołaniem się na istotną, nieodwracalną zmianę okoliczności i brak interesu publicznego. Uznanie, że powyższym ryzykiem wyboru wadliwej koncepcji jako przyczyny dyskontynuacji postępowania z powołaniem się na istotną zmianę okoliczności mieliby zostać obciążeni wykonawcy, stanowiłoby wyraz nielojalności wobec nich. Ponadto, postępowanie na CSDIP będzie kontynuowane, toteż potrzeba udzielenia zamówienia objętego przedmiotowym Postępowaniem nadal istnieje, a odwołujący zostałby pozbawiony możliwości jego uzyskania z przyczyn w istocie całkowicie nieokreślonych, nieznanych w dacie unieważnienia oraz zależnych od zamawiającego. Wbrew twierdzeniom zamawiającego cel udzielenia zamówienia w postępowaniu nie przestał istnieć. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał też, że koncepcja prowadzenia postępowania na CSDIP musi w sposób obiektywny i bezwzględnie konieczny ulec zmianie ani też, że nie jest możliwy taki wybór koncepcji prowadzenia postępowania na CSDIP, który będzie zgodny z udzieleniem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Powołał się bowiem jedynie na związanie założoną koncepcją realizacji zadań przyjętą dla określonego postępowania wszczynanego w danych warunkach, pomijając jednak fakt, że każde z postępowań realizowane jest oddzielnie i zmiana założeń prowadzenia jednego postępowania nie uprawnia wolą zamawiającego do unieważnienia zasad, na jakich prowadzone było inne postępowanie. Jak było wskazane powyżej, wszczęcie postępowania jest tożsame z przyjęciem na siebie co do zasady obowiązku udzielenia zamówienia. Odstąpienie od tego obowiązku jest możliwe wyłącznie w okolicznościach przewidzianych w art. 93 ust. 1-2 ustawy, interpretowanych ściśle. Ponadto sama zmiana koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia nie uzasadnia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy

Odwołujący podkreślił, że interes publiczny w myśl art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy nie jest tożsamy z interesem zamawiającego. Nie sposób jest zatem twierdzić, że udzielenie przedmiotowego zamówienia spowoduje szkodę w interesie publicznym, gdyż zamawiający, zamierza ponownie przeprowadzić postępowanie na realizację Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej, toteż udzielenie zamówienia pozostaje w zgodzie z interesem publicznym. Odwołanie się jedynie do abstrakcyjnego i nieudowodnionego interesu ekonomicznego (który *de facto* jest interesem samego zamawiającego a nie interesem publicznym), który rzekomo uzasadnia niecelowość zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu, przy jednoczesnym zamiarze kontynuacji wykonania Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej, nie świadczy o zaistnieniu przesłanki braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub wykonaniu zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że zakup usługi WAN, która nie byłaby realizowana i nie przekładałaby się na realizację usług informacji pasażerskiej, nie służy interesowi publicznemu. Oznacza to, że czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania WAN leżała w interesie powszechnym, tj. w interesie wszystkich podmiotów korzystających – pośrednio lub bezpośrednio – z usług zarządcy infrastrukturą kolejową.

Zamawiający wskazał, że w dniu 17 marca 2015 roku unieważnił postępowanie SDIP, którego celem było zbudowanie dynamicznej informacji pasażerskiej zwiększającej wiedzę oraz bezpieczeństwo pasażerów korzystających z usług zamawiającego. Unieważnienie postępowania SDIP miało istotny wpływ na postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia sektorowego będącego przedmiotem postępowania odwoławczego. Celem postępowania WAN było dostarczenie zamawiającemu usługi transmisji danych w sieci WAN do lokalizacji, do których wykonawca postępowania SDIP zobowiązany jest był zamontować urządzenia SDIP CCTV nabyte przez zamawiającego w ramach postępowania SDIP celem zasilenia tych urządzeń w informacje przekazywane za ich pośrednictwem pasażerom.

Zamawiający podkreślił, że lokalizacje, do których dostarczane mają być dane w ramach sieci WAN (dworce, stacje, perony, przystanki pasażerskie) są bezpośrednio związane z lokalizacjami wskazanymi w postępowaniu SDIP. Oznacza to, że udzielenie zamówienia publicznego i realizacja samej usługi WAN bez urządzeń, które z tej sieci mają korzystać lub w zmienionych lokalizacjach jest niezasadne i nie tylko sprzeczne z interesem zamawiającego, ale także interesem publicznym.

