

Sygn. akt: KIO 1089/15

WYROK
z dnia 22 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Marek Szafraniec
Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 8 i 18 czerwca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2015 r. przez **wykonawcę InPost Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Malborska 130** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie, ul. Powsińska 69/71**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,**
- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa – Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie, ul. Powsińska 69/71 i :**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę InPost Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Malborska 130** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **zamawiającego Skarbu Państwa – Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie, ul. Powsińska 69/71** na rzecz **wykonawcy InPost Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Malborska 130** kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów uiszczonego wpisu.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Jednostek Administracji Państwowej zostało wszczęte przez zamawiającego centralnego Skarb Państwa – Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie, ul. Powsińska 69/71 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 października 2014r. za numerem 2014/S 198-349989.

W dniu 15 maja 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania tj. o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 grudnia 2014r. na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478 – dalej ustawy) w związku z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy oraz unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy w związku z art. 93 ust. 3 ustawy. Jako uzasadnienie faktyczne zamawiający przedstawił, że unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej tj. ofertę InPost spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Malborska 130 – dalej odwołujący, z uwagi na unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał na treść art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy i podniósł, że dla unieważnienia postępowania na tej podstawie prawnej konieczne jest kumulatywne wystąpienie następujących przesłanek połączonych adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym :

- zmiany o istotnym charakterze,
- zmiany powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym,
- braku możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia tej okoliczności.

Zamawiający podniósł, że w niniejszym postępowaniu wystąpiły okoliczności, których nie mógł przewidzieć, które mają istotne znaczenie dla realizacji przedmiotowego zamówienia. Na skutek tych okoliczności wykonanie zamówienia na podstawie umowy z wykonawcą, który został wybrany w niniejszym postępowaniu nie leży w interesie publicznym. Zamawiający wskazał na rozumienie pojęcia interesu publicznego wynikające z wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 listopada 2001r. sygn. akt K 13/07.

Zamawiający wskazał, że ma świadomość, że powinien przedstawić dowody potwierdzające brak interesu publicznego w wykonaniu zamówienia, jednak okoliczności stanowiące uzasadnienie unieważnienia postępowania stanowią informację niejawną w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 182 poz. 1228).

W dniu 25 maja 2015r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnik działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 kwietnia 2015r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 25 maja 2015r.

Zamawiającemu odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 92 ust. 1 w zw.z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy przez wadliwe unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;
- art. 93 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy przez wadliwe unieważnienie postępowania ze względu na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- art. 93 ust 3 ustawy przez zaniechanie przekazania odwołującemu uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania;
- art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w zakresie odnoszącym się do zaniechania ujawnienia wykonawcom dowodu potwierdzającego okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności obejmujących unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że przysługuje mu legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym. Zatem wadliwe unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z unieważnieniem postępowania godzi w jego uzasadnione interesy oraz skutkuje powstaniem szkody w postaci braku możliwości zawarcia umowy oraz realizacji przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał na dotychczasowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz rozstrzygnięte dotychczas postępowania odwoławcze i skargowe. Wskazał, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 11 grudnia 2014 roku. I w ocenie odwołującego uchyla się od zawarcia umowy, co zmniejsza zakres faktycznie zrealizowanego zamówienia. W tym samym czasie zamawiający w imieniu których działał CUW udzielał (w głównej mierze z pominięciem procedur przetargowych)

zamówienia Poczcie Polskiej S.A. Odwołujący podkreślił, że spełnił wszelkie wymagania opisane w s.i.w.z. Wbrew jednak przepisom ustawy zamawiający przez okres ponad czterech miesięcy podejmował szereg czynności nieprzewidzianych w dokumentacji postępowania, uniemożliwiających zawarcie umowy, takich jak przykładowo:

- wezwanie do umożliwienia przeprowadzenia wizytacji placówek nadawczych wykonawcy (wizytacja trwająca kilka tygodni nie wykazała uchybień po stronie wykonawcy);
- wezwanie do potwierdzenia, iż wykonawca dysponuje na dzień zawarcia umowy tymi samymi placówkami, co wskazywane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w dniu składania oferty;
- wezwanie do wyjaśnień w sprawie nieprawomocnej decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 19 marca 2015 roku (znak DPR.WKP.7221.1.2015/10) dotyczącej kontroli działalności prowadzonej przez wykonawcę w pierwszym kwartale 2014 roku.

Po wyjaśnieniu wszelkich wątpliwości formułowanych przez zamawiającego, w dniu 15 maja 2015 roku odwołujący został poinformowany o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia. Przy czym zgodnie z treścią przekazanego nam pisma, dowód potwierdzający okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania stanowi informację niejawną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. 182, poz. 1228). Tym samym poza poznaniem podstawy prawnej unieważnienia postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp) zamawiający odstąpił od przekazania uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji.

Odwołujący odnosząc się do braku uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu wskazał, że zgodnie z treścią art. 93 ust. 3 ustawy zamawiający zawiadamia o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający takiego uzasadnienia faktycznego nie przedstawił. Powyższe budzi uzasadnione wątpliwości nie tylko pod kątem zgodności ze wskazanym przepisem ustawy ale również, ze względu na zaniechanie przez zamawiającego czynności które umożliwiłyby skuteczną realizację zasady jawności postępowania wyrażoną w art. 8 ustawy. W ocenie odwołującego, zamawiający mając szereg możliwości powinien był co najmniej podjąć starania w celu umożliwienia się zapoznania przez wykonawcę z uzasadnieniem unieważnienia postępowania i zachowania jawności postępowania.

