

**WYROK**  
z dnia 4 sierpnia 2020 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Odrzywolska

**Protokolant:** Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2020 r. przez wykonawcę **Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu**;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zagłębiowski Park Sportowy Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu**;

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie**;
2. kosztami postępowania w wysokości **18 894 zł 78 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt cztery złote i 78/100) obciąża wykonawcę: **Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę **3 894 zł 78 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt cztery złote i 78/100), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

**Zagłębiowski Park Sportowy Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją prac budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Zagłębiowskiego Parku Sportowego w Sosnowcu”; znak sprawy zamawiającego: WZP.271.1.156.2019.MT (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2020 r., pod numerem 2020/S 002-001758.

W dniu 9 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 oraz 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, polegających na unieważnieniu postępowania, zarzucając naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy cena najkorzystniejszej oferty nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
2. art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania czy też wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
3. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że w dniu 29 czerwca 2020 r. zamawiający poinformował, iż uwzględniając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2020 r. (sygn. akt: KIO 529/20), dokonał unieważnienia: czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. Jednocześnie wskazał, iż na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp unieważnił przedmiotowe postępowanie.

Zamawiający w uzasadnieniu podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone dwie oferty, to jest: (1) wykonawcy JSK Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zawierająca cenę na: a) zamówienie podstawowe: 1.384.365,00 zł., b) zamówienie obejmujące prawo opcji: 246.000,00 zł, co stanowi sumę 1.630.365,00 zł.; (2) wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, zawierająca cenę na: a) zamówienie podstawowe: 1.554.000,00 zł., b) zamówienie obejmujące prawo opcji: 24.600,00 zł., co stanowi sumę 1.578.600,00 zł. Jednocześnie, zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego kwotę 1.510.200,00 zł., zamówienia obejmującego prawo opcji kwotę 123.000,00 zł, co stanowi sumę 1.633.200,00 zł. Zamawiający podkreślił, iż uwzględniając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2020 r. (sygn. akt: KIO 529/20), dokonując ponownej oceny ofert uznał, iż najkorzystniejszą ofertę złożył odwołujący, jednakże jego oferta - w zakresie zamówienia podstawowego - zawiera cenę przewyższającą kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W ocenie zamawiającego, wskutek ogłoszonego stanu epidemii, faktyczny okres świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia - w zakresie dotyczącym stadionu piłkarskiego i hali sportowej uległy skróceniu o około 4 miesiące. Niniejsze spowodowało przedłużenie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, które dotychczas nigdy nie występowało w takim zakresie. Jednocześnie w projekcie umowy przewidziano łączne wynagrodzenie ryczałtowe, a więc faktyczne skrócenie okresu świadczenia usług objętych zamówieniem nie spowoduje jego obniżenia. W takich okolicznościach podejmowanie przez zamawiającego decyzji o powiększeniu środków na sfinansowanie zamówienia byłoby rażąco niegospodarne, bowiem przedmiot zamówienia ulega faktycznemu zmniejszeniu, a zamawiający miałby w ten sposób dokonać zapłaty wyższego wynagrodzenia niż pierwotnie zaplanowane. Dodatkowo jest to o tyle istotne, iż przy przeprowadzeniu kolejnego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego - zmniejszenie zakresu zamówienia winno doprowadzić do całkowicie przeciwnego skutku ekonomicznego dla zamawiającego, to jest obniżenia kosztów wykonania usług.

Znaczące skrócenie okresu faktycznego wykonywania usługi, przy jednoczesnym zachowaniu wynagrodzenia ryczałtowego w pierwotnej wysokości, połączone z koniecznością ponoszenia przez zamawiającego dodatkowych kosztów w tym okresie, celem uniknięcia wstrzymania prowadzenia robót dla zadania inwestycyjnego przekraczającego kwotę 200 mln zł. skutkuje tym, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonania zamówienia objętego niniejszym postępowaniem nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Odwołujący stoi na stanowisku, że decyzja zamawiającego została podjęta z rażącym naruszeniem przepisów prawa. Brak jest podstaw do uznania, że oferta odwołującego przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wskazać należy, iż stanowisko prezentowane przez zamawiającego nie jest słuszne. Zamawiający uznał bowiem, iż oferta odwołującego - w zakresie zamówienia podstawowego - zawiera cenę przewyższającą kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W ocenie zamawiającego „wartość prawa opcji powinna być - zgodnie z art. 34 ust. 5 ustawy Pzp - wzięta pod uwagę przy szacowaniu wartości zamówienia, ale z uwagi na fakt, że opcja nie jest zobowiązaniem zamawiającego, nie jest uwzględniana w kwocie, którą zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia”.

Odwołujący podkreślił, iż zamawiający w informacji z otwarcia ofert z 21 stycznia 2020 r. wskazał wprost na kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości: wartość uwzględniająca zamówienie podstawowe: 1 510 200,00 zł., wartość uwzględniająca prawo opcji: 123 000,00 zł. Jednocześnie podał ceny całkowite brutto złożonych ofert. Całkowita kwota w wysokości 1.633.200,00 zł. odpowiada szacunkowej wartości zamówienia, o której mowa w pkt 2.3) protokołu przedmiotowego postępowania.