Zamawiający wskazał, że ze względu na ubieganie się przez zamawiającego o dofinansowanie projektu SDIP, w ramach którego ubiega się on również o dofinansowanie usługi WAN, ewentualne powtórzenie postępowania SDIP i WAN uzależnione jest od otrzymania przez zamawiającego dofinansowania na realizację przedmiotowych zamówień. Jeżeli zamawiającemu uda się reaktywować projekt SDIP, będzie on realizowany w oparciu o inne parametry techniczne oraz inną bazę obiektów. Ewentualne przeprowadzenie postępowania w sprawie udzielenia nowego zamówienia – bądź stanowiącego niejako kontynuację SDIP oraz WAN bądź stanowiącego niejako kontynuację postępowania WAN nie będzie realizowane w 2015 roku, o ile w ogóle zostanie zrealizowane. W sytuacji w której zamawiający pozyska środki na wdrożenie projektu, którego częścią będzie SDIP oraz WAN, zmianie ulegnie realizacja wszystkich bądź przeważającej części lokalizacji, w których montowane będą urządzenia SDIP, a co za tym idzie, do których dostarczana będzie transmisja danych WAN. Aktywna modernizacja sieci linii kolejowych, remontów dworców, stacji i przystanków kolejowych, w przypadku lokalizacji sieci SDIP wymusi na zamawiającym zmianę lokalizacji. Powtórne przeprowadzenie postępowania w sprawie

udzielenia zamówienia publicznego na zaprojektowanie, montaż oraz dostawę urządzeń SDIP CCTV będzie się więc wiązać ze wskazaniem nowych lokalizacji, w których przedmiotowe urządzenia będą lokowane, a co za tym idzie, ze zmianą lokalizacji w ramach sieci WAN. W przypadku ponownego przeprowadzenia postępowania pewne elementy przewidziane w projekcie SDIP nie zostaną dostarczone i zabudowane, zmienione zostaną wytyczne do projektowania systemu rejestracji obrazów monitoringu wizyjnego (zapis obrazów na lokalne urządzenia rejestrujące, pogląd lokalny w obrębie LAN), a co za tym idzie zredukowana zostanie przepływność łączy teletransmisyjnych. Zamawiający doszedł zatem do wniosku, że udzielenie zamówienia na dostawę usług sieci WAN w dotychczasowej formie jest nie tylko nieracjonalne, ale też nie leży w interesie publicznym.

Zamawiający stwierdził, że ustawa Pzp dopuszcza sytuacje, w których nie dochodzi do wyboru wykonawcy postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, a postępowanie zostaje zakończone bez wyboru najkorzystniejszej oferty oraz bez podpisywania umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Zamawiający powinien przede wszystkim działać racjonalnie, co oznacza, że w sytuacji, w której w trakcie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego zachodzą przesłanki określone w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp winien je unieważnić.

Zamawiający podkreślił, że realizacja zamówienia na dostawę transmisji danych przy braku urządzeń, do których przedmiotowe dane mają być dostarczane stanowi podstawę do unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Dalsze prowadzenie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia na usługę, która faktycznie nie zostanie zrealizowana, nie było zasadne i godzi w interes społeczny. W obecnej chwili nie ma pewności czy zamawiający kiedykolwiek przeprowadzi postępowania na SDIP oraz WAN (występując o dofinansowanie brak jest pewności jego otrzymania w nowej perspektywie finansowej).

Zamawiający nie zgodził się z odwołującym, iż w przypadku unieważnienia postępowania na usługę WAN nie doszło do wystąpienia zamiany, której zamawiający nie był w stanie przewidzieć. Wszczynając postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia na SDIP zamawiający nie przewidział i nie był w stanie przewidzieć, iż postępowanie to zostanie unieważnione ze względu na to, iż wartość wszystkich złożonych ofert przekroczy kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tym bardziej, że wartość zamówienia była znana wykonawcom, zaś samo postępowanie było poprzedzone dialogiem technicznym.

Zamawiający nie zakwestionował twierdzenia, że w chwili wszczęcia, prowadzenia, unieważnienia postępowania na WAN nie posiadał oraz nie posiada urządzeń SDIP, do których miała nastąpić transmisja danych. Celem dwóch postępowań było otrzymanie sprawnie działającego systemu informacji i obsługi pasażerskiej. Nie otrzymując jednego z

elementów systemu, zamawiający nie ma potrzeby w uzyskaniu drugiego elementu.

Izba ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 17 marca 2015 roku zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania.

W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 17 marca 2015 roku zostało unieważnione postępowanie na zaprojektowanie, dostawę i montaż urządzeń SDIP CCTV (kontrakt 1, 2, 3 i 4) w ramach Projektu: Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych POLiŚ 7.1-106 w zakresie zamówienia częściowego 1-4 z uwagi na to, że oferta z najniższą ceną dla każdej części zamówienia przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie każdej części zamówienia, a zamawiający nie może zwiększyć tych kwot.

Zamawiający wskazał, że z uwagi na to, że postępowanie na zakup usług transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego prowadzone było w celu zapewnienia transmisji danych na potrzeby postępowania na CSDIP, w momencie unieważnienia postępowania na CSDIP zaistniała konieczność unieważnienia postępowania również na WAN, gdyż zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że dalsze prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia nie leżałoby w interesie publicznym, czego zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć.

Zamawiający stwierdził, że wszczynając i prowadzi postępowanie w pewnych znanych mu w danym momencie uwarunkowaniach i z założoną koncepcją realizacji zadań. Zamawiający miał prawo przyjąć, że skoro wszczął postępowanie na SCDIP, to dokona w tym postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, albowiem celem przeprowadzenia postępowania jest podpisanie umowy i udzielenie zamówienia. Niestety, na skutek sytuacji, której nie dało się przewidzieć, wszystkie oferty złożone w postępowaniu na CSDIP przekroczyły kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, a zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty.