Zamawiający w żaden sposób nie określił klauzuli nieudostępnionych informacji, w konsekwencji czego odwołujący nie ma pewności czy faktycznie odmowa ich ujawnienia względem niego jest uzasadniona, bowiem odwołujący będący przedsiębiorcą zgodnie z art. 54 ust. 9 Ustawy o ochronie informacji niejawnych ma zagwarantowany dostęp do informacji niejawnych o klauzuli zastrzeżone, jeżeli więc przedmiotowe uzasadnienie faktyczne

zawierało informacje zastrzeżone, to zadaniem odwołującego, nie było przeciwskażeń do ich udostępnienia odwołującemu.

Odwołujący podkreślił, że pojawienie się w postępowaniu okoliczności objętych ochroną informacji niejawnych powyżej klauzuli zastrzeżone nie jest jednoznaczne z wyłączeniem jawności wobec wykonawcy nieposiadającego odpowiedniego uprawnienia, bowiem ma on możliwość podejmowania czynności w postępowaniu za pośrednictwem działających w jego imieniu i na jego rzecz osób upoważnionych do dostępu do informacji objętych klauzulą „poufne” i wyższej. Również po unieważnieniu postępowania odwołujący powinien mieć zapewnioną możliwość dostępu do uzasadnienia faktycznego za pośrednictwem uprawnionych podmiotów, które w jego imieniu przeanalizują zasadność podjętej decyzji. Co więcej, w ocenie odwołującego, możliwym było również udostępnienie uzasadnienia w formie częściowej z zachowaniem niejawności poszczególnych fragmentów objętych klauzulą poufne i wyższej.

Odnosząc się do wskazywanej przez zamawiającego podstawy prawnej odwołania postępowania, odwołujący odwołał się do stanowiska Izby wyrażonego w wyroku sygn. akt KIO 2832/14: „unieważnienie postępowania jest instytucja wyjątkowa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i powinno być stosowane rozważnie. Należy mieć bowiem na uwadze, że celem postępowania jest - zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy - wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych jak i prawnych spoczywa na zamawiającym (podobnie powołał wyrok z 23 września 2011 r. sygn. akt KIO 1948/11)”

(Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, to jest ze względu na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Odwołujący zauważył, że wykładni pojęcia "istotna zmiana okoliczności" dokonał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r. sygn. akt I ACa 13/11 (LEX nr 1120068), odnoszącym się do przesłanek unieważnienia postępowania przetargowego. W ocenie Sądu "istotna zmiana okoliczności" jest wprawdzie zdarzeniem o mniejszym stopniu intensywności niż "nadzwyczajna zmiana stosunków" wymieniona w art. 357(1) k.c., tym niemniej sformułowanie "istotna" wskazuje na zmianę znaczącą, a jednocześnie będącą następstwem zdarzeń występujących bardzo rzadko, niezwykle. Powinniśmy mieć zatem do czynienia z istotną zmianą o charakterze nadzwyczajnym, związaną z postępowaniem o udzielenie zamówienia (z treścią złożonych ofert lub też z czynnościami podjętymi przez zamawiającego w toku postępowania przetargowego).

Nie znając uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania, odwołujący przedstawił jedynie przypuszczenia na temat możliwych okoliczności na które powołuje się zamawiający. Zamawiający oferty odwołującego nie odrzucił, ani nie wykluczył z udziału w postępowaniu. Zarazem w przypadku gdyby brak możliwości zawarcia umowy z odwołującym związany byłby wyłącznie z treścią oferty złożonej przez odwołującego (wady oferty skutkujące jej odrzuceniem lub wykluczeniem) zamawiający nie byłby uprawniony do unieważnienia postępowania, gdyż w niniejszym postępowaniu została złożona druga, niedolegająca odrzuceniu oferta wykonawcy Poczta Polska S.A. Odwołujący zatem przypuszcza, iż okoliczności wskazywane jako podstawa do odwołania postępowania wynikają z samego sposobu przeprowadzenia postępowania (mają charakter zewnętrzny wobec treści złożonych ofert).

Teza ta miałaby, w ocenie odwołującego, dwojakie konsekwencje. Z jednej strony jest to pytanie o to, czy podnoszona okoliczność mała charakter nieprzewidywalny (przykładowo brak żądania przez zamawiającego takich dokumentów jak świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego). Równocześnie jest to pytanie o to, czy brak zawarcia w s.i.w.z. określonych wymagań rzeczywiście uniemożliwia wykonywanie przedmiotu zamówienia? Przykładowo: jeśli wszyscy bądź niektórzy zamawiający przekazują korespondencję wymagającą spełnienia dodatkowych warunków w zakresie jej bezpieczeństwa - to skoro wymagania takie nie zostały ujawnione w s.i.w.z. to czy przesyłki takie są objęte przedmiotem zamówienia? Alternatywnie, skoro w ocenie zamawiającego przesyłki specjalne byłyby objęte przedmiotem zamówienia, to czy można wyłączyć takie przesyłki do odrębnej umowy skoro umowa zawierana z odwołującym przewiduje jedynie szacunkowe ilości poszczególnych typów przesyłek (zamawiający nie są zobowiązani do przesyłania za pomocą odwołującego jakichkolwiek konkretnych przesyłek). Odwołujący podkreślił, iż analiza dokumentacji postępowania jednoznacznie wskazuje na to, iż prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia nie jest związana z koniecznością dostępu do informacji niejawnych w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych.