Powyższe oznacza tyle, iż bez znaczenia powinien pozostawać podział kwoty na wartość zamówienia podstawowego i wartość prawa opcji. Suma tych kwot jest bowiem miarodajna do stwierdzenia czy ceny złożonych ofert wpisują się w budżet zamawiającego. W tym miejscu odwołujący przywołał stanowisko KIO wyrażone w wyroku z 18 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2482/16, w którym Izba rozważała czy kwota, jaką zamawiający obowiązany jest podać zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, winna uwzględniać część zamówienia objętego prawem opcji. W uzasadnieniu orzeczenia Izba zwróciła uwagę, że prawo opcji, o ile jest przewidziane, jest niezbędnym składnikiem opisu przedmiotu zamówienia. Jest to bowiem czynnik objęty koniecznością jego wskazania zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowisko to potwierdzają także przepisy dyrektywy oraz art. 34 ust. 5 ustawy Pzp, nakazujące przy ustalaniu szacunkowej wartości zamówienia, uwzględniać prawo opcji. Oczywistym jest zatem, iż prawo opcji stanowi część przedmiotu zamówienia, czyli przedmiotu umowy zawieranej pomiędzy zamawiającym i wykonawcą.

Zamawiający, podając kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, obowiązany jest zatem podać wartość, za którą zamierza sfinansować przedmiot zamówienia opisany zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Oczywistym jest zatem, iż kwota ta winna dotyczyć zamówienia rozumianego kompleksowo, tj. również z przewidywanym prawem opcji.

W świetle powyższego wyroku, zdaniem odwołującego, stwierdzić należy, iż skoro zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowania zamówienia, zarówno dla zamówienia podstawowego, jak i dla prawa opcji, to jest związany złożonym oświadczeniem. Bez znaczenia jest, iż wartość czy to zamówienia podstawowego czy prawa opcji wynikająca z oferty, wpisuje się bądź nie, w wartość zamówienia podstawowego czy wartość prawa opcji podaną przez zamawiającego jako kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia. Stanowisko to jest tym bardziej uzasadnione, iż zamawiający w dniu 3 marca 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez JSK Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „JSK Architekci”) a cena tej oferty, jak wynika z informacji z otwarcia ofert, wynosiła 1 630 365,00 zł. (a więc jest wyższa niż cena oferty odwołującego), przy czym wartość opcji określono na poziomie 246.000,00 zł. Z powyższego wynika, iż gdyby zamawiający trzymał się ściśle wartości przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, z rozróżnieniem wartości zamówienia podstawowego i prawa opcji, nie dokonałby pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty, bowiem wartość opcji określona przez wykonawcę JSK Architekci jest niemal dwukrotnie wyższa niż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie dotyczącym prawa opcji (wartość opcji wykonawcy JSK Architekci - 246.000,00 zł., zaś wartość opcji wskazana przez zamawiającego wynosi 123.000,00 zł.). Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż miarodajną do oceny, czy wartość ceny oferty przewyższa kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, winna być suma wartości podanych przez zamawiającego w informacji z otwarcia.

Odwołujący przywoływał wyrok KIO z 12 marca 2018 r., sygn. akt KIO 359/18 w którym Izba zwracała uwagę, iż zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie jedynie w sytuacji ściśle w tym przepisie określonych tj. wtedy, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Powyższy przepis nie daje natomiast zamawiającemu możliwości unieważnienia postępowania w sytuacji, kiedy jeden z elementów składający się na cenę oferty przekracza wysokość środków jakie zamawiający zamierzał w tym zakresie przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie ulega też wątpliwości, że ceną oferty jest cena za zakres podstawowy i cena za opcję i suma tych kwot nie przewyższa kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zakresu podstawowego i opcji.

Określenie przez odwołującego wartości zamówienia podstawowego na poziomie nieznacznie wyższym niż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego, w sytuacji, gdy wartość całkowita ceny oferty odwołującego wpisuje się w całkowitą kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia nie może uzasadniać stanowiska zamawiającego, iż postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W tym stanie rzeczy twierdzenie zamawiającego, iż wybór oferty odwołującego oznaczałby konieczność zwiększenia środków na realizację zamówienia, jest bezzasadny. Zamawiający dysponuje bowiem kwotą, którą jest w stanie sfinansować przedmiotowe zamówienia. Zamawiający w żaden sposób nie dokona zapłaty wyższego wynagrodzenia niż pierwotnie zaplanowano.

W dalszej części odwołujący podnosił, że brak jest także podstaw do uznania, iż realizacja zamówienia nie leży w interesie publicznym. Zamawiający wskazał, iż znaczące skrócenie okresu faktycznego wykonywania usługi, przy jednoczesnym zachowaniu wynagrodzenia ryczałtowego w pierwotnej wysokości, połączone z koniecznością ponoszenia przez zamawiającego dodatkowych kosztów w tym okresie, celem uniknięcia wstrzymania prowadzenia robót dla zadania inwestycyjnego przekraczającego kwotę 200 mln zł. skutkuje tym, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności, powodująca że wykonania zamówienia objętego niniejszym postępowaniem nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Odwołujący nie podziela stanowiska zamawiającego i wskazuje, iż unieważniając postępowanie dopuścił się on naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zatem, aby ziszczyły się przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie ww. przepisu, muszą łącznie zająć trzy przesłanki: 1) musi wystąpić istotna zmiana okoliczności, 2) zmiana ta musi powodować, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, 3) okoliczności tej nie można było wcześniej przewidzieć. W ocenie odwołującego nie ziszcza się żadna z tych przesłanek.