W sytuacji, gdy w chwili obecnej nie można dokonać wyboru oferty na SCDIP, udzielenie zamówienia na WAN byłoby również nieuzasadnione ekonomicznie – zamawiający wydatkowałby środki publiczne bezpodstawnie. Udzielenie zamówienia na WAN i wydatkowanie kwoty około 90.000.000 zł brutto prowadziłoby do zaprzeczenia istoty racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi albowiem skoro nie udzielono z przyczyn obiektywnych zamówienia na SDIP to siłą rzeczy niecelowe byłoby udzielenie zamówienia na transmisję WAN, gdyż cel, dla którego przedmiotowa usługa miałaby być

świadczona, przestał istnieć – postępowanie na CSDIP w dniu 17 marca 2015 roku zostało unieważnione.

Zamawiający podał, że podstawą unieważnienia postępowania jest art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, że 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.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Podstawą unieważnienia postępowania przez zamawiającego był art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy 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.

Izba zważyła, iż celem postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie umowy przez wybór najkorzystniejszej oferty, zatem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego to swoiste przyrzeczenie zawarcia umowy, od którego zamawiający może zostać zwolniony tylko na podstawie przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp nie jest w związku z tym możliwe zrezygnowanie z prowadzenia postępowania bez podania uzasadnionych przyczyn przewidzianych prawem.

Z uwagi na fakt, iż unieważnienie postępowania jest decyzją zamawiającego, to na nim spoczywa obowiązek udowodnienia zaistnienia przesłanki, na którą się powołuje.

W doktrynie prezentowany jest jednolity pogląd, iż w sytuacji, gdy zamawiający powołuje się na przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako przyczynę unieważnienia postępowania, zobowiązany jest wykazać rzeczywiste, kumulatywne zaistnienie przywołanych w ww. przepisie podstaw, tj. wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Przede wszystkim zatem, dla możliwości unieważnienia postępowania na ww. podstawie, zaistnieć musi zmiana okoliczności (nie tylko możliwość zaistnienia takiej zmiany) na tyle znacząca, iż prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w

interesie publicznym. W tym miejscu rozważyć należy jak powinno być interpretowane pojęcie interesu publicznego. Zgodnie z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. za interes publiczny należy uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.

Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 lipca 2002 r. orzekł, iż nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Inne niż wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeby zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia nie może być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania. Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny może powodować, iż środki nań przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone. Interes publiczny musi być przy tym na tyle istotny, aby uzasadniał jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania.

W ocenie Izby zamawiający nie udowodnił, że realizacja zadania nie leży w interesie publicznym. Przedmiotem zamówienia jest zakup usług transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej. Usługi te dotyczą przedmiotu działalności zamawiającego, tj. usług przewozu pasażerskiego. Zakres i charakter świadczonych usług przemawiają za uznaniem ich za realizowane w interesie publicznym. Postępowanie na realizację Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej zostało przez zamawiającego unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie wykazał, że odstąpił w ogóle od realizacji przedmiotowego zadania, wręcz przeciwnie – wskazywał, że ubiega się o dofinansowanie projektu SDIP, co oznacza, że realizacja tego zadania nadal leży w interesie publicznym. Tym samym w interesie publicznym jest również dostawa transmisji danych do przedmiotowego systemu.

Zamawiający wskazywał, że w przypadku pozyskania środków na wdrożenie projektu którego częścią będzie SDIP oraz WAN, zmianie ulegnie lokalizacja wszystkich bądź przeważającej części lokalizacji, w których montowane będą urządzenia SDIP, a co za tym idzie – do których dostarczana będzie transmisja danych WAN. Twierdzenia zamawiającego nie zostały jednak poparte żadnymi dowodami uzasadniającymi prezentowane stanowisko.

W ocenie Izby brak jest również podstaw do przyjęcia, iż okoliczności, na które powołuje się zamawiający, były niemożliwe do przewidzenia.

Z wyjaśnień zamawiającego wynika, iż brak możliwości przewidzenia wystąpienia tychże okoliczności, upatruje on fakcie, iż wartość zamówienia była znana wykonawcom, zaś samo postępowanie poprzedzone było dialogiem technicznym. W ocenie zamawiającego nie sposób było zatem przewidzieć, że postępowanie zostanie unieważnione ze względu na to, że wartość wszystkich złożonych ofert przekroczy kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego w tym zakresie. Zważyć należy, że zamawiający prowadził równoległe dwa postępowania o udzielenie zamówienia – przedmiotowe postępowanie oraz postępowanie na SDIP. Zamawiający – jako profesjonalny organizator wielu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego – powinien zdawać sobie sprawę z możliwości wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Znajomość wartości zamówienia przez wykonawców oraz uprzednie przeprowadzenie dialogu technicznego nie jest przesłanką wyłączającą ewentualność złożenia ofert z cenami przekraczającymi kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....