Nawet gdyby przyjąć, iż zamawiający uznał że doszło do błędnego sporządzenia dokumentacji postępowania to w ocenie odwołującego taki błąd nie przesądza o zasadności unieważnienia postępowania. Jak podkreśla się w orzecznictwie (sygn. KIO 398/10): „Błąd osoby przygotowującej siwz dotyczy tego postępowania od samego początku, a zatem nie może być uznany za nową okoliczność, jaka wystąpiła w toku postępowania. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 10 kwietnia 2008 r, (sygn. akt IX Ga 30/08), w którym podkreślił, iż przyczyną unieważnienia postępowania może być jedynie sytuacja, w której faktycznie nastąpiła zmiana okoliczności, a nie możliwość takiej zmiany czy też błędy popełnione przez Zamawiającego we wstępnej fazie przygotowania się do przetargu.” Podobnie KIO w wyroku o sygn. akt KIO 1612/14: „Izba stwierdza, że

Zamawiający próbuje uzasadnić unieważnienie postępowania sytuacją powstałą w postępowaniu, powodowaną szeregiem błędów Zamawiającego w jego prowadzeniu, a to nie może być w żaden sposób utożsamiane z interesem publicznym

Odwołujący także podniósł, że skoro zamawiający działa jako pełnomocnik zamawiających wskazanych w ogłoszeniu - to istotnym jest czy w odniesieniu do wszystkich podmiotów zamawiających zachodzą takie same okoliczności powodujące, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. W następstwie niniejszego postępowania odwołujący zawierać miał umowy oddzielnie z każdym z zamawiających reprezentowanych przez Centrum Usług Wspólnych.

Zwrócił również uwagę na przesłankę braku możliwości przewidzenia wcześniej przez zamawiającego zmiany okoliczności uzasadniającej unieważnienie postępowania. Odwołujący był konsekwentnie zapewniany przez zamawiającego - aż do dnia 15 maja br. - o woli zawarcia umowy. Można zatem zadać pytanie o to, w jakim dniu nastąpiła zmiana okoliczności, od jakiego dnia zamawiający (którymi są przecież niemalże wszystkie centralne organa administracji rządowej) posiadali wiedzę na temat okoliczności uzasadniających odwołanie przetargu. Badanie „nieprzewidywalności” powinno bowiem odnosić się do wiedzy zamawiających, a nie tylko pełnomocnika prowadzącego postępowanie. Raz jeszcze należy podkreślić powtarzając za Krajową Izbą Odwoławczą (wyrok KIO z dnia 14.04.2010 r. sygn. akt: KIO 398/09)- dla możliwości powołania się na przesłankę unieważnienia postępowania, koniecznym jest udowodnienie przez zamawiającego, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu należytej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, w wyniku czego udzielenie zamówienia nie będzie leżało w interesie publicznym.

Świadczenia objęte niniejszym zamówieniem są obecnie wykonywane w następstwie różnego typu postępowań prowadzonych przez zamawiających (niepubliczne poniżej progów z zachowaniem konkurencyjności albo bezprzetargowo, aneksy terminowe do umów zawartych z Poczta Polska S.A., postępowania prowadzone na podstawie ustawy z zachowaniem konkurencyjności). Udzielane zamówienia są realizowane w sposób taki sam, w jaki miały być wykonywane usługi w ramach niniejszego zamówienia. Nie bez znaczenia jest w naszej ocenie także to, iż odwołujący jest równocześnie zapraszany do udziału w postępowaniach przetargowych niepublicznych tożsamych z przedmiotem niniejszego postępowania przez podmioty publiczne w imieniu których działało Centrum Usług Wspólnych (przykładowo Ministerstwo Sprawiedliwości, Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w Warszawie). Warunki wykonywania świadczeń nie odbiegają w żaden sposób od warunków przyjętych w unieważnionym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Mamy do czynienia z takimi samymi postępowaniami na wykonywanie usług pocztowych. Trudno zatem uznać, iż „wykonanie

zamówienia nie leży w interesie publicznym” skoro jest ono wykonywane w ten sam sposób, tyle że poza niniejszym postępowaniem.

Odwołujący wskazał na jeszcze dwie okoliczności. W dniu 17 maja br, w dzienniku Rzeczpospolita opublikowano artykuł pt. „Poczta Polska wygra konkurs wart miliardy” - <http://www4.rp.pl/artvku/1201763-Poczta-Polska-wvgra-konkurs-wart-miliardv.html>, w którym między innymi zawarto następującą informację: „Jak ustaliliśmy, Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji chciałoby wprowadzić w Polsce model włoski, w którym wszystkie istotne kontrakty dla instytucji publicznych i administracji bez przetargów dostaje operator wyznaczony. A to oznacza, że PP mogłaby odzyskać wszystkie utracone na rzecz InPostu cenne kontrakty, w tym np. wart ponad 0,5 mld zł dla wymiaru sprawiedliwości. Na razie - jak wynika z dokumentów, do których dotarliśmy - Centrum Usług Wspólnych unieważniło wygrany przez InPost prestiżowy przetarg na obsługę pocztową ponad 100 jednostek administracji państwowej.” W ocenie odwołującego jeśli informacja o rozpoczęciu przez MAiC (jednego z zamawiających) prac nad nowelizacją ustawy Prawo pocztowe jest okolicznością stanowiącą podstawę do unieważnienia postępowania - to w takim przypadku występuje rażące naruszenie ustawy. Z jednej strony sam fakt podjęcia prac legislacyjnych przez MAiC, o których informują media, nie może być okolicznością stanowiącą podstawę do niejawnego unieważnienia postępowania. Co więcej, sama informacja o zamiarze nowelizacji ustawy nie może być także uznana za istotną zmianę okoliczności powodującą, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. W przypadku ewentualnego cofnięcia liberalizacji rynku pocztowego możemy mieć co najwyżej do czynienia z przesłanką ewentualnego odstąpienia od umowy po spełnieniu wymagań określonych w art. 145 ustawy. Jak słusznie podnosi się w orzecznictwie w podobnych okolicznościach (sygn. akt KIO 1001/14): „Jednoczesne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia i podejmowanie działań niosących skutek niewykonania danego zamówienia, podważa zaufanie do partnera publicznego wykonawców, którzy w związku z zamiarem uzyskania i wykonania zamówienia czynią wysiłek logistyczny i finansowy. Takie zachowanie zamawiającego nie powinno zatem doznawać ochrony prawnej, Izba uznała również, że zamawiający nie udowodnił, że zawarcie umów z odwołującymi nie leży w interesie publicznym. Dostrzec trzeba, że cel dla którego zamawiający zamierzał udzielić obu zamówień nie odpadł. Zmianie uległa jedynie koncepcja systemu, a sama zmiana koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia nie uzasadnia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 6 Pzp