W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że dla prawidłowego stosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest ustalenie i możliwość wykazania przez zamawiającego, że faktycznie pojawiły się nowe okoliczności, a nie powstała jedynie możliwość ich wystąpienia (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 11 kwietnia 2008 r., X Ga 45/08), tymczasem zamawiający nie określił nowych okoliczności, które pojawiły się po wszczęciu postępowania. Ponadto zmiana okoliczności musi być istotna, czyli na tyle znacząca i niebagatelna, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 10 kwietnia 2009 r., IX Ga 30/08) - zamawiający nie wykazał czy te nowe, bliżej nieokreślone okoliczności są na tyle

istotne, by zaniechać kontynuowania postępowania lub wykonania zamówienia z uwagi na interes publiczny. Jednocześnie zmiana okoliczności musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego i trwały tzn. jej zaistnienie być niezależne od samego zamawiającego i przez niego nie wywołane i - w istotnej z punktu widzenia wykonania zamówienia perspektywie czasowej - mieć charakter nieodwracalny (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 maja 2012 r., IV Ca 527 /11) - zamawiający nie podał, czy zmiana okoliczności realizacji zamówienia ma charakter trwały, nieodwracalny i zewnętrzny wobec zamawiającego. Zamawiający nie odniósł się również do okoliczności, czy obiektywnie nie było możliwości przewidzenia istotnej zmiany okoliczności i jej skutku, tj. stanu, w którym dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Odwołujący zwrócił też uwagę, że skutkiem istotnej zmiany okoliczności jest brak interesu publicznego w dalszym prowadzeniu postępowania lub wykonaniu zamówienia, przy czym prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, jeśli cel, jaki zamierzał osiągnąć zamawiający wszczynając i prowadząc postępowanie, nie jest już celem zaspokajającym potrzeby publiczne. Przy czym tak rozumiany interes nie zawsze jest zbieżny z interesem zamawiającego. Zamawiający nie wykazał w jakikolwiek sposób braku interesu publicznego w kontynuowaniu postępowania lub też wykonaniu zamówienia, co czyni jego twierdzenia całkowicie gołosłownymi. Jak wskazał sam zamawiający: „przy przeprowadzeniu kolejnego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego (już piątego dla tego zakresu - wszystkie poprzednie zamawiający także unieważnił - dopisek odwołującego) - zmniejszenie zakresu zamówienia winno doprowadzić do całkowicie przeciwnego skutku ekonomicznego dla zamawiającego, to jest obniżenia kosztów wykonania usług”. Z powyższego wynika zatem, iż zamawiający unieważniając postępowanie nie kierował się interesem publicznym, lecz jedynie interesem ekonomicznym, leżącym po jego stronie. Tymczasem na zamawiającym ciąży obowiązek wskazania, o jaki interes publiczny chodzi oraz wykazania, że jest on na tyle ważny, że postępowanie musi być unieważnione.

Odwołujący podkreślił, że w orzecznictwie KIO wskazuje się, że interes publiczny nie może zawęzać się do interesu zamawiającego (wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r., KIO 256/13). Tym bardziej interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem ekonomicznym zamawiającego. Jak wskazano bowiem w wyroku KIO z 25 września 2017 r., sygn. akt KIO 1928/17 „interesu publicznego nie można utożsamiać z interesem ekonomicznym zamawiającego”.

W świetle powyższego w ocenie odwołującego uznać należy, iż nie zaszły przesłanki uzasadniające unieważnienie przedmiotowego postępowania. Konsekwencją unieważnienia postępowania jest zaniechanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego, co w rezultacie potwierdza naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.



Zamawiający, w dniu 10 lipca 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 3 sierpnia 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie jako bezzasadnego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z treścią informacji dotyczącej szacowania wartości zamówienia, postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego, treścią informacji z otwarcia ofert, informacji o unieważnieniu postępowania, po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

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

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Działania zamawiającego, polegające na unieważnieniu postępowania, uniemożliwiły odwołującemu pozyskanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający dokonując wyboru jego oferty, jednocześnie unieważnił postępowanie wskazując na zaistnienie przesłanek do unieważnienia postępowania, przewidzianych przepisami ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści informacji dotyczącej szacowania wartości zamówienia, postanowień ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego, informacji z otwarcia ofert, informacji o unieważnieniu postępowania.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje**

