

Sygn. akt: KIO 267/18

WYROK
z dnia 8 marca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Paweł Trojan

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 5 marca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2018 roku przez **wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum „DDDZ” w składzie: (1) Dahua Technology Poland Sp. z o.o. (lider konsorcjum) z siedzibą w Warszawie; (2) Z. D. System Engineering Co. Ltd. z siedzibą w mieście Hangzhou, Chiny; (3) Z. D. Vision Technology Co. Ltd. z siedzibą w mieście Hangzhou, Chiny; (4) Zhejiang University Insigma System Engineering Co. Ltd. z siedzibą w mieście Hangzhou, Chiny**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) Asseco Data System S.A. (Lider konsorcjum) z siedzibą w Gdyni; (2) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie; (3) Teleste Corporation z siedzibą w Finlandii, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum „DDDZ” w składzie: (1) Dahua Technology Poland Sp. z o.o. (lider konsorcjum) z siedzibą w Warszawie; (2) Z. D. System Engineering Co. Ltd. z siedzibą w mieście Hangzhou, Chiny; (3) Z. D. Vision Technology Co. Ltd. z siedzibą w mieście Hangzhou, Chiny; (4) Zhejiang University Insignia System Engineering Co. Ltd. z siedzibą w mieście Hangzhou, Chiny i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;**
3. zasądza od Odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum „DDDZ” w składzie: (1) Dahua Technology Poland Sp. z o.o. (lider konsorcjum) z siedzibą w Warszawie; (2) Z. D. System Engineering Co. Ltd. z siedzibą w mieście Hangzhou, Chiny; (3) Z. D. Vision Technology Co. Ltd. z siedzibą w mieście Hangzhou, Chiny; (4) Zhejiang University Insignia System Engineering Co. Ltd. z siedzibą w mieście Hangzhou, Chiny na rzecz Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie, Warszawa-Praga**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Dnia 12 lutego 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum „DDDZ” w składzie: (1) Dahua Technology Poland Sp. z o.o. (lider konsorcjum) z siedzibą w Warszawie; (2) Z. D. System Engineering Co. Ltd. z siedzibą w mieście Hangzhou, Chiny; (3) Z. D. Vision Technology Co. Ltd. z siedzibą w mieście Hangzhou, Chiny; (4) Zhejiang University Inigma System Engineering Co. Ltd. z siedzibą w mieście Hangzhou, Chiny (dalej jako „Odwołujący” lub „konsorcjum DDDZ”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego pn. <<Projekt, dostawa, instalacja i uruchomienie urządzeń w ramach realizacji projektu pn. „Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych”>> prowadzi Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania z dnia 31 stycznia 2018 roku w całości. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, iż w postępowaniu wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, w postaci braku wiedzy Zamawiającego na dzień 31 stycznia 2018 roku co do zasobów sieci szkieletowej WAN, jak również lokalizacji typu Centrum Monitoringu, podczas gdy okoliczność ta nie stanowi przesłanki, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp;
2. art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, która w przekonaniu Zamawiającego miałyby polegać na braku możliwości zagwarantowania sieci szkieletowej WAN i Centrum Monitoringu, co w efekcie miałyby spowodować niemożność realizacji zamówienia publicznego w terminach wymaganych przez Zamawiającego;
3. art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci tego, że Zamawiający zastrzegł w ogłoszeniu, że zawarta ma być umowa ramowa z jednym wykonawcą;

4. art. 99 ustawy Pzp poprzez wskazanie, że zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą nie jest dopuszczalne, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia oraz interes Zamawiającego, podczas gdy zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą umożliwi Zamawiającemu zawarcie w terminie późniejszym umowy realizacyjnej, dostosowanej do zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego uwarunkowań technicznych, takich jak chociażby stan zaawansowania sieci WAN.

Odwołujący wnoszą o uwzględnienie odwołania; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 31 stycznia 2018 roku; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego ds. telekomunikacji na okoliczność:

a. istnienia technicznej możliwości zrealizowania zamówienia objętego postępowaniem (lub jego części) bez uprzedniego wybudowania sieci szkieletowej WAN,

b. czynności technicznych niezbędnych do podłączenia urządzeń wchodzących w zakres Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej objętych postępowaniem, zamontowanego w konkretnej (hipotetycznej) lokalizacji, do odpowiedniego odcinka sieci WAN; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań wskazanych świadków; zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia:

a. kopii dokumentacji postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą dotyczącej sieci szkieletowej WAN, w szczególności wniesionego w sprawie odwołania (odwołań) odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie (odwołania),

b. studium wykonalności dla projektu objętego postępowaniem, opracowanego przez Zamawiającego lub przez podmiot trzeci na zlecenie Zamawiającego.

Odwołującemu wskazał, że przysługuje mu środek ochrony prawnej w postaci odwołania, ponieważ Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie zamówienia w postępowaniu. Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 7 grudnia 2017 roku - stanowiącego o wynikach spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz otrzymanych ocenach - Odwołujący nie dość, że został zakwalifikowany do kolejnego etapu postępowania, to jeszcze uzyskał największą liczbę punktów spośród wszystkich biorących udział w postępowaniu oferentów. Na skutek unieważnienia przez Zamawiającego postępowania, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania określonego zysku w następstwie uniemożliwienia wyboru jego oferty w dalszym etapie postępowania (do którego z największą ilością punktów został zakwalifikowany). Do spełnienia analizowanej przesłanki wystarczająca jest sama możliwość poniesienia szkody jako prawdopodobne następstwo naruszenia przez zamawiającego przepisów. Odwołujący poniósł także duże

koszty finansowe związane z przygotowaniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wymaganych do niego załączników (m.in. tłumaczenie kilkuset stron dokumentów z języka chińskiego), przy czym decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania skutkuje tym, iż koszty te poniósł de facto nadaremnie.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Czynnością stanowiącą podstawę odwołania stanowi czynność Zamawiającego z dnia 31 stycznia 2018 roku - unieważnienie postępowania. Dziesięciodniowy termin przewidziany w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp upływał 10 lutego 2018 roku - w sobotę, zatem ze względu na treść art. 185 ust. 8 ustawy Pzp termin na złożenie odwołania upływał w najbliższy dzień po dniach wolnych od pracy lub soboty - a więc w dniu 12 lutego 2018 roku. Odwołujący uścił wymagany wpis od odwołania, Odwołujący przedstawił także dowód doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu.