Odwołujący wskazał także, iż interes publiczny nie może co do samej zasady być definiowany jako bardziej znaczący niż interes wykonawcy, które oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Jak wskazuje się w orzecznictwie w odniesieniu do problematyki unieważnienia postępowania przetargowego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1993 r., sygn. akt: III ARN 49/1993, OSNC 1994, nr 9, poz. 181): „ W każdym wypadku

zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców. Zarówno istnienie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu publicznego nad interes indywidualny podlegać muszą zawsze wnikliwej kontroli. Podobnie, w dniu 21 maja br. została publicznie ogłoszona przez Ministra Skarbu Państwa W. K. deklaracja o zamiarze wpisania Poczty Polskiej S.A. na listę podmiotów o szczególnym znaczeniu dla obronności, stanowiącą załącznik do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 4 października 2010 r. w sprawie wykazu przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym (Dz. U. Nr 198, poz. 1314, ze zm.) wydanego na podstawie art. 6 ustawy z dnia 23 sierpnia 2001 r. o organizowaniu zadań na rzecz obronności państwa realizowanych przez przedsiębiorców (Dz. U. Nr 122, poz. 1320, ze zm.). Okoliczność ta nie może być uznana za przesądzającą o zasadności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na obsługę Jednostek Administracji Państwowej - zarówno dlatego, iż jest to jedynie deklaracja dokonania zmian ustawowych, ponadto nie ma ona (nawet w przypadku wprowadzenia takiej zmiany) wpływu na umowę której stroną będzie odwołujący.

Reasumując, niniejsze postępowanie obarczone jest obecnie istotnymi wadami skutkującymi niezasadnym unieważnieniem postępowania. Warto podkreślić, iż niezrozumiałym jest także unieważnienie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej. Choć zamawiający może dokonać tego na każdym etapie postępowania, to czynność taka jest uzasadniona jedynie w sytuacji uznania, iż doszło do błędnego wyboru oferty najkorzystniejszej (przykładowo KIO 104/12). Zamawiający takich okoliczności nie podnosił. W ocenie odwołującego zarówno wybór oferty najkorzystniejszej jak i unieważnienie postępowania nie znajduje uzasadnienia.

W dniu 27 maja 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29 maja 2015r. swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 2. Zgłaszający wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż w wyniku uwzględnienia odwołania może ponieść szkodę, gdyż obecnie świadczy na rzecz Jednostek Administracji Państwowej usługi tożsame z usługami będącymi przedmiotem postępowania, po drugie ma szansę uzyskać zamówienie w przypadku ponownego wszczęcia postępowania. Zgłaszający przystąpienie podniósł, że odwołanie jest bezzasadne, zaś oferta odwołującego nie odpowiada treści siwz, na skutek czego realizacji zamówienia w oparciu o tę ofertę nie byłaby możliwa, a odwołujący nie jest podmiotem, który w pełni zabezpieczyłby interesy Jednostek Administracji Państwowej wynikające z przedmiotu

zamówienia. Zgłaszający przystąpienie podkreślił także, iż interesu publicznego nie należy utożsamiać z interesem zamawiającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 maja 2015r. udzielonego przez Zastępcę Dyrektora Zarządzającego Pionem Prawnym działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 czerwca 2013r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przesłana zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 29 maja 2015r.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym wniósł opozycję wobec przystąpienia Poczty Polskiej do postępowania po stronie zamawiającego. Podniósł, iż taki interes przystępujący mógłby mieć przystępując po stronie odwołującego, gdyż tylko w taki sposób mógłby mieć interes w uzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, w tym: informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, informacji o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 15 maja 2015r., wniosku odwołującego do zamawiającego z dnia 20 maja 2015r., pisma zamawiającego do odwołującego z dnia 22 maja 2015r., pisma Kancelarii Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 czerwca 2015r. zarejestrowanego w Kancelarii Tajnej w dniu 3 czerwca 2015r. pod numerem Z-13/2015 (pismo jawne po odłączeniu załącznika nr 1) wraz z załącznikiem nr 1 stanowiącym informację niejawną o nadanej klauzuli „zastrzeżone”, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nr 80721 – 2015.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, iż bezsporne jest pomiędzy stronami, że zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a następnie nie zawarł z odwołującym umowy o zamówienie publiczne, ale unieważnił swój wybór oraz unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podając uzasadnienie faktyczne i prawne jak wskazane w części historycznej uzasadnienia ze wskazaniem, że okoliczności stanowiące uzasadnienie unieważnienia postępowania stanowią informację niejawną w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 182 poz. 1228). W dniu 20 maja 2015r. odwołujący złożył wniosek o udostępnienie protokołu postępowania na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy oraz § 5 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z załącznikami w zakresie dokumentów odnoszących się do ustalenia przez zamawiającego zasadności unieważnienia

postępowania. W dniu 22 maja 2015r. zamawiający odpowiedział, że dokumentacja przetargowa zostanie odwołującemu udostępniona w dniu 25 maja 2015r. w siedzibie zamawiającego w godz.12:00-16:00.

Na podstawie załącznika nr 1 do pisma z dnia 3 czerwca 2015r. zarejestrowanego w Kancelarii Tajnej w dniu 3 czerwca 2015r. pod numerem Z-13/2015 Izba ustaliła, że :

1. pismo to zawiera informacje dotyczące okoliczności związanych z istnieniem/nieistnieniem interesu publicznego w prowadzeniu przedmiotowego postępowania – (dowód: ostatnie zdanie 1 akapitu str. 1 załącznika nr 1).
2. Na podstawie akapitu 2 str. 2 załącznika nr 1 Izba ustaliła, że z dokumentu nie wynika, iż okoliczności uzasadniające odpadnięcie interesu publicznego zaistniały najpóźniej w dacie 15 maja 2015r.
3. Na podstawie zdania 3 akapitu 3 str. 2 załącznika nr 1 Izba ustaliła, że z dokumentu nie wynika, iż okoliczności uzasadniające odpadnięcie interesu publicznego zaistniały najpóźniej w dacie 15 maja 2015r.

Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nr 80721 – 2015 wynika, że w dniu 4 maja 2015r. Szef KPRM udzielił informacji, że weryfikowana jest kwestia zapewnienia bezpieczeństwa obrotu pocztowego, przy czym CUW powinien zawrzeć z wykonawcą umowę 17 maja 2015r.

Izba postanowiła oddalić wniosek odwołującego o umożliwienie mu wglądu do załącznika nr 1 do pisma Kancelarii Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 czerwca 2015r. zarejestrowanego w Kancelarii Tajnej w dniu 3 czerwca 2015r. pod numerem Z-13/2015 wskazując, że przepisy art. 189 ust. 7 – 9 ustawy wprowadzają jedynie regulację dotyczącą wyłączenia jawności posiedzenia lub rozprawy w przypadku rozpoznawania odwołań podczas, którego może być ujawniona informacja niejawną. Ustawa nie zawiera trybu postępowania z dowodami, które zawierają informację niejawną. Z kolei § 2a Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2014.964 j.t.) w przypadku rozpoznawania odwołań, podczas którego może być ujawniona informacja niejawną odsyła do regulacji wynikających z ustawy o ochronie informacji niejawnych. Również § 23 tegoż rozporządzenia nie reguluje zagadnień związanych z możliwością udostępnienia stronom lub uczestnikom postępowania dokumentacji postępowania zawierającej informację niejawną. Przeciwnie przepis ten daje jedynie upoważnienie składowi orzekającemu do podjęcia decyzji, co do możliwości udostępnienia stronom lub uczestnikom postępowania dokumentów zawierających informacje prawnie chronione inne niż informacje niejawną. Stosując zatem rozumowanie a contrario, skoro ustawodawca nie dał składowi orzekającemu Izby uprawnienia do decydowania o możliwości udostępnienia stronom i uczestnikom postępowania dokumentów zawierających informację niejawną, to z takim dokumentem może zapoznać się jedynie skład

orzekający, na którym jednocześnie ciąży zakaz udostępniania takiego dokumentu stronom i uczestnikom postępowania. Badając z kolei odesłanie z § 2a rozporządzenia, to należy zauważyć, że instytucję postępowania w przypadku rozpoznawania przez uprawnione organy spraw podczas których może być ujawniona informacja niejawna reguluje art. 4 ust. 2 Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U.2010.182.1228, Dz.U.2015.21). Przepis ten stanowi, że sposób rozpoznawania spraw przez organy orzekające regulują odrębne ustawy. W badanym stanie prawnym ustawodawca w § 2a rozporządzenia nie stworzył odrębnej regulacji prawnej, o której mowa w art. 4 ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych, ale zawarł odesłanie powrotne do ustawy o ochronie informacji niejawnej. Oznacza to, że do postępowań przed Krajową Izbą Odwoławczą, w przypadku rozpoznawania odwołań wymagających procedowania na informacji niejawnej zastosowanie ma art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnej. Z analizy przepisów tej ustawy należy zatem uznać, że skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, któremu udostępniono dokument zawierający informację niejawną jest jedynie dysponentem tej informacji i ma do niej wgląd, natomiast nie będąc wytwórcą tej informacji, nie może ani rozstrzygnąć o zasadności nadania danego rodzaju klauzuli, ani zmienić kręgu adresatów informacji określonego przez wystawcę dokumentu. Tym samym biorąc powyższe pod uwagę Izba stoi na stanowisku, że brak jest podstaw prawnych do uwzględnienia wniosku odwołującego.

Izba zważyła co następuje:

Izba rozpoznając zgłoszoną przez odwołującego opozycję wobec przystąpienia wykonawcy Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 2 do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego postanowiła uwzględnić opozycję.

Izba wskazuje, że art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, które stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje. Zgłoszenie doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Izba stoi na stanowisku, że tych przepisów nie można odczytywać w oderwaniu od art. 179 ust. 1 ustawy (Środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy), zatem interes przystępującego nie musi być interesem

prawnym, a wystarczający jest interes faktyczny, ale powinien być związany z interesem w uzyskaniu danego zamówienia. W konsekwencji interes w uzyskaniu przyszłego zamówienia nie jest interesem usprawiedliwiającym zgłoszenie przystąpienia. Wynika to także z charakteru postępowania odwoławczego, które jest inicjowane w danym postępowaniu w celu wyeliminowania niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dokonania czynności zamawiającego bezprawnie zaniechanej. Tym samym postępowanie odwoławcze jest postępowaniem wпадkowym wobec postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a ustawy. Przyjęcie tak szerokiego jak chce zgłaszający przystąpienie interesu w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego stałoby również w sprzeczności z kręgiem podmiotów uprawnionych do zgłoszenia przystąpienia wynikającym z art. 185 ust 2 ustawy tj. wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tym stanie rzeczy opozycję odwołującego Izba uznała za zasadną.

Izba nie stwierdziła zaistnienia którejkolwiek z przesłanek opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał istnienie przesłanek materialno prawnych wynikających z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy przez wadliwe unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej; Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy przez wadliwe unieważnienie postępowania ze względu na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć; Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust 3 ustawy przez zaniechanie przekazania odwołującemu uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania;

Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Zarzuty zostaną rozpoznane łącznie.