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w Rozdziale V SIWZ jest w Zadaniu nr 1: (1) pełnienie nadzoru autorskiego w branży architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej, telekomunikacyjnej (teletechnicznej), i drogowej w zakresie określonym art. 20 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz.U. 2019 r. poz. 1186 z późn. zm.), poprzez

podejmowanie wymaganych w tym celu czynności, (2) opiniowanie i zatwierdzanie projektów warsztatowych oraz rozwiązań zamiennych sporządzanych przez Wykonawcę robót budowlanych w terminie 7 dni od daty ich przekazania do zaopiniowania, (3) ustalanie z zamawiającym i wykonawcą robót możliwości wprowadzania rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej, w odniesieniu do materiałów i konstrukcji oraz rozwiązań technicznych, (4) koordynowanie zespołu projektantów branżowych - terminowy obieg dokumentów budowy (karty nadzoru autorskiego, karty materiałowej itp.), (5) rozstrzyganie wątpliwości dokumentacji projektowej w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku przez zamawiającego, (6) kwalifikowanie czy zatwierdzone zmiany w dokumentacji projektowej są istotne lub nieistotne w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane; w zadaniu nr 2 (stanowiące prawo opcji względem zadania nr 1): (1) czynny udział Koordynatora zespołu nadzoru autorskiego w radach budowy oraz innych spotkaniach z personelem zamawiającego na terenie budowy Zagłębiowskiego Parku Sportowego (lub w siedzibie zamawiającego) - na każde żądanie zamawiającego złożone wykonawcy w okresie wykonywania zadania nr 1 Przedmiotu umowy, nie częściej niż 1 raz w tygodniu; w łącznej ilości przez cały okres wykonywania Przedmiotu umowy nie większej niż 100 razy; w zakresie zadania nr 3: (1) zaopiniowanie dokumentacji powykonawczej inwestycji pn. „Budowa Zagłębiowskiego Parku Sportowego w Sosnowcu”, przedkładanej odrębnie dla każdej części inwestycji.

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający określił termin wykonania zamówienia w następujący sposób. Nadzór autorski sprawowany będzie: (1) w odniesieniu do Stadionu Piłkarskiego od dnia podpisania umowy do dnia 30 czerwca 2022 r. Na powyższy termin składa się: okres realizacji robót budowlanych; 30 dni na zakończenie procedury odbioru robót budowlanych, dokonanie odbioru usługi nadzoru autorskiego, rozliczenie finansowe; (2) w odniesieniu do Hali Sportowej od dnia podpisania umowy do dnia 31 października 2021 r. Na powyższy termin składa się: okres realizacji robót budowlanych; 30 dni na zakończenie procedury odbioru robót budowlanych, dokonanie odbioru usługi nadzoru autorskiego, rozliczenie finansowe; (3) w odniesieniu do Stadionu Zimowego przez okres 25 miesięcy licząc od daty podpisania umowy z wykonawcą robót budowlanych, lecz nie dłużej niż do dnia 30 czerwca 2022 r. Na powyższy termin składa się: 24 miesiące realizacji robót budowlanych; 30 dni na zakończenie procedury odbioru robót budowlanych, dokonanie odbioru usługi nadzoru autorskiego, rozliczenie finansowe. Dalej zamawiający zaznaczył, że niniejsze terminy zależą od faktycznego okresu realizacji robót budowlanych, nad którymi sprawowany będzie nadzór autorski i w związku z tym mogą ulec wydłużeniu lub skróceniu, z zastrzeżeniem że wydłużenie usług nadzoru autorskiego poza termin 30 czerwca 2022 roku będzie dawało uprawnienia wykonawcy do wynagrodzenia dodatkowego, zgodnie z zapisami Wzoru umowy.

Dalej, Izba ustaliła, że integralną częścią SIWZ stanowiły załączniki, w tym: Załącznik nr 1 - Formularz oferty oraz Załącznik Nr 6 - Wzór umowy. W treści Formularza oferty wykonawcy zobligowani byli podać całkowitą cenę brutto za wykonanie zamówienia, wyliczoną na podstawie poniżej zamieszczonej tabeli. Z kolei w tabeli należało wskazać ceny za wykonanie trzech zadań opisanych w SIWZ, przy czym w przypadku zadania 2 zamawiający wskazał w odniesieniu do tej pozycji: prawo opcji. Z kolei w projekcie umowy w §13, ust. 1 zamawiający dopuścił możliwość zmiany umowy, w granicach wyznaczonych przepisami ustawy Pzp, w tym art. 144 tej ustawy oraz określonych w umowie. I tak: przewidział możliwość dokonania zmiany postanowień umowy w przypadku zaistnienia jednej z następujących okoliczności i w zakresie: (1) zmiana terminu wykonania umowy będąca następstwem działania organów administracji, w szczególności: a) przekroczenie określonych przez prawo terminów wydawania przez organy administracji decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., do wydania których są zobowiązane na mocy przepisów prawa; b) odmowa wydania przez organy administracji decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp. z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę; c) koniecznością uzyskania wyroku sądowego lub innego orzeczenia sądu lub organu, której nie przewidywano przy zawarciu umowy; d) koniecznością zaspokojenia roszczeń lub oczekiwań osób trzecich – w tym grup społecznych lub zawodowych nie artykułowanych lub nie możliwych do jednoznacznego określenia w chwili zawierania umowy; (2) zmiana terminu wykonania Przedmiotu umowy i sposobu jego wykonania, w przypadku wystąpienia zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację Przedmiotu umowy; (3) zaistnienie zdarzenia o charakterze siły wyższej, tj. zdarzenia, którego wystąpienie jest niezależne od Stron i któremu nie mogą one zapobiec przy zachowaniu należytej staranności, a w szczególności: wojny, stany nadzwyczajne, klęski żywiołowe, epidemie, ograniczenia związane z kwarantanną, embargo, rewolucje, zamieszki i strajki w zakresie mającym wpływ na realizację Przedmiotu umowy; (4) zmiana uzasadniona okolicznościami, o których mowa w art. 357<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego; (5) zmian mających na celu usunięcie błędów lub wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej; (6) zaistnienia przesłanki określonej w §5 ust. 5 i 6 Umowy. Dalej, zgodnie z ust. 3 wszystkie powyższe postanowienia, o których mowa w ust. 2, stanowią katalog zmian, na które zamawiający może wyrazić zgodę. Nie stanowią one jednocześnie zobowiązania do wyrażenia takiej zgody. W ust. 4 wskazał, że dopuszcza się możliwość podwyższenia lub obniżenia wynagrodzenia w przypadku mającej wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy zmiany: (1) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W takim przypadku strona wnioskująca o zmianę zobowiązana jest przedstawić wraz z wnioskiem, dowody potwierdzające zmianę wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz dokumenty świadczące o wpływie tej zmiany

