

WYROK
z dnia 24 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2020 r. przez wykonawcę: **Centrum Promocji i Reklamy Remedia Sp. z o.o. Sp.k., ul. Dolina 35, 85-212 Bydgoszcz**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Port Czystej Energii Sp. z o.o., ul. Jabłoniowa 55, 80-180 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy: **APLAN MEDIA Sp. z o.o., ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;**
- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Port Czystej Energii Sp. z o.o., ul. Jabłoniowa 55, 80-180 Gdańsk, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Centrum Promocji i Reklamy Remedia Sp. z o.o. Sp.k., ul. Dolina 35, 85-212 Bydgoszcz – tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: Port Czystej Energii Sp. z o.o., ul. Jabłoniowa 55, 80-180 Gdańsk na rzecz wykonawcy: Centrum Promocji i Reklamy Remedia Sp. z o.o. Sp.k., ul. Dolina 35, 85-212 Bydgoszcz kwotę 18 584 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy) – tytułem uiszczonych wpisów (15 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 567 zł) i opłaty skarbowej (17 zł).**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Port Czystej Energii Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi public relations wraz z edukacją ekologiczną”, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 064-153384.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący – Centrum Promocji i Reklamy Remedia Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Bydgoszczy – wniósł na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie dotyczące następujących czynności podjętych przez Zamawiającego, polegających na unieważnieniu postępowania z powołaniem na art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, tj. w związku z istotną zmianą okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonania zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że w sprawie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, podczas gdy:

- 1) ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 marca 2020 r., a zatem już po wydaniu rozporządzenia Ministerstwa Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U. z 2020 r. poz. 491);
- 2) termin składania ofert mijał 20 maja 2020 r., kiedy to następowało już odmrażanie gospodarki i zdejmowanie wcześniejszych ograniczeń;
- 3) Zamawiający sam uwzględnił sposób realizacji umowy oraz jej dostosowania do aktualnej sytuacji epidemiologicznej w Polsce zastrzegając w § 14 ust. 4b Wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ, możliwość zmiany wynagrodzenia zachowując ekwiwalentność świadczeń albo zaniechania zlecenia określonych usług;
- 4) usługi doraźne będą, zgodnie z SIWZ, realizowane w oparciu o harmonogram, którego sporządzenie leży po stronie Wykonawcy, a data końcowej realizacji umowy została określona na 30.06.2023 r.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania.

Wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego załączając dowód ich poniesienia (faktura oraz potwierdzenie uiszczenia opłaty skarbowej).

Ponadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- screen ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Usługi public relations wraz z edukacją ekologiczną”, zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 064-153384,
- treść ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Usługi public relations wraz z edukacją ekologiczną” wraz z Opisem Przedmiotu Zamówienia i Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje:

1. Pismem z dnia 17.06.2020 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na udzielenie zamówienia pn. „Usługi public relations wraz z edukacją ekologiczną” powołując się na istotną zmianę okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Okolicznościami faktycznymi leżącymi u podstaw decyzji o unieważnieniu jest trwająca epidemia choroby COVID-19. W ocenie Odwołującego podana podstawa unieważnienia postępowania jest pozorna i nie znajduje odzwierciedlenia w okolicznościach faktycznych.
2. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający mógł i przewidywał możliwość wystąpienia zmiany okoliczności. Wskazał, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 marca 2020 r., a zatem już po wydaniu rozporządzenia Ministerstwa Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 491). W dniu zamieszczenia ogłoszenia znane zatem były Zamawiającemu ograniczenia wprowadzone ww. rozporządzeniem - zamknięte były już wówczas szkoły, instytucje kulturalne, wstrzymane loty i zamknięte granice. Trudno zatem zgodzić się z twierdzeniem, że po wszczęciu postępowania nastąpiła istotna zmiana okoliczności. Okoliczności te (zagrożenie związane z chorobą COVID-19) nastąpiły bowiem przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, po dniu ogłoszenia o zamówieniu, a jeszcze przed datą złożenia ofert, następowało stopniowe i systematyczne zdejmowanie wcześniejszych obostrzeń. Sytuacja zatem uległa poprawie, w stosunku do dnia, w którym Zamawiający wszczął postępowanie.
3. Nawet gdyby uznać, że rzeczywiście nastąpiła istotna zmiana okoliczności, czemu Odwołujący zaprzeczył, to wskazał, że można ją było przewidzieć, a co więcej - Zamawiający ją przewidział. Zamawiający sam uwzględnił sposób realizacji umowy oraz jej dostosowania

do aktualnej sytuacji epidemiologicznej w Polsce wskazując w § 14 ust. 4b Wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ, że: *„Dostosowanie sposobu wykonania poszczególnych usług wchodzących w zakres usługi stałej i usług doraźnych do aktualnej sytuacji epidemiologicznej i występowania zagrożenia zarażeniem COVID-19 i wykonywanie usług w sposób bezpieczny i zgodny z zaleceniami Ministra Zdrowia, Sanepid i innych właściwych organów sanitarnych - jeżeli zmiana sposobu świadczenia poszczególnych usług będzie wiązała się ze zmianą wynagrodzenia za świadczenie takich usług Zamawiający może - wedle swojego wyboru - zgodzić się na zmianę wynagrodzenia zachowując ekwiwalentność świadczeń albo zaniechać zlecenia określonych usług”*. Skoro Zamawiający, sporządzając wzór, zastrzegł w nim możliwość zmiany umowy z uwagi na zagrożenia zarażeniem COVID-19, to nie sposób uznać, że to zagrożenie było istotną zmianą okoliczności, których Zamawiający nie mógł przewidzieć.