Przepis art. 92 ust. 1 ustawy stanowi, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i

adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
- 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;
- 4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Z treści art. 93 ust. 3 pkt. 2 ustawy o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia wynika, że zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty - w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Przesłankami zatem dla unieważnienia postępowania w oparciu o treść art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy są :

1. Zaistnienie faktu, że prowadzenie postępowaniu lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
2. Fakt ten musi być wynikiem(skutkiem) istotnej - znaczącej zmiany okoliczności – fakt wystąpienia zmiany musi być obiektywnie dostrzegalny,
3. Zmiany okoliczności nie można było przewidzieć – przy czym brak możliwości przewidzenia zmiany okoliczności także powinien dać się ustalić obiektywnie.

Izba przed dokonaniem analizy prawnej treści art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy uważa za konieczne wskazać, iż z dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (w szczególności z treści art. 41 i 43 tejże dyrektywy). nie wynika katalog przesłanek dających zamawiającemu podstawę do rezygnacji z udzielenie zamówienia. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje natomiast na dopuszczalność określenia takich podstaw przez państwa członkowskie, a także na dopuszczalność przyznania przez prawodawcę krajowego właściwym sądom krajowym uprawnienia w zakresie dokonania kontroli zgodności z prawem decyzji przyjętych przez instytucje zamawiające, która ma służyć zapewnieniu poszanowania odnośnych zasad prawa Unii lub przepisów krajowych transponujących te zasady, a także dokonania kontroli

celowości, przy czym kontrola ta nie może być ograniczona wyłącznie do badania arbitralnego charakteru decyzji instytucji zamawiającej. Tak Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 grudnia 2014 r. sygn. akt C-440/13 w postępowaniu Croce Amica One Italia Srl przeciwko Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU). Ustawodawca krajowy zdecydował się skorzystać z uprawnienia dookreślenia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamykając je w ścisły krąg przesłanek nie pozwalający na zastosowanie wykładni rozszerzającej. Umożliwił także kontrolę zamawiających, w tym zakresie w ramach systemu środków ochrony prawnej.

Aby dokonać prawidłowej analizy art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy w pierwszej kolejności należy ustalić, czym jest interes publiczny. Izba w tym zakresie w pełni podziela i przyjmuje za własną wykładnię tego pojęcia dokonaną przez Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 12 marca 1997 r. sygn. akt W 8/96, gdzie określono, że jako interes publiczny należy bez wątplenia 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 czy porządku publicznego. Definicję interesu publicznego w ujęciu bardziej funkcjonalnym prezentują sądy administracyjne i tak Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w orzeczeniu z dnia 13 lipca 2010 r., sygn. akt II SA/Wa 488/10 stwierdził, że interes publiczny jest pojęciem niedookreślonym, nieposiadającym zwartej, zapisanej formuły na gruncie obowiązującego prawa. Interes publiczny odnosi się w swej istocie do spraw związanych z funkcjonowaniem państwa oraz innych ciał publicznych jako pewnej całości, szczególnie z funkcjonowaniem podstawowej struktury państwa. Skuteczne działanie w granicach interesu publicznego wiąże się z możliwością realnego wpływania na funkcjonowanie określonych instytucji państwa w szerokim tego słowa znaczeniu. Podobnie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 22 lutego 2006 r., sygn. akt II SA/Wa 1720/05 stwierdził, że ustalenie interesu publicznego następuje w kontekście różnego rodzaju zdarzeń społecznych, politycznych, gospodarczych. Za sprawę szczególnie istotną dla interesu publicznego należy uznać taką, która - ze względu na rodzaj, czas, miejsce, sposób, okoliczności rozstrzygnięcia i późniejszej realizacji - w istotnym zakresie wpływa lub może wpływać na wykonywanie przez podmioty władzy publicznej (w tym także inne osoby i jednostki organizacyjne w zakresie, w jakim współuczestniczą w procesie wykonywania władzy publicznej gospodarują majątkiem Skarbu Państwa) ich uprawnień i obowiązków. Podstawowym elementem pozwalającym na właściwe uzasadnienie szczególnego interesu publicznego jest więc wykazanie, że działanie organów i innych podmiotów realizujących zadania publiczne wywołało lub będzie wywoływało skutki dla potencjalnie dużego kręgu adresatów.

Z powyższych definicji w ocenie Izby wynika, że świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla Jednostek Administracji Państwowej służy realnemu wpływaniu na funkcjonowanie Jednostek Administracji Publicznej, których jedną z podstawowych czynności według kodeksu postępowania administracyjnego jest wydanie decyzji i postanowień, zaświadczeń administracyjnych, dla których dalszego bytu prawnego istotne znaczenie ma fakt ich doręczenia adresatowi. W ocenie Izby w tym zakresie krąg adresatów można uznać za nieograniczony, gdyż mogą to być inne organy administracji publicznej, osoby prawne i fizyczne. Zatem w świetle podanych wyżej definicji prowadzenie postępowania w niniejszej sprawie, a także wykonanie zamówienia w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia niewątpliwie leżało w interesie publicznym.

Konieczne jest zatem zbadanie czy okoliczności wskazane przez zamawiającego w załączniku nr 1 o nadanej klauzuli „zastrzeżone” do pisma KPRM z dnia 3 czerwca 2015r. zarejestrowanym w Kancelarii Tajnej pod numerem Z-13/2015 dotyczą faktów, których zaistnienie powoduje, że wykonanie zamówienia lub prowadzenie postępowania przestało leżeć w interesie publicznym. Przed dokonaniem powyższej oceny Izba na podstawie orzecznictwa wskaże, jakie okoliczności nie są uznawane za „odpadnięcie interesu publicznego”. Takimi okolicznościami nie są np. :

- błędy popełnione przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia, przy szacowaniu wartości szacunkowej zamówienia tak Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010r. sygn. akt IV Ca 831/10
- możliwość zmniejszenia wydatków zamawiającego – czynienie oszczędności na niewykonaniu zamówienia – tak Wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 29 września 2009r. sygn. akt III CA 18/09
- interes publiczny nie może zawężyć się do interesu zamawiającego, a tym bardziej do jeszcze niepewnego interesu zamawiającego – tak Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 256/13.