na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia; (2) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. W takim przypadku strona wnioskująca o zmianę zobowiązana jest przedstawić wraz z wnioskiem, dowody potwierdzające zmianę powyższych zasad oraz dokumenty świadczące o wpływie tych zmian na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz zamawiającego; (3) stawki podatku od towarów i usług; (4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych. Zgodnie z ust. 5 w razie wystąpienia okoliczności opisanych w ust. 2 każda ze stron uprawniona będzie do żądania odpowiedniej zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Żądanie zostanie sporządzone w formie pisemnej wraz z uzasadnieniem oraz precyzyjnym wyliczeniem wskazującym wpływ zmiany na koszty wykonania usług będących przedmiotem umowy.

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający sporządził notatkę na okoliczność szacowania wartości zamówienia pn. „Informacja dotycząca szacowania wartości zamówienia”. Z treści tego dokumentu wynika, że wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę netto: 1 327 804,88 zł., co stanowi równowartość 307 953,91 euro (wg kursu euro 4,3117 zł.). Ponadto zamawiający w pkt 5 notatki określił kwotę (brutto), którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (wraz z kosztami transportu, ubezpieczenia itp.): 1 633 200,00 zł. – 123 000,00 zł. (kwota brutto z prawa opcji) = 1 510 200,00 zł. (kwota określona we wniosku o zakup).

Dalej skład orzekający ustalił, że w postępowaniu złożono dwie oferty: (1) JSK Architektki Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, całkowita cena oferty : 1 630 365,00 zł. w tym: a) zamówienie podstawowe: 1.384.365,00 zł., b) zamówienie obejmujące prawo opcji: 246.000,00 zł.; (2) Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, zawierająca cenę na: a) zamówienie podstawowe: 1.554.000,00 zł., b) zamówienie obejmujące prawo opcji: 24.600,00 zł., co stanowi sumę 1.578.600,00 zł.

Jednocześnie, co ustalono na podstawie „Informacji z otwarcia ofert” z 21 stycznia 2020 r. zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego kwotę 1.510.200,00 zł., zamówienia obejmującego prawo opcji kwotę 123.000,00 zł. Łącznie stanowiło to kwotę 1 633 200,00 zł.

Następnie, co ustalono na podstawie akt sprawy, 3 marca 2020 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez JSK Architekci za cenę 1 630 365,00 zł. Jednocześnie wykluczył z postępowania odwołującego. Na powyższe czynności, 13 marca 2020 r. odwołujący wniósł odwołanie. W dniu 1 czerwca 2020 r. Izba uwzględniła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 529/20 stwierdzając, iż brak było podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Pismem z 29 czerwca 2020 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania, jako podstawę prawną wskazując art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Z decyzją niniejszą nie zgodził się odwołujący, składając odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak ustalił skład orzekający zamawiający, pismem z 29 czerwca 2020 r., poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania. Jako podstawę prawną podjętych czynności wskazał dwie okoliczności: pierwsza wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, druga z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zaistniała podstawa do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, pozwalająca zamawiającemu na unieważnienie postępowania w przypadku, gdy cena oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Na wstępie zauważyć należy, że w niniejszym postępowaniu zamawiający w SIWZ przewidział i opisał zakres zamówienia, dzieląc go na trzy odrębne zadania. Zastrzegł przy tym, że w zadaniu nr 2 przewiduje do wykonania czynności stanowiące prawo opcji względem zadania nr 1, polegające na czynnym udziale Koordynatora zespołu nadzoru autorskiego w radach budowy oraz innych spotkaniach z personelem zamawiającego na terenie budowy Zagłębiowskiego Parku Sportowego (lub w siedzibie zamawiającego) - na każde żądanie zamawiającego, złożone wykonawcy w okresie wykonywania zadania nr 1 Przedmiotu umowy, nie częściej niż 1 raz w tygodniu, w łącznej ilości przez cały okres wykonywania Przedmiotu umowy nie większej niż 100 razy.