4. Wbrew stanowisku Zamawiającego, usługi, których dotyczy zamówienie, są możliwe do realizacji w przewidziany w SIWZ (w tym we wzorze umowy) sposób. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie określił ściśle terminów, w których wykonane mają być poszczególne usługi wchodzące w skład zamówienia, a ostateczny termin wykonania określono na 30.06.2023 r. Zgodnie z SIWZ, Wykonawca po podpisaniu umowy na realizację przedmiotu postępowania ma za zadanie wykonać pełen plan i harmonogram Kampanii promocyjnej. Co więcej, w dokumentacji przetargowej nie zostały wskazane konkretne daty realizacji wymienionych w piśmie z dnia 17.06.2020 r. usług, których wykonanie, zdaniem Zamawiającego, nie będzie możliwe. Nazwane zostały one usługami doraźnymi i realizowane będą w oparciu o harmonogram, który Wykonawca, zgodnie z opisami SIWZ, przestawić ma w dokumentach Strategii Komunikacji Projektu. W Załączniku nr 9 do SIWZ wskazano, że *„Określone w harmonogramie, o którym mowa w pkt (xi) powyżej usługi doraźne, uważa się za zleczone Wykonawcy w ramach wykonywania niniejszej Umowy po zatwierdzeniu Raportu Miesięcznego (w stosownych przypadkach cz. II Raportu Miesięcznego) przez Zamawiającego na zasadach określonych w pkt 6.3 OPZ.”* W tym samym dokumencie Zamawiający wskazał również, że *„W harmonogramach, o których mowa w pkt (xi), w przypadku usług doraźnych, których świadczenie wymaga podjęcia przez Wykonawcę działań przygotowawczych z wyprzedzeniem czasowym dłuższym niż 1 okres sprawozdawczy, a które w szczególności zostały ujęte w zaakceptowanej przez Zamawiającego Strategii Komunikacji Zewnętrznej i Mediaplanie w uzasadnionych przypadkach, możliwe jest ujęcie usług z katalogu usług doraźnych, które mają być świadczone w dalszych niż kolejno następujących okresach sprawozdawczych. Nadto wskazano, że „Usługi doraźne w zakresie ilości maksymalnych określonych w niniejszym OPZ mogą być zleczone przez Zamawiającego w formie pisemnej lub za pośrednictwem poczty e-mail, niezależnie od propozycji Wykonawcy przedstawionych w Strategii Komunikacji Zewnętrznej oraz Raportach Miesięcznych w każdym czasie w okresie*

obowiązywania Umowy ze stosownym wyprzedzeniem koniecznym dla ich wykonania. Wykonawca zlecone przez Zamawiającego w tym trybie usługi doraźne wykona w terminie wskazanym w niniejszej OPZ lub, w przypadku braku określenia terminu w niniejszej OPZ, w terminie ustalonym przez Strony Umowy. Usługi doraźne zlecone przez Zamawiającego w tym trybie należy każdorazowo uwzględnić w części I odpowiedniego Raportu Miesięcznego dotyczącego okresu sprawozdawczego, w którym zostały wykonane”.

5. Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia uwzględnił możliwość wprowadzenia zmian do umowy (Rozdział XVII SIWZ pkt 2): *„Zamawiający przewiduje możliwość dokonywania zmian postanowień umowy, także w stosunku do treści oferty, na podstawie, której dokonano wyboru Wykonawcy, w przypadkach szczegółowo opisanych w Umowie (załącznik nr 10 do SIWZ)”. Odwołujący uznał, że Zamawiający mógłby umożliwić Wykonawcy zrealizowanie usług w każdym czasie trwania umowy lub tak zmodyfikować ich zakres aby odpowiadały aktualnym wymogom sanitarno-epidemiologicznym w Polsce. Również w Załączniku numer 10 do SIWZ (wzór umowy) w § 4 ust. 2 widnieje opis, że „Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego informowania Zamawiającego o wszelkich okolicznościach mogących mieć negatywny wpływ na sposób i termin wykonania przedmiotu umowy.” Również § 14 ust. 1 umowy określa możliwe zmiany w realizacji Kontraktu - „Zamawiający przewiduje możliwość zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, na zasadach określonych w art. 144 ustawy PZP”. Również § 14 ust. 2a określa możliwość wprowadzenia zmiany sposobu spełnienia świadczenia: „Zmiana sposobu wykonania poszczególnych świadczeń