W dalszej kolejności zamawiający, aby miał możliwość zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy musi wykazać, że wystąpiła w ogóle zmiana okoliczności powodująca „odpadnięcie interesu publicznego”, stąd też błąd tkwiący od początku w procedurze postępowania nie może uzasadniać odpadnięcia interesu publicznego, gdyż nie pojawia się tu żadna zmiana okoliczności.

Jak wskazuje Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 10 kwietnia 2009 r. sygn. akt IX Ga 30/08 aby zamawiający mógł powołać się na tę przesłankę, musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, a w wyniku ich zmiany kontynuować

postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Zmiana okoliczności musi mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny. Zmiana okoliczności, o której mowa w omawianym przepisie musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego. Zmiana taka może wynikać z aktu prawnego wiążącego zamawiającego i stanowiącego źródło prawa (vide Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2015r. sygn. akt KIO 2832/14). Dla zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 6 p.z.p. należy stwierdzić po pierwsze, że zmiana faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, iż jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zamawiający wszczyna i prowadzi postępowanie w pewnych znanych mu w danym momencie uwarunkowaniach i z założoną koncepcją realizacji zadań. Zdarzenia, które powodują zmianę sposobu lub zakresu wykonywanych zadań mogą stanowić o wystąpieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć (tak Wyrok KIO z dnia 4 marca 2014r. sygn. akt KIO 293/14; KIO 294/14). Koniecznym jest udowodnienie przez zamawiającego, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu należytej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, w wyniku czego kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia nie będzie leżało w interesie publicznym (Wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 398/09). Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy konieczne jest ustalenie, że zmiana okoliczności rzeczywiście nastąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie (Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 156/12).

Ostatnią z przesłanek jest brak możliwości przewidzenia zmiany okoliczności i użyte sformułowanie w ustawie "nie można było wcześniej przewidzieć" ma charakter uniwersalny, to jest taki, że zamawiający powinien samodzielnie ocenić czy wzrośnie czy w ogóle ustanie zapotrzebowanie na dane zamówienie publiczne (tak Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 262/08).

Orzecznictwo dopuszcza unieważnienie postępowania w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy zarówno przed jak i po wyborze oferty najkorzystniejszej (tak wyrok KIO z dnia 18 marca 2011r. sygn. akt KIO 457/11).

Jednocześnie jednoznacznie orzecznictwo wskazuje na to, że dla możliwości zastosowania art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy nie jest wystarczające wyłącznie wystąpienie wyżej omówionych

przesłanek, ale także kompletne i czytelne zaprezentowanie ich w postępowaniu. Pełne, klarowne i rzeczywiste uzasadnienie tej decyzji jest obowiązkiem zamawiającego, tylko wtedy bowiem wykonawcy mają szansę poznać motywy, którymi kierował się zamawiający, gdy zostaną one w sposób pełny i rzetelny zaprezentowane. Tylko wtedy decyzja zamawiającego może zostać poddana rzeczywistej kontroli (vide wyrok KIO z dnia 4 marca 2014r. sygn. akt KIO 293/14 i KIO 294/14. Jak wynika z wyroku KIO z dnia 7 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 624/08 celem organizowania przetargu jest udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest możliwe unieważnienie postępowania bez wskazania wystąpienia istotnej przyczyny, zwłaszcza w sytuacji, gdy cel ten jest możliwy do osiągnięcia, a jedynie nie ma woli do zawarcia umowy.

Izba stwierdza, że powyższą interpretację art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy w całości podziela i uznaje za własną. Przenosząc ją na grunt zaistniałego w sprawie stanu faktycznego Izba zauważa, że zarzuty odwołania są zasadne z trzech powodów:

1. Zamawiający, w zakresie podania podstaw faktycznych, wprost w treści informacji o unieważnieniu postępowania wskazał, że okoliczności uzasadniające brak interesu publicznego dowodzi za pomocą dokumentu zawierającego informacje niejawne. Zatem w informacji podał jedynie uzasadnienie przesłanki odpadnięcia interesu publicznego. To, że załącznik nr 1 do pisma KPRM z dnia 3 czerwca 2015r. zawiera uzasadnienie dla nieistnienia interesu publicznego w prowadzeniu postępowania potwierdza także akapit 1 zdanie ostatnie str. 1 załącznika nr 1 wskazując na cel sporządzenia tegoż dokumentu. Zamawiający natomiast nie wykazał w informacji o unieważnieniu postępowania pozostałych przesłanek tj. istotności zmiany, momentu jej wystąpienia (ziszczenia się zmiany przed podjęciem decyzji o unieważnieniu) oraz braku możliwości jej przewidzenia, ani w tym zakresie nie odesłał do treści dokumentu zawierającego informację niejawną. Nadto w decyzji o unieważnieniu postępowania brak jest jakichkolwiek informacji pozwalających na ustalenie, że rzeczywiście istnieje dokument zawierający informację niejawną, skonkretyzowany choćby przez podanie gdzie, kiedy i pod jakim numerem dokument zawierający informację niejawną został zarejestrowany i jest przechowywany. W ocenie Izby ta ostatnia okoliczność powoduje, że prawdziwość i wiarygodność informacji o unieważnieniu postępowania w żaden sposób nie mogła być zweryfikowana przez wykonawców. Brak takich danych konkretyzujących dokument powoduje, że jeśli nie byłby on elementem dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to wykonawca nie byłby w stanie powołać się na taki dokument jako dowód w postępowaniu odwoławczym i skargowym. O ile bowiem Izba podtrzymuje swoje stanowisko, co do braku podstawy prawnej do uwzględnienia wniosku o umożliwienie odwołującemu wglądu do załącznika nr 1 do pisma KPRM z dnia 3

czerwca 2015r., o tyle Izba ma możliwość dopuszczenia dowodu z dokumentu, ale również musi posiadać informacje umożliwiające identyfikację dowodu. Na podstawie wyłącznie danych podanych w informacji o unieważnieniu postępowania nie była możliwa identyfikacja dowodu. Nadto sporządzenie uzasadnienia podstawy faktycznej przez odwołanie się do nieskonkretyzowanego dokumentu zawierającego informację niejawną może stwarzać niebezpieczny precedens dający zamawiającemu nadmierną swobodę postępowania przy unieważnianiu odwołań. Izba podziela stanowisko odwołującego w tym zakresie, w jakim odwołujący wskazywał na konieczność wyważenia między potrzebą ochrony informacji niejawnej, a zasadą jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i słusznym interesem wykonawców. W konsekwencji Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 (w tym pkt. 2) ustawy potwierdził się i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