Wprowadzie pojęcie „prawo opcji” nie zostało zdefiniowane w ustawie, pomimo że ustawodawca nim się posługuje. W doktrynie znaleźć można definicję, zgodnie z którą

„prawo opcji to prawo do rozszerzenia zamówienia podstawowego o pewne usługi lub dostawy, które towarzyszą zamówieniu podstawowemu, a co do których zamawiający na etapie wszczęcia postępowania nie podjął decyzji, czy będzie z nich korzystał. Zamawiający, zastrzegając prawo opcji, może skorzystać z możliwości rozszerzenia zamówienia o konkretny przedmiot, co do zasady nietożsamy z przedmiotem zamówienia, jednakże każdorazowo ściśle z nim związany, bądź też zamienić określoną część zamówienia na inne, również ściśle określone, pozostające w związku z zamówieniem podstawowym. Skorzystanie z prawa opcji nie może bowiem stanowić obejścia przepisów ustawy Pzp przez rozszerzanie przedmiotu zamówienia o dostawy lub usługi tożsame z przedmiotem zamówienia, dzięki jednostronnemu oświadczeniu zamawiającego wyrażającego wolę zwiększenia wolumenu zamówienia bądź wydłużenia czasu trwania umowy. Zamawiający musi uzewnętrznić swoją wolę skorzystania z prawa opcji oraz określić, czego opcja dotyczy, co powinno znaleźć się, podobnie jak postanowienia dotyczące zmiany umowy, w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w zawartej umowie” (tak: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, WKP 2018). Zamawiający zatem, chcąc skorzystać z możliwości rozszerzenia zakresu zamówienia musi je szczegółowo opisać w SIWZ. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że skorzystanie z prawa opcji, nawet w przypadku gdy zamawiający przewidział i opisał przedmiotowy zakres w SIWZ - zależy od jego decyzji, podejmowanej już na etapie realizacji zamówienia publicznego, po zawarciu umowy z wybranym wykonawcą.

Oprócz wymagania, że przedmiotowy zakres musi zostać w sposób szczegółowo opisany na etapie przygotowania postępowania, ustawodawca nakazał w takich przypadkach, zgodnie z art. 35 ust. 5 ustawy Pzp, aby zamawiający przy ustaleniu wartości zamówienia, uwzględniał największy możliwy zakres tego zamówienia, a więc z uwzględnieniem prawa opcji. W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający zastosował się do tej dyspozycji, gdyż opisał zakres zamówienia z uwzględnieniem czynności przewidzianych do wykonania w ramach prawa opcji oraz, uwzględnił tą okoliczność przy szacowaniu wartości zamówienia. Jak wynika z informacji dotyczącej szacowania wartości zamówienia, stosując się do wymogów określonych przepisami ustawy Pzp, przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, oszacował wartość zamówienia na kwotę 1 327 804,88 zł. (netto), uwzględniając również zadanie 2, które miało być realizowane w ramach prawa opcji.

Jednocześnie, co wynika z treści powyższej notatki, jak też z informacji z otwarcia ofert, zamawiający zadeklarował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1 510 200,00 zł., która odpowiadała kwocie zamówienia podstawowego. Działanie takie, w ocenie Izby, należy uznać za uprawnione. Skoro zakresem podstawowym objęta została jedynie część zamówienia, zaś co do pozostałego zakresu zamawiający podejmował będzie decyzje w trakcie realizacji umowy, uzasadnione jest przyjęcie, że wartość opcji nie musi

zostać uwzględniona w kwocie, którą zamawiający przeznaczają na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie musi również w takim przypadku posiadać środków na wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie zamówienia opcjonalnego. Jeśli nawet, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, wskazał ile zamierza przeznaczyć na realizację opcji - nie jest związany, wbrew twierdzeniom odwołującego, wartością zamówienia obejmującego również prawo opcji.

W konsekwencji, jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, w przypadku unieważnienia postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający ma prawo odnosić się do kwoty podawanej bezpośrednio przed otwarciem ofert, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wyłącznie odnosząc się do tych środków, które są przeznaczone na realizację zamówienia gwarantowanego, bez odnoszenia się do zakresu zamówienia, który może, ale nie musi być realizowany w ramach prawa opcji.

Należy w tym miejscu również wskazać, że kwestia ta została poruszona już w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych z 2014 r.: „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwzględnieniem postępowań, w których zamawiający stosuje prawo opcji”, zawartej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 6/2014, w której zauważono: „w celu wyjaśnienia wzajemnej relacji przepisów art. 86 ust. 3 ustawy Pzp i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w kontekście powyższego zagadnienia, uzasadnione jest przyjęcie wykładni, zgodnie z którą podawana do publicznej wiadomości przy otwarciu ofert kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, powinna odnosić się wyłącznie do wartości tych środków, które są przeznaczone na realizację zamówienia gwarantowanego, bez odnoszenia się do zakresu zamówienia, który może być realizowany w ramach prawa opcji. Tylko podawana przez zamawiającego kwota zamówienia gwarantowanego będzie zatem punktem odniesienia do ewentualnego zastosowania przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (...) Celem zastosowania instytucji prawa opcji nie jest zobowiązanie zamawiającego do wydatkowania w przyszłości środków przeznaczonych na opcję, poprzez zamrożenie w jego budżecie kwot przeznaczonych na ten cel, ale stworzenie możliwości udzielenia w przyszłości zamówienia publicznego w szerszym, przewidzianym w umowie zakresie, przy uwzględnieniu okoliczności, że będzie to nadal zgodne z jego potrzebami, jak i możliwością poniesienia wydatków na sfinansowanie zakresu zamówienia objętego opcją. Zamawiający ma bowiem wynikający z umowy o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek spełnienia świadczenia wyłącznie co do gwarantowanego zakresu określonego w jej treści, stąd też zabezpieczenie środków finansowych w zakresie realizacji zamówienia gwarantowanego jest bezwzględne, a jego rozszerzenie na zamówienie objęte prawem opcji jest jedynie hipotetyczne (...) Zatem w sytuacji, w której cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć

na sfinansowanie zamówienia gwarantowanego, zamawiający jest zobligowany do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp”.

Nie ulega wątpliwości, że w niniejszym postępowaniu odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia podstawowego za cenę 1 554 000,00 zł. brutto, zamawiający z kolei przeznaczył na ten cel 1 510 200,00 zł. Zamawiający zatem, odnosząc się do tej kwoty, podjął decyzję o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba podzieliła argumentację zamawiającego, że podanie przed otwarciem ofert maksymalnej kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia – nie obliguje zamawiającego do udzielenia zamówienia w sytuacji, gdy kwota przeznaczona na zamówienie podstawowe jest niższa niż cena zaproponowana w ofercie wykonawcy.

Za nietrafioną należy z kolei uznać argumentację odwołującego, który wskazywał, że zamawiający 3 marca 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez JSK Architekci Sp. z o.o., której cena - jak wynika z informacji z otwarcia ofert - wynosiła 1 630 365,00 zł, przy czym wartość opcji określono na kwotę 246 000,00 zł. Odwołujący twierdził, że gdyby zamawiający trzymał się ściśle wartości przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, z rozróżnieniem na wartości zamówienia podstawowego i prawa opcji, nie dokonałby pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty JSK Architekci, gdyż w ofercie tej wartość prawa opcji była dwukrotnie wyższa niż wskazana przez zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na jego sfinansowanie. Tymczasem powyższa okoliczność potwierdza raczej konsekwencje w działaniu zamawiającego, który wybierając ofertę JSK Architekci również kierował się okolicznością, że w zakresie zamówienia podstawowego oferta ta mieściła się w kwocie, którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia podstawowego (opiewała na kwotę 1.384.365,00 zł. brutto, podczas gdy zamawiający na ten cel zamierzał przeznaczyć kwotę 1 510 200,00 zł.). Z kolei w zakresie, w jakim przewidziane zostało wykonanie prawa opcji wysokość żądanej kwoty, nawet jeśli została przez zamawiającego podana informacyjnie - nie dawała zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Powtórzyć należy, że na zakres który nie musi zostać wykonany w ramach zamówienia, zamawiający nie ma obowiązku zabezpieczać środków w swoim budżecie. Tym samym, co do tego elementu zamówienia wyłączona jest możliwość zastosowania wskazanej podstawy unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający uznał, że zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania, wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i oddalił odwołanie.



Jednocześnie Izba stwierdziła, że nie zaszły okoliczności, pozwalające na uznanie, że zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania z przyczyn opisanych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający, w piśmie z 29 czerwca 2020 r. wskazał powyższą przesłankę jako „dodatkową” podstawę unieważnienia postępowania. W uzasadnieniu faktycznym podnosił, że znaczące skrócenie okresu faktycznego wykonywania usługi, przy jednoczesnym zachowaniu wynagrodzenia ryczałtowego w pierwotnej wysokości, połączone z koniecznością ponoszenia przez zamawiającego dodatkowych kosztów w tym okresie, celem uniknięcia wstrzymania prowadzenia robót dla zadania inwestycyjnego przekraczającego kwotę 200 mln. zł. skutkuje tym iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności, powodująca że wykonania zamówienia objętego niniejszym postępowaniem nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Argumentował, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny, unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi wyraz ochrony interesu publicznego wyrażającej się w gospodarnym i efektywnym wydatkowaniu środków publicznych. Przywoływał wyrok KIO, w którym Izba uznała, że dotyczyć to może sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności, już po wyborze najkorzystniejszej oferty, realizacja danego zamówienia byłaby niecelowa lub w skrajnych wypadkach wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 lutego 2009 r., KIO/UZP 176/09, LEX nr 488387). Tym samym, w ocenie zamawiającego zapłata wykonawcy wynagrodzenia wyłonionemu w niniejszym postępowaniu za usługi, które z przyczyn obiektywnych nie mogą już być wykonywane, a co więcej za które zamawiający musiał ponieść dodatkowe wydatki i które zostały już wykonane, celem uniknięcia roszczeń wykonawców robót budowlanych związanych z przestojem prowadzonych prac, spowodowałoby wyrządzenie szkody w mieniu publicznym, a to obejmującym niecelowe wydatkowanie środków pieniężnych na realizację inwestycji, wydatkowanych przez Gminę Sosnowiec. Swoją argumentację zamawiający rozszerzył w piśmie, złożonym jako odpowiedź na odwołanie.