Jako podstawę prawną dokonanej czynności unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał: (i) art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp oraz (ii) art. 93 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Unieważnienie tego postępowania stanowi drugi przypadek, gdy Zamawiający zdecydował się na takie działanie w odniesieniu do tego samego zadania inwestycyjnego, określanego jako SDIP. Sytuacja zbliżona miała miejsce w roku 2015 i była przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO (sygn. akt KIO 686/15). W ramach wskazanego postępowania Zamawiający zdecydował się o unieważnieniu postępowania na budowę sieci WAN z uwagi na uprzednie unieważnienie postępowania na budowę Systemu Dynamicznego Systemu Informacji Pasażerskiej. W tamtej sprawie Zamawiający powoływał się zatem na współzależność pomiędzy tymi systemami, tyle że w porządku odwrotnym. Obecna sytuacja wskazuje, że Zamawiający nie wyciągnął żadnych wniosków z przebiegu obydwu postępowań (tj. SDIP i WAN) oraz treści rozstrzygnięć wydanych w tej sprawie przez KIO. Zamawiający prowadził obydwa postępowania w sposób, który nieuchronnie prowadził do niemożności zrealizowania tych zadań w pierwotnie zakładanych ramach czasowych. W szczególności przełożyło się to na brak zakończenia postępowania w sprawie WAN przed terminem zakończenia przedmiotowego postępowania.

Odwołujący podkreślił, że orzecznictwie dotyczącym ustawy Pzp jednoznacznie przyjmuje się, że unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i powinno być stosowane rozważnie, przesłanki unieważnienia interpretowane są ścieśniające, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, tak w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych, spoczywa na zamawiającym. Celem postępowania - zgodnie z art. 2 pkt 7a) ustawy Pzp - jest wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia

publicznego. Co do zasady wszczęte postępowanie powinno się zakończyć wyłonieniem najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji - doprowadzić do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, zaś unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od tej zasady, który nie może być interpretowany rozszerzająco. 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 Pzp 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 powszechnych, dla przykładu Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z 27 września 2011 roku (sygn. akt: GSK 1842/11, LEX nr 969453).

Zamawiający co do zasady pozbawiony jest 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 ze zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta będzie najkorzystniejsza zgodnie z warunkami prowadzonego postępowania i mieścić się będzie w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Publicznoprawny charakter regulacji ustawy Pzp nie może więc dawać zamawiającemu możliwości dowolności działań, motywowanych nieokreślonym interesem publicznym.

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu wskazał przesłanki faktyczne decyzji o jego unieważnieniu, które sprowadzają się do niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu, który był przygotowany przez Zamawiającego. Tymi przesłankami są:

- a) brak zawarcia przez Zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego na realizację sieci szkieletowej WAN,
- b) brak możliwości realizacji postępowania w terminach wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia,
- c) możliwość naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wobec braku informacji o zasobach sieci WAN i Centrum Monitoringu,
- d) wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia, iż wynikiem postępowania będzie zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą.

Powyższe przesłanki faktyczne mają w efekcie powodować, iż w postępowaniu wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że jego prowadzenie lub wykonanie

zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, oraz że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp .nieodzwonne jest stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Przepis ten może dotyczyć sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności wykonanie zamówienia będzie niecelowe lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym: zatem dotyczy zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Istotna zmiana okoliczności - w rozumieniu art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy - powodująca skutek w postaci unieważnienia postępowania, to pewne nadzwyczajne wydarzenia lub okoliczności mające wpływ na prowadzone postępowanie lub przedmiot zamówienia. Zmiana okoliczności, o której mowa, musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego.

W doktrynie prawniczej i judykaturze wprost wskazuje się, że wystąpienie istotnej zmiany okoliczności - czego nie można było wcześniej przewidzieć - dotyczy pewnych nadzwyczajnych wydarzeń lub okoliczności, przy czym pojęcie przewidywalności dotyczy zwykłych warunków prowadzenia działalności. Jako przykłady nieprzewidywalnych istotnych zmian okoliczności, w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, wskazuje się takie wyjątkowe, całkowicie niezależne od Zamawiającego sytuacje, jak np.: zmiana przepisów prawa czy zmiana wieloletniego programu rozwoju dróg krajowych w trakcie jego realizacji, ograniczenie finansowanych lub współfinansowanych z budżetu państwa inwestycji infrastrukturalnych, które weszły już w fazę realizacji (wszczęcie procedury wyłonienia wykonawcy). Wszelkie inne okoliczności nie powinny stanowić podstawy unieważnienia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Co więcej, w doktrynie prawniczej wprost wskazuje się, że „za istotną zmianę okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć” nie można uznać przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia (tak: Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. II, LEX/el. 2015, uwaga nr 29).

To na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania (dowodzenia), że zachowując należyłą staranność, nie mógł wcześniej przewidzieć wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, powodującej że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, jako na podmiocie, który wywodzi skutki prawne zgodnie z art. 6 k.c. oraz art. 188 ust. 1 ustawy Pzp.

Jako uzasadnienie do zastosowania omawianego przepisu ustawy Pzp Zamawiający podnosi, iż nie jest w stanie dostarczyć wykonawcom informacji na temat lokalizacji, na których ma zostać zapewniona transmisja WAN, a także tezę, jakoby brak powyższej informacji miał spowodować uniemożliwienie wykonawcom prawidłowego oszacowania ryzyka związanego z udziałem w postępowaniu, co w efekcie prowadzić ma do naruszenia uczciwej konkurencji.

Zamawiający jako jedną z podstaw unieważnienia postępowania wskazał przedłużającą się procedurę odwoławczą przed Krajową Izbą Odwoławczą dotyczącą zamówienia publicznego na realizację sieci szkieletowej WAN. Twierdzenie, jakoby przedłużające się postępowanie przed organem odwoławczym w sprawach o zamówienia publiczne stanowić miało o wystąpieniu sytuacji wyjątkowej, nadzwyczajnej, a w efekcie do zastosowania omawianego przepisu, nie znajduje odzwierciedlenia w zaistniałym stanie faktycznym. Zamawiający, jako podmiot profesjonalny, prowadzący wiele postępowań w rygorze zamówień publicznych, nie może powoływać się na fakt, iż nie był w stanie przewidzieć, iż toczące się postępowanie odwoławcze może się wydłużyć. Takie stanowisko jest o tyle zasadne, iż po pierwsze, Zamawiający jest stroną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedłużenie stanowić ma przesłankę uzasadniającą unieważnienie postępowania. Po drugie, Zamawiający - jako przedsiębiorca odpowiadający za zarządzanie państwową siecią linii kolejowych w Polsce - jest podmiotem, który ogłasza i prowadzi (w tym również na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą) dużą liczbę postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Przygotowując postępowanie, celem zachowania należytej staranności, konieczna była analiza wszelkich jego aspektów, aby można je było skutecznie przeprowadzić.

Ponadto, przepisy ustawy Pzp wprowadzają „sztywne” i krótkie terminy dla wszystkich czynności dotyczących postępowania odwoławczego, przy czym praktyką jest, że postępowania odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą charakteryzują się tym, iż są procedowane w krótkim okresie czasu. Z tego też względu stanowisko Zamawiającego w omawianym zakresie - bazujące na argumentacji dotyczącej przedłużającej się procedury odwoławczej przed KIO, odnośnie zamówienia publicznego na realizację sieci szkieletowej WAN - budzi duże wątpliwości. Wątpliwości te potęguje fakt, iż samo postępowanie - do chwili unieważnienia go przez Zamawiającego w dniu 31 stycznia 2018 roku - trwało długo. Pierwotnie, w treści ogłoszenia o zamówieniu, przewidziano datę 11 sierpnia 2017 roku jako termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, po czym termin ten został przesunięty o blisko 2 miesiące - na dzień 2 października 2017 roku. Mając na względzie fakt, iż Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania w dniu 31 stycznia 2018 roku, od daty opublikowania ogłoszenia o postępowaniu (13 lipca 2017 roku) do dnia, w którym je unieważniono minęło ponad 6 i pół miesiąca. Abstrahując od twierdzeń

Odwołującego, iż Zamawiający winien był przewidzieć, że postępowanie odwoławcze przed KIO może się wydłużyć, wydaje się, że nawet gdyby postępowanie odwoławcze przed KIO odnośnie zamówienia publicznego na realizację sieci szkieletowej WAN przedłużyło się (na co Zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek dowodów), to długi okres trwania postępowania powinien doprowadzić do sytuacji, że w dniu 31 stycznia 2018 roku Zamawiający powinien zagwarantować zasób sieci szkieletowej WAN i lokalizację Centrum Monitoringu.

Odnosząc się do elementów niezbędnych do uznania, że doszło do spełnienia się przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, o których mowa powyżej, należy uznać, iż owa „zmiana” jeszcze nie wystąpiła, a jedynie może wystąpić. Zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek szczegółów dotyczących postępowania odwoławczego na zamówienie w sprawie sieci WAN, jednak z treści pisma Zamawiającego z dnia 31 stycznia 2018 roku nie wynika, jakoby ww. zmiana miała już nastąpić - postępowanie bowiem w dalszym ciągu trwa.

Omaiwana zmiana powinna mieć również charakter zewnętrzny wobec Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający jest stroną toczącego się postępowania odwoławczego w sprawie sieci WAN, a zatem ma on na nie wpływ. Fakt, iż brak pewności co do możliwości zawarcia umowy w innym postępowaniu, choćby funkcjonalnie skorelowanym z przedmiotowym, nie stanowi zmiany zewnętrznej, której Zamawiający nie mógł przewidzieć. Jest bowiem całkowicie przewidywalne, że dane 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. To po stronie Zamawiającego leży obowiązek stworzenia realnego i racjonalnego harmonogramu inwestycji w zarządzaną przez niego infrastrukturę sieciową. Zamawiający korzysta w tym zakresie ze wsparcia zewnętrznych podmiotów doradczych o uznanej renomie. Przyjęcie określonej koncepcji prowadzenia postępowania, która była od początku ryzykowna, a jak przyznaje sam Zamawiający, obecnie uważana jest przez niego za wadliwą, nie uzasadnia więc odstąpienia od udzielenia zamówienia w innym postępowaniu z powołaniem się na istotną, nieodwracalną zmianę okoliczności i brak interesu publicznego. Te okoliczności powodują, iż nie można mówić o zewnętrznym charakterze zmiany, która miała nastąpić.

Odnosnie rzekomego braku interesu publicznego w przeprowadzenie postępowania Zamawiający podnosił, iż w przypadku zawarcia umowy w wyniku przeprowadzenia postępowania, *„spowoduje to nieuzasadnione nakłady ze środków publicznych związane z zapewnieniem usług serwisowych przez podmioty trzecie. Skarb Państwa zmuszony*

będzie bowiem inwestować publiczne środki finansowe i fundusze unijne w rozwój innych podmiotów, zamiast w rozwój i poprawę funkcjonalności infrastruktury kolejowej”. Powyższe twierdzenie jest dalece nieprecyzyjne - dlaczego montaż dynamicznego systemu informacji pasażerskiej miałby stanowić przypadek poczynienia „nieuzasadnionych nakładów ze środków publicznych?”, o jakie „usługi serwisowe podmiotów trzecich” chodzi Zamawiającemu? Zamawiający nie podaje szczegółowych informacji na ten temat, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że niezbędne jest odpowiednie skorelowanie systemów kontroli dyspozytorskich i przekazywania informacji o pociągu, co bez zagwarantowania zasobów sieci szkieletowej WAN i Centrum Monitoringu ma być niemożliwe. Wobec braku szczegółowych informacji na temat tych kwestii uznać należy, iż Zamawiający nie wykazał braku interesu publicznego w przeprowadzenie postępowania.

Odwołujący wskazał także, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie stanowi element długotrwałych planów i zamierzeń biznesowo-inwestycyjnych Zamawiającego. Dowodem na powyższe jest m.in. dokument pn. „*Plan biznesowy PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. do 2023 r.*”. Dokument ten - stanowiący opis celów, jakie na najbliższe lata przyjął sobie Zamawiający (warte podkreślenia, że dokument ten jest dokumentem nowym, pochodzi z listopada 2017 roku) - odwołuje się w swojej treści m.in. do celów Zamawiającego związanych z poprawą informacji pasażerskiej i modernizacją obiektów dworcowych, a zatem celów w pełni zbieżnych z przedmiotem i zakresem postępowania. Co więcej, inwestycja Zamawiającego w projekt pn. „Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu” wpisuje się w główne cele, jakie Ministerstwo Infrastruktury przyjęło dla sektora transportu kolejowego w Polsce do 2030 roku. Jak wynika bowiem z dokumentu pn. „*Master Plan dla transportu kolejowego w Polsce do 2030 roku*” za jeden z głównych celów inwestycji infrastrukturalnych w sektorze transportu kolejowego uznano inwestycje w infrastrukturę „niekonwencjonalną” w postaci działań obejmujących różne rodzaje systemów, w tym „wszechstronne systemy informacji dla pasażerów dostępne w pojazdach kolejowych, na dworcach i stacjach, a także za pośrednictwem Internetu (str. 71 dokumentu).

Niewątpliwie w ocenie Odwołującego Zamawiający nie udowodnił spełniania wszystkich przesłanek wymaganych do skutecznego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, które muszą być spełnione kumulatywnie. Wobec tego Zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania w powołaniu na brak realizacji sieci WAN na obecnym etapie tego postępowania.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp

Na podstawie omawianego przepisu Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie

zamówienia publicznego. Przesłanka powyższa może mieć zastosowanie wówczas, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Wadą postępowania wedle Zamawiającego ma być niedotrzymanie terminów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, brak zagwarantowania zasobów sieci szkieletowej WAN i Centrum Monitoringu, skutkujące uniemożliwieniem wykonawcom prawidłowego oszacowania ryzyka związanego z udziałem w postępowaniu i skalkulowanie ceny oferty w sposób odpowiedni do tego ryzyka. Te czynniki mają powodować, że złożone w Postępowaniu oferty będą nieporównywalne, co stanowić ma naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do niedotrzymania terminów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, Odwołujący przywołał ujednoliczoną linię orzeczniczą KIO o możliwości zmiany terminu wykonania umowy oraz braku podstaw do unieważnienia postępowania z powodu upływu tego terminu. Termin realizacji umowy w wyniku przeprowadzenia postępowania może być zatem w określonym stopniu modyfikowany, zwłaszcza biorąc pod uwagę tryb postępowania - dialog konkurencyjny, który pozwala na skonfrontowanie założeń zamawiających z realiami rynkowymi przedstawionymi przez zaproszonych wykonawców. Wskazuje się wprost w doktrynie prawniczej i judykaturze, że upływ terminu realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówieniu publicznym o takim charakterze. Żaden z przepisów nie sprzeciwia się bowiem zawarciu i realizacji umowy w sytuacji, gdy termin wskazany w dokumentacji postępowania jako data realizacji świadczenia już upłynął. Tym samym upływ terminu realizacji zamówienia nie stanowi wady, mogącej stanowić przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp .

Z tych też względów, zdaniem Odwołującego, nie ziszczyły się kumulatywnie obligatoryjne przesłanki do zastosowania omawianej podstawy do unieważnienia postępowania.

Rozpatrując argument Zamawiającego o braku możliwości prawidłowego oszacowania ryzyka związanego z udziałem w postępowaniu i skalkulowanie ceny oferty

w sposób odpowiedni do tego ryzyka ze względu na brak danych dotyczących zasobów sieci szkieletowej WAN i Centrum Monitoringu, Odwołujący zauważył, iż odnosi się to do czasu przyszłego i dotyczy sytuacji, która nie musi przecież nastąpić. Nie doszło zatem do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, założenie Zamawiającego, iż złożone w dalszym etapie postępowania oferty będą nieporównywalne, niekoniecznie musi się ziścić. Jako że argumentacja Zamawiającego w tym zakresie jest czysto hipotetyczna, nie można uznać, iż spełnione zostały przesłanki do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Ewentualna okoliczność, iż Zamawiający w późniejszym terminie mógłby przygotować nowe zamówienie tożsame z zakresem postępowania również nie powinno zostać rozpatrzone w sposób pozytywny, gdyż *„przyczyną unieważnienia postępowania nie może być możliwość lepszego, sprawniejszego przeprowadzenia postępowania przez zamawiającego lub opisanie warunków udziału w tym postępowaniu”*.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp i art. 99 ustawy Pzp

Zamawiający, jako przesłankę powodującą konieczność unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wskazał to, że w pkt IV. 1.3. ogłoszenia o zamówieniu określono, że *„Zamówienie obejmuje zawarcie umowy ramowej. Umowa ramowa z jednym wykonawcą.”*

Po pierwsze, całkowicie niezrozumiałe jest twierdzenie Zamawiającego, że *„Umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może mieć charakteru powtarzalnego, bowiem przedmiot zamówienia nie ma charakteru powtarzalnego.”* Stanowisko takie jest bowiem sprzeczne z treścią art. 99 ustawy Pzp, który stanowi, iż *„Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub partnerstwa innowacyjnego”*.

Zamawiający argumentuje, że jego celem jest *„uzyskanie kompletnego przedmiotu zamówienia w określonych terminach (tj. zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym), bez składania cyklicznych zamówień w danym okresie, oraz bez określania przewidywanych ilości”*. Intencją Zamawiającego miało być, aby jeden wykonawca wykonał cały przedmiot zamówienia, bez możliwości odmowy wykonania określonej części zamówienia przez wykonawcę.

Biorąc pod uwagę treść ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym postępowania wywieść można, iż Zamawiający przewidział zawarcie umowy ramowej i takie pokierowanie jej realizacją, aby systemy wchodzące w skład postępowania powstawały na konkretnych, wybranych przez Zamawiającego obiektach, zapewne z uwzględnieniem stanu infrastruktury sieci szkieletowej WAN. Co istotne, Zamawiający na etapie składania wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie sprecyzował, o jakie obiekty chodzi, informacja taka miała zostać przekazana oferentom (wykonawcom) w dalszym etapie postępowania. W tym celu właśnie wybór umowy ramowej, a nie realizacyjnej, jest uzasadniony, gdyż Zamawiający miałby możliwość elastycznego zlecenia poszczególnych elementów zamówienia. Takie podejście Zamawiającego wydaje się o tyle słuszne, iż przedmiotem zamówienia objęta jest nie tylko instalacja SDIP, lecz także m.in. wykonanie dokumentacji projektowej, jak również czynności z zakresu demontażu urządzeń i systemów istniejących, co - w odniesieniu do każdego z obiektów, gdzie miałyby być wykonywana usługa przez wykonawcę wyłonionego w toku postępowania - wymaga innego nakładu środków i czasu. Na zasadność wyboru przez Zamawiającego umowy ramowej wskazywać może m.in. fakt, iż Zamawiający w treści pisma z dnia 31 stycznia 2018 roku zawierającego informację o unieważnieniu postępowania powołał szereg okoliczności przemawiających za ramową formą umowy, m.in. w zakresie uzależnienia czasowego realizacji zamówienia od realizacji sieci szkieletowej WAN i Centrum Monitoringu. Tym samym, twierdzenie Zamawiającego o tym, iż forma umowy ramowej jest nieprawidłowa i niekorzystna dla interesu Zamawiającego, stanowi wewnętrzną sprzeczność pisma z dnia 31 stycznia 2018 roku.

Zdaniem Odwołującego, przyjęcie przez Zamawiającego zawarcia umowy ramowej w żaden sposób nie stoi na przeszkodzie temu, aby instalacja SDIP na konkretnych obiektach, wskazanych przez Zamawiającego, spełniała wymogi określonego przez niego harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Argumentacja Zamawiającego, jakoby przyjęcie przez niego w punkcie IV.1.3. ogłoszenia, iż zamówienie obejmuje zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą, było błędne, budzi wątpliwości w świetle dotychczasowego przebiegu postępowania. Ogłoszenie o zamówienie dotyczące postępowania było bowiem wielokrotnie przedmiotem oceny i kontroli ze strony Zamawiającego, o czym świadczy chociażby fakt, iż w okresie od dnia jego opublikowania (13 lipca 2017 roku) nastąpiło jego 7 zmian. Biorąc pod uwagę jednocześnie fakt, iż Zamawiający jest profesjonalistą w zakresie organizowania postępowań z zakresu ustawy Pzp (rocznie ogłasza ich kilkaset), co najmniej wątpliwości budzi fakt, iż ten rzekomy błąd został „wychwycony” przez Zamawiającego dopiero pod koniec stycznia 2018 roku.

Zamawiający wskazuje ponadto, że jego intencją jest to, aby przedmiot zamówienia został wykonany przez jednego wykonawcę. Należy podkreślić, iż taki zamiar Zamawiającego znajduje swoje umocowanie w treści ogłoszenia o zamówienia dotyczącego postępowania, które wprost zakłada, że umowa ramowa ma być zawarta z jednym wykonawcą. Gdyby intencja Zamawiającego miała być inna, skorzystałby on zapewne

z uprawnienia, o którym mowa w art. 101 a ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp - zawarcia umowy z wykonawcami, a nie wykonawcą.

Treść samej umowy o wykonanie zamówienia miała zostać przygotowana w dalszych etapach postępowania, po przeprowadzeniu dialogu z zaproszonymi wykonawcami. Zamawiający miałby wtedy możliwość zastosowania takich postanowień umownych, które w pełni zabezpieczałyby jego interesy oraz prawidłową realizację zamówienia. Tym samym, przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 7) nie została udowodniona przez Zamawiającego, gdyż postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie pod legającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dialog konkurencyjny jako tryb zastosowany w postępowaniu - możliwości do dalszego prowadzenia postępowania

Odwołujący stoi na stanowisku, iż wszystkie wyżej opisane okoliczności, które zdaniem Zamawiającego stanowią przesłankę do unieważnienia postępowania, mogą w dalszym ciągu zostać rozstrzygnięte czy wyjaśnione w dalszych etapach dialogu konkurencyjnego. Dialog konkurencyjny składa się z 4 elementów:

1. publikacja ogłoszenia, która ma na celu wyłonienie wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (spełniających warunki udziału w postępowaniu),
2. zaproszenie do dialogu wyłonionych wykonawców, którzy w największym stopniu spełniają warunki udziału w postępowaniu, i prowadzenie z nimi dialogu do momentu dookreślenia przedmiotu zamówienia oraz uwarunkowań związanych z udzieleniem zamówienia i jego realizacją,
3. zaproszenie do składania ofert przez wykonawców i wybór najkorzystniejszej oferty,
4. negocjacje ostatecznych warunków umowy z wybranym wykonawcą (etap fakultatywny).

Zamawiający unieważnił postępowanie po przeprowadzeniu jedynie pierwszego etapu dialogu konkurencyjnego. Biorąc pod uwagę wcześniej przedstawione argumenty Odwołującego, tak Zamawiający, jak i wykonawcy, wspólnie mogliby dojść do takiego rozwiązania, w wyniku którego postępowanie mogłoby zakończyć się z wynikiem pozytywnym, a mianowicie realizacją zamówienia.

Biorąc pod uwagę sam opis przedmiotu zamówienia zauważyć można, iż składa się on z wielu etapów - wykonania dokumentacji w zakresie ewentualnej rozbiórki urządzeń i systemów już istniejących, zaprojektowania systemów dynamicznej informacji pasażerskiej, dostawy tych systemów, ich instalacji oraz, na końcu, uruchomienia tychże systemów. System sieci WAN jest niezbędny dopiero na ostatnim etapie realizacji zamówienia - uruchomienia systemów. Do tego etapu możliwa jest realizacja pozostałych elementów. Takie właśnie ustalenia możliwe są w trakcie prowadzenia dialogu konkurencyjnego,

w którym każdy z zaproszonych wykonawców będzie mógł przedstawić swoje koncepcje realizacji zamówienia.

Podsumowując Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający, unieważniając postępowanie wskazał dwie podstawy prawne - wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć (art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp) oraz to, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp). W ocenie Odwołującego Zamawiający nie udowodnił ziszczenia się przesłanek warunkujących skuteczne zastosowanie wymienionych podstaw prawnych. Zamawiający, pomimo dokonania siedmiu zmian w ogłoszeniu o zamówieniu, w tym trzykrotnego przesunięcia terminu na złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie dostrzegł w nim żadnych nieścisłości. Takowe zauważył zapewne dopiero 8 grudnia 2017 r., w dacie unieważnienia czynności poinformowania wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków.

Wszystkie elementy składające się na treść informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 31 stycznia 2018 r. mogły być tematem dialogu z wykonawcami w ramach procedury przewidzianej w art. 60d ustawy Pzp, w ramach którego wykonawcy, a w szczególności Odwołujący, mogliby wskazać różne możliwości realizacji zamówienia w wyniku przeprowadzenia postępowania. Takiej szansy Zamawiający nie dał wykonawcom.

Biorąc pod uwagę przedstawione fakty i argumenty, zdaniem Odwołującego odwołanie jest zasadne i konieczne, stąd wnoszono jak w petitum odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości, przedstawiając argumentację faktyczną i prawną, która w jego ocenie przemawiała za niezasadnością zarzutów odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył wniosek, który został oceniony najwyżej w zakresie ustalonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu kwalifikujących wykonawców do kolejnego etapu dialogu konkurencyjnego, a Zamawiający unieważnił następnie nie tylko wynik oceny wniosków, ale także całe postępowanie. Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania. Ustalenie, że Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp unieważnił postępowanie skutkowałoby koniecznością nakazania Zamawiającemu unieważnienia takich czynności, czego efektem może być zaproszenie Odwołującego do dalszych etapów postępowania. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłoszenie przystąpienia złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **(1) Asseco Data System S.A. (Lider konsorcjum) z siedzibą w Gdyni; (2) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie; (3) Teleste Corporation z siedzibą w Finlandii**,. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Ustalono, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył stanowisko Zamawiającego zakomunikowane wykonawcom w Informacji o unieważnieniu postępowania, oraz inne zapisy SIWZ, OPZ i załączników, istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający zawiadamiając wykonawców o czynności unieważnienia postępowania obowiązany jest przekazać wykonawcom uzasadnienie faktyczne i prawne swej czynności. Doręczane wykonawcom uzasadnienie jest o tyle istotne, że umożliwia im podjęcie decyzji co do tego czy będą korzystać ze środków ochrony prawnej. Argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu umożliwia wykonawcom sformułowanie odpowiednich zarzutów, które po upływie terminu na wniesienie odwołania nie mogą być modyfikowane, co wynika z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Zamawiający formułując informację o unieważnieniu postępowania winien w sposób jak najbardziej klarowny wyartykułować wykonawcom powody, dla których konieczne jest unieważnienie prowadzonego postępowania, zwłaszcza w przypadku, gdy

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest na zaawansowanym etapie, a powodem unieważnienia jest stwierdzenie braku interesu publicznego w kontynuacji postępowania, czy też zidentyfikowanie na tyle istotnej wady tego postępowania, że niemożliwe stanie się zawarcie ważnej umowy.

Natomiast przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowi, iż *zamawiający unieważnia postępowanie jeśli nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub zawarcie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć*. W myśl pkt 7 wskazanego przepisu, unieważnienie postępowania jest dla zamawiającego obligatoryjne, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przesłanka wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp została określona kumulatywnie i pojawia się w sytuacji, gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć. Wystąpienie istotnej zmiany okoliczności musi mieć charakter obiektywny. Konieczne jest stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Oznacza to, że przy zachowaniu należytej staranności istotnej zmiany okoliczności nie mógł wcześniej przewidzieć zarówno zamawiający, jak i wykonawca. Okoliczności wskazane w art. 93 ust. 1 pkt 6 muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. To zamawiający jest obowiązany wykazać, że zachowując należyłą staranność, nie mógł wcześniej przewidzieć wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

W analizowanej sprawie Zamawiający zobowiązany był zatem do wykazania, że w dacie unieważnienia postępowania wystąpiła na tyle istotna zmiana okoliczności, że zmieniona sytuacja spowodowała, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Wreszcie Zamawiający zobowiązany był udowodnić, że zmiana ta była nieprzewidywalna w dacie wszczęcia postępowania.

Ustawodawca w ustawie Pzp nie zawarł definicji interesu publicznego. Pojęcie to nie jest również definiowane w innych, powszechnie obowiązujących przepisach prawnych.

W Konstytucji RP zagadnienie interesu publicznego ujęte jest w kilku zakresach. Począwszy od najpełniejszego, znajdującego odzwierciedlenie w art. 1 Konstytucji RP, który wspomina o Rzeczypospolitej jako "wspólnym dobru" wszystkich obywateli, poprzez inne ogólne ujęcia wskazane w art. 17 czy art. 22, aż do bardziej szczegółowego określenia już konkretnych jego przejawów w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Poza Konstytucją interes

publiczny jest wymieniony w około 540 aktach prawnych, przy czym w niektórych pojawia się nawet kilkakrotnie.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W ocenie Trybunału, właśnie w tym przepisie wymienia się te wartości, które ów interes publiczny uosabiają. Można przyjąć, że w przypadku interesu o znaczeniu publicznym działa się w imię jakiegoś dobra ponadindywidualnego (tj. w interesie publicznym, społecznym). Trybunał Konstytucyjny w uchwale z 12 marca 1997 r., sygn. akt W 8/96, wskazał że za interes publiczny należy bez wątpienia 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. Jest to cel, który zaspokaja konkretnie wskazane potrzeby społeczne.

Informacja o unieważnieniu postępowania przekazana przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym nie wyodrębnia w sposób jasny przesłanek odnoszących się do działania w interesie publicznym i wady postępowania. Zamawiający dokonując opisu istotnych okoliczności przemawiających za unieważnieniem postępowania przedstawia w sposób kumulatywny wszystkie te elementy, które w jego ocenie mają istotne znaczenie. Dlatego też trudno w tym uzasadnieniu jednoznacznie wskazać, która argumentacja odnosi się do wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, a która wskazuje na nieusuwalną wadę postępowania. Treść uzasadnienia jest w wielu miejscach enigmatyczna, posługuje się ogólnikami, bez wskazania konkretnych okoliczności, czy sytuacji, która prowadzić musiała do unieważnienia postępowania.

Zamawiający podnosi w uzasadnieniu unieważnienia, że przyjął określone ramy czasowe dla przedmiotowego postępowania, tak aby skoordynować jego przebieg z innym, istotnym dla niego postępowaniem, w ramach którego nastąpić miała dostawa sieci szkieletowej WAN oraz podanie lokalizacji centrum monitoringu. Prowadzenie zaś postępowania na System Dynamicznej Informacji Pasażerskiej bez przekazania wykonawcom tej wiedzy nie jest możliwe. Następnie Zamawiający wyjaśnił, że przedłużające się postępowania odwoławcze w drugim postępowaniu spowodowały, że na obecnym etapie nie jest w stanie określić, kiedy zasoby sieciowe będą dostępne i kiedy będzie można podać wykonawcom lokalizacje. Element niepewności co do zawarcia umowy na realizację sieci szkieletowej powoduje, że nie ma możliwości dotrzymania zakładanych terminów dla przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący słusznie z taką argumentacją polemizuje, że sam upływ terminów pierwotnie przewidzianych dla realizacji jakiegoś zadania nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania. Nie jest to także wada postępowania, która

prowadziłaby do nieważności przyszłej umowy. W doktrynie i orzecznictwie niejednokrotnie wyrażano stanowisko, że upływ terminu określonego datą dzienną przewidzianego dla realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi wady postępowania.

Dopiero zaś na rozprawie Zamawiający podaje, że w postępowaniu na dostawę sieci szkieletowej doszło do wielokrotnego przesunięcia terminu składania wniosków i ofert z uwagi na znaczną ilość wnoszonych odwołań, choć finalnie wszystkie one zostały oddalone. Podaje także, że postępowanie odwoławcze dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej toczyło się od listopada 2017 roku do stycznia 2018 roku (KIO 2328/17), a w zakresie części drugiej tylko nieznacznie krócej (KIO 2326/17; KIO 2329/17), następnie zaś cała dokumentacja postępowania przekazana została do Urzędu Zamówień Publicznych celem przeprowadzenia obowiązkowej kontroli uprzedniej, której wynik do momentu wyrokowania w tym postępowaniu odwoławczym nie jest znany i Zamawiający nie zna przybliżonej daty zakończenia kontroli, nie jest w stanie określić jakie będą jej wyniki i czy ostatecznie w najbliższym czasie możliwe będzie zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Te wszystkie elementy, w ocenie Izby, winny znaleźć się w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania przekazanej Wykonawcom. To właśnie tak przedstawiona argumentacja pokazuje, że w postępowaniu doszło do istotnej zmiany okoliczności, zewnętrznej w stosunku do Zamawiającego, mającej charakter obiektywny, której nie można było wcześniej przewidzieć. Choć bowiem pierwotnie Zamawiający zakładał, że harmonogram obu postępowań będzie kompatybilny, przy uwzględnieniu oczywiście okoliczności, że wykonawcy korzystali będą ze środków ochrony prawnej, a w postępowaniu na dostawę sieci szkieletowej konieczne jest przeprowadzenie kontroli uprzedniej, to ostatecznie doszło do takich przesunięć czasowych, że nawet przy zachowaniu należytej staranności, Zamawiający nie jest w stanie ponownie doprowadzić do sytuacji, kiedy oba postępowania będą mogły być realizowane w jednym czasie, równoległe do siebie. Tymczasem Zamawiający w uzasadnieniu kluczy, enigmatycznie posługując się bliżej niezidentyfikowanymi przesłankami, które nie wskazują, że prowadzenie postępowania dalej nie leży w interesie publicznym.

W dalszej części uzasadnienia unieważnienia Zamawiający wskazuje, że jako dysponent środków publicznych nie może zawrzeć umowy, która spowoduje nieuzasadnione nakłady z tych środków związane z zapewnieniem usług serwisowania przez podmioty trzecie i Skarb Państwa będzie musiał długofalowo inwestować w rozwój podmiotów trzecich, zamiast w rozwój i poprawę funkcjonowania infrastruktury kolejowej. Po raz kolejny Zamawiający nie wyjaśnia bliżej co rozumie się przez nieuzasadnione nakłady ze środków publicznych na usługi serwisowe i inwestycje w rozwój podmiotów trzecich. Znowu dopiero na rozprawie okazuje się, że Zamawiający, by zrealizować przedmiotowe zamówienie

w pierwotnie zakładanej formule, aby odebrać urządzenia służące SDIP musiałyby zgodzić się na dostawę połączenia z alternatywnego źródła, co oznacza, że najprawdopodobniej wykonawca musiałyby sam zakupić usługi u konkurencyjnego operatora komercyjnego. Natomiast po wybudowaniu własnej sieci, Zamawiający musiałyby ponosić koszty utrzymania sieci u obcego operatora. Takich wyjaśnień nie można znaleźć w informacji o unieważnieniu postępowania.

Zamawiający wyraża opinię, że bez zagwarantowania dostępu do sieci szkieletowej WAN i centrum monitoringu dojdzie do zagrożenia interesowi publicznemu w rozumieniu dyscypliny finansów publicznych – trwałość projektu dofinansowanego z funduszy unijnych. Jest to kolejna teza, która bez bliższego poznania przesłanek nic nie wnosi do uzasadnienia o unieważnieniu postępowania. Na rozprawie Zamawiający złożył dokument, z którego wynika, że w grudniu 2017 roku spółka PKP S.A. zarządzająca dworcami, z uwagi na przedłużające się postępowanie, które prowadzi Zamawiający, samodzielnie postanowiła zrealizować część dotyczącą Systemu Informacji Pasażerskiej w odniesieniu do zarządzanej infrastruktury. Do pisma załączono wykaz dworców, które miało obejmować to postępowanie. Z informacji wynika, jak wyjaśnił na rozprawie Zamawiający, że wobec zmiany zakresu rzeczowego objętego prowadzonym przez niego postępowaniem konieczne jest uaktualnienie Studium Wykonalności dla realizowanego projektu, modyfikacja wniosku o dofinansowanie i uzyskanie ponownej zgody instytucji dysponującej środkami unijnymi. Wskazano również, że zmiana zakresu rzeczowego ma charakter istotny, dotyczy bowiem około 25% zamówienia. Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które uniemożliwiły Zamawiającemu przedstawienie sytuacji w taki sposób już na etapie przekazywania Wykonawcom informacji o unieważnieniu postępowania. Są to bowiem niewątpliwie okoliczności natury zewnętrznej w stosunku do Zamawiającego, mają trwały charakter, już zaistniały, a sam Zamawiający nie mógł ich wcześniej przewidzieć. Oznacza to, że wpisują się one w przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zezwalającą na unieważnienie w takim przypadku postępowania. Jednocześnie nie można zakładać, że wybrany przez Zamawiającego tryb dialogu konkurencyjnego pozwala na tak daleko idące zmiany zakresu objętego postępowaniem w toku negocjacji. Nie można wykluczyć bowiem że konieczność ograniczenia zakresu rzeczowego, tym samym zmniejszenie w znaczący sposób wartości zamówienia, spowodować musiałyby zmianę warunków udziału w postępowaniu, co mogłoby przełożyć się na krąg wykonawców, którzy mogliby wziąć w takim postępowaniu udział. Z drugiej strony, zmiana warunków udziału na obecnym etapie postępowania, jest już niedopuszczalna, więc może stanowić wadę postępowania, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy. Argumentacji tej Zamawiający nie przedstawił jednak w taki sposób. Po pierwsze, nie wspomniano w ogóle do innym, nowy postępowaniu planowanym przez PKP S.A. Po raz kolejny enigmatycznie powoływano się na naruszenie dyscypliny finansów

publicznych, bez bliższego wyjaśnienia, na czym owo naruszenie miałyby polegać. Ponadto w sytuacji tej Zamawiający upatrywał braku interesem publicznym w dalszym prowadzeniu postępowania, nie zaś wady samego postępowania.

Reasumując tę część wywodów Izby, uznać należało, że nie zostały wykazane przez Zamawiającego wszystkie przesłanki wynikające z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w kontekście sposobu sporządzenia Informacji o unieważnieniu postępowania. W uzasadnieniu swojej decyzji zakomunikowanej Wykonawcom Zamawiający nie wykazał, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć. Powyższe nie mogło jednak wpłynąć na treść sentencji niniejszego orzeczenia, ponieważ w dalszej części uzasadnienia o unieważnieniu postępowania Zamawiający wykazał, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów powodujących wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, w ocenie Izby, że argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego miała swoje przełożenie na zaistnienie przesłanek wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, na które to Zamawiający również powołał się unieważniając przedmiotowe postępowanie.

Jak wynika bowiem z dalszej części Informacji o unieważnieniu postępowania, Zamawiający przewidział, że zamówienie obejmuje zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą. Analizując jednak wybrany model postępowania w postaci umowy ramowej, Zamawiający doszedł do przekonania, że jego celem jest uzyskanie kompletnego przedmiotu zamówienia w określonych terminach. Zamawiający nie chce składać cyklicznych zamówień, bez określania przewidywanych ilości. Ważne jest, by jeden wykonawca wykonał całość zamówienia za określoną kwotę. Przyjęta zaś formuła umowy ramowej, jak słusznie zauważył sam Odwołujący, pozwala na elastyczne podejście do realizacji zamówienia. Po ogłoszeniu kolejnych zleceń, wykonawca wybrany do realizacji umowy ramowej nie musi składać ofert, jeżeli nie jest wykonaniem danej części przedmiotu zamówienia zainteresowany. Z drugiej strony Zamawiający nie dysponuje żadnym mechanizmem, aby wymusić na wykonawcy złożenie takiej oferty. Tym samym może dojść do sytuacji, w której część zakresu rzeczowego objęta postępowaniem nie zostanie wykonana, co naraża cały projekt na utratę dofinansowania i niezrealizowanie nadrzędnego celu, jakim jest zapewnienie jednolitości i kompatybilności SDIP na obszarze całego kraju. Dodatkowo Zamawiający ponosiłby koszty zorganizowania odrębnych postępowań na tę część zamówienia. Choć Odwołujący w odwołaniu podnosił, że sytuacja opisana powyżej nie musi nastąpić i możliwe jest odpowiednie uregulowanie obowiązków Stron w przyszłej umowie, to konkretnego rozwiązania, ani w odwołaniu, ani na rozprawie nie przedstawił. Na obecnym etapie postępowania zmiana formuły jego prowadzenia jest już niemożliwa, Zamawiający nie

może zmienić charakteru przyszłej umowy, a ten nie pozwala mu na zrealizowanie zakładanego dla postępowania celu. Nie może także zmienić reguł zawarcia umowy ramowej i wybrać do jej wykonywania więcej niż jednego wykonawcę, ponieważ stoi to w opozycji do reguł postępowania określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Jednocześnie wydaje się, że próba uregulowania obowiązków umownych, tak by wybrany do realizacji przedmiotu zamówienia określony wykonawca zobowiązany byłby do wykonania tego zamówienia w całości, stanowiłaby złamanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Celem umowy ramowej jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie — w szczególności cen i (jeżeli zachodzi taka potrzeba) przewidywanych ilości. Tymczasem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ma jasno sprecyzowane potrzeby rzeczowe, które mają być zrealizowane w ściśle określonym czasie. Nie jest więc możliwe negocjowanie za każdym razem, przy kolejnym zamówieniu częściowym, ani jego zakresu, ani terminu wykonania. Dlatego też zawarcie umowy w przewidywanej formule nie jest możliwe. Nie można bowiem po negocjacjach z wykonawcami przedstawić przyszłych założeń umownych, które przeczyłyby będącym przyjętym zasadom umowy ramowej, w ramach której każdorazowo, w zależności od potrzeb Zamawiającego określa się sposób realizacji zamówienia. Jest to wada postępowania, która niweczyłaby całą przyjętą koncepcję dla przedmiotowego zamówienia, która z uwagi na upływ terminu do składania wniosków, nie może zostać naprawiona. Zamawiający co prawda mógłby dalej prowadzić negocjacje, ale wątpliwym wydaje się, aby możliwe było zawarcie ważnej umowy, także w rozumieniu art. 146 ustawy Pzp.

Wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu formuła prowadzonego postępowania zmierzająca do zawarcia umowy ramowej nie czyni obecnie zadość interesom Zamawiającego, zaś odstąpienie od tej formuły po wszczęciu postępowania, na tym etapie, po terminie składania wniosków jest już niemożliwe, gdyż naruszałoby wskazane wyżej zasady udzielenia zamówienia publicznego. Innymi słowy, po upływie terminu składania wniosków zmiana sposobu zawarcia umowy nie jest możliwa w świetle art. 60f ustawy Pzp, ponieważ mogłaby prowadzić do dyskryminacji wykonawców, a w konsekwencji odstąpienie od pierwotnej formuły może nastąpić tylko w wyniku unieważnienia postępowania.

Konkludując, w postępowaniu doszło do nieadekwatnego określenia warunków umownych w stosunku do realizacji założonego celu zamówienia, co skutkowało unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....