2. Izba analizując treść załącznika nr 1 do pisma KPRM z dnia 3 czerwca 2015r. zbadała także treść tego pisma pod kątem istnienia przesłanek wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy. Na podstawie dokonanej analizy Izba doszła do przekonania, że dokument ten nie stanowi dowodu na to, że moment wystąpienia zmiany okoliczności, powodującej odpadnięcie interesu publicznego w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub wykonania takiego zamówienia, nastąpił najpóźniej w dacie 15 maja 2015r. (tj. wystąpienia przesłanki ziszczenia się zmiany przed podjęciem decyzji o unieważnieniu). Przekonanie to Izba opiera na akapicie 2 i zdaniu 3 akapitu 3 na str. 2 załącznika nr 1 do pisma KPRM z dnia 3 czerwca 2015r. Izba zwraca uwagę na treść art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy i na użyty w tym przepisie tryb dokonany – „wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym”. Zatem fakt wystąpienia zmiany nie może być zdarzeniem przyszłym i niepewnym, ale musi zaistnieć w dacie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania. Na tę okoliczność brak uzasadnienia faktycznego w dokumencie mającym stanowić dowód prawidłowości czynności zamawiającego w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania. Z tego względu również Izba uznała, że zamawiający podejmując w dniu 15 maja 2015r. decyzję o unieważnieniu postępowania nie był w stanie udowodnić kumulatywnego zaistnienia przesłanek wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, w konsekwencji doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 1 pkt 6 ustawy i Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.
3. Izba doszła także do przekonania, że przepis art. 93 ust. 1 ustawy nie nakazuje zamawiającemu unieważniania poszczególnych czynności składających się na

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjątkiem jest tu postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dopuszczającego możliwość składania ofert częściowych (art. 92 ust. 2 ustawy), który nie jest jednak przedmiotem analizy Izby w niniejszej sprawie, gdyż nie przystaje do stanu faktycznego sprawy). Izba stoi na stanowisku, że podjęcie przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania z art. 93 ust. 1 ustawy powoduje, że z chwilą gdy czynność zamawiającego staje się niewzruszalna, unieważnieniu ulegają wszystkie czynności zamawiającego dokonane w postępowaniu i należy je traktować jako nieistniejące ex nunc. Biorąc to pod uwagę należało stwierdzić, że ustawodawca nie przewidział konieczności unieważnienia przez zamawiającego poszczególnych czynności postępowania przy unieważnianiu postępowania w całości, z tego względu Izba uznała, że unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej było niezgodne z art. 93 ust. 1 i art. 92 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby to naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem w przypadku gdy zamawiający dokonuje unieważnienia postępowania jedną czynnością, to uchylenie tej czynności przez organ ochrony prawa powoduje przywrócenie wszystkich częściowo uchylonych czynności podjętych w postępowaniu. Natomiast, gdy zamawiający uchyla wszystkie czynności decyzją o unieważnieniu postępowania i nadmiernie uchyla jeszcze dodatkowo konkretną pojedynczą czynność, to powstaje wątpliwość, czy dla przywrócenia tej konkretnej czynności wystarczające jest uchylenie czynności unieważnienia postępowania. Taka sytuacja rodzi niepewność prawa po stronie wykonawców i w ocenie Izby nie zasługuje na ochronę. Izba uznała zatem, że zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 ustawy i art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w zakresie odnoszącym się do zaniechania ujawnienia wykonawcom dowodu potwierdzającego okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W myśl art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy nie mógł być zasadne w niniejszej

sprawie podniesiony. Izba podziela i uznaje za własne stanowisko wynikające z orzecnictwa Izby, iż art. 7 ust. 1 ustawy nie może być samodzielną podstawą prawną zarzutów odwołania. Nie oznacza to jednak, że zarzut taki nie może być postawiony i że podlega każdorazowo oddaleniu. W ocenie Izby zarzut taki może być zarzutem prawidłowo postawionym, jeżeli jest wskazywany jako konsekwencja naruszenia innych przepisów określających konkretne obowiązki ciążące na zamawiającym, które naruszył, albo z których się nie wywiązał. W przedmiotowej sprawie mimo, że w podniesionym zarzucie brak jest wskazania związku art. 7 ust. 1 ustawy z art. 93 ust. 1 pkt 6 i z art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy, to z uzasadnienia faktycznego zarzutu wynika, że odwołujący dopatruje się naruszenia zasady równego traktowania w związku z unieważnieniem postępowania i brakiem ujawnienia informacji pozwalających na skuteczną weryfikację okoliczności faktycznych unieważnienia postępowania. Tym samym wbrew stanowisku zamawiającego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy nie został podstawiony samodzielnie. Biorąc pod uwagę fakt, że Izba dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia zarówno art. 93 ust. 1 pkt. 6 jak i art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy, Izba uznała, że w konsekwencji doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż zamawiający nie podając informacji umożliwiających weryfikację prawdziwości i prawidłowości decyzji o unieważnieniu postępowania, uniemożliwił wykonawcom zachowanie zasady uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 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) obciążając zamawiającego kosztami postępowania i nakazując zamawiającemu dokonanie ich zwrotu na rzecz odwołującego w postaci uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....