Należy zauważyć, że aby zamawiający mógł zastosować niniejszy przepis niezbędne jest łączne spełnienie trzech przesłanek: wystąpienie istotnej zmiany okoliczności; zmiana ta musi powodować, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym; zmiany tej zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć. Jednym z najistotniejszych elementów, które muszą wystąpić w przypadku podejmowania decyzji przez zamawiającego, ale też najtrudniejszym z uwagi na trudności dowodowe, jest wykazanie, że dalsze prowadzenie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym.

Ustawodawca, formułując przesłankę unieważnienia postępowania w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, nie zdefiniował jednak co należy rozumieć pod pojęciem interesu publicznego. W konsekwencji zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie podejmuje się próby wyjaśnienia tego pojęcia i jakie znaczenie należy mu przypisywać, w zależności

od okoliczności danej sprawy. Pomocne w tym zakresie może być dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, w szczególności uchwała z 12 marca 1997 r. (W 8/96), w której podkreślono, że za interes publiczny należy bez wątplenia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświatą, kulturą czy porządkiem publicznym. Z kolei w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 23 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 892/20 czytamy: „przyjmuje się, że w systemie zamówień publicznych interes publiczny należy wiązać z funkcjami i zadaniami jakie ustawodawca stawia podmiotom wydatkujących środki publiczne. Należą do nich racjonalne, efektywne i skuteczne wydatkowanie środków publicznych na zadania publiczne, zagwarantowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na rynku, zapobieganie korupcji w zamówieniach publicznych, zwiększanie konkurencyjności na rynku, kształtowanie właściwych wzorów zachowań rynkowych zarówno przez wykonawców jak i zamawiających, w tym ustalenie zasad równowagi kontraktowej, ochrona podmiotów działających na rynku zamówień publicznych poprzez przyjmowanie przez instytucje zamawiającego jasnych i przejrzystych zasad udzielania zamówień publicznych. Realizacja powyższych funkcji systemu zamówień publicznych to realizacja interesu publicznego”.

W kontekście powyższych rozważań, mając na uwadze ustalenia faktyczne poczynione w niniejszej sprawie, Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie wykazał w sposób dostateczny, że zaistniała w niniejszej sprawie okoliczność, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Okoliczność, że wskutek wprowadzenia od dnia 14 marca 2020 r. na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego, w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2, a następnie stanu epidemii, co w konsekwencji doprowadziło do sytuacji, że doszło do zmiany w zakresie pierwotnie zakładanego terminu o okres około 4 miesięcy, a faktyczny okres świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia w zakresie dotyczącym stadionu piłkarskiego i hali sportowej - uległby skróceniu o co najmniej około 4 miesiące, a więc w odniesieniu do: stadionu piłkarskiego i zagospodarowania terenu o 15 % względem stanu pierwotnego, zaś hali sportowej o 21 % względem stanu pierwotnego, nie stanowi wystarczającej podstawy aby uznać, że mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Zamawiający wprawdzie przewidział wynagrodzenie ryczałtowe za realizację zamówienia, a zatem niezależnie od okresu, który pozostał do zakończenia robót budowlanych - zobowiązany będzie wydatkować kwotę wynikającą ze złożonej przez wykonawcę oferty. Umknęło jednak uwadze zamawiającego, że jego decyzja o unieważnieniu postępowania i wszczęciu nowego przetargu, który po raz kolejny nie musi doprowadzić do określonego

rezultatu w postaci wyłonienia wykonawcy - powoduje, że zamawiający zawiera kolejne umowy na świadczenie usług nadzoru, wydając w tym czasie również środki publiczne. Jak zauważył odwołujący, co przyznał zamawiający w piśmie procesowym, w okresie kiedy przygotowuje kolejne postępowania przetargowe, udzielał on częściowych zamówień na świadczenie usług objętych postępowaniem, gdyż ich wykonanie musiało następować natychmiast, celem możliwości stałej realizacji robót budowlanych. W tym okresie na ten cel przeznaczył już kwotę ok. 100 tys. zł. Brak zawarcia umowy z odwołującym spowoduje konieczność zawierania kolejnych umów z innym podmiotem, który co należy podkreślić, wyłaniany jest w trybie niekonkurencyjnym. Co więcej, zamawiający nie ma gwarancji, że w dalszym ciągu zlecając w taki sposób usługi - nie wydatkuje w rezultacie kwoty wyższej, niż to wynika z oferty odwołującego się wykonawcy.

W ocenie Izby zamawiający nie wykazał zatem, unieważniając przedmiotowe postępowanie o jaki interes publiczny chodzi i nie udowodnił, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia odwołującego do uzyskania zamówienia w trybie konkurencyjnym. Ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że przeprowadzenie kolejnego, piątego postępowania doprowadzi go do rezultatu w postaci wyłonienia wykonawcy na nowy, skrócony okres świadczenia usług.

Niezależnie jednak od tego, że przedmiotowy zarzut uznać należy za zasadny, Izba oddaliła odwołanie, gdyż zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania kierując się również przesłanką opisaną w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

**Przewodniczący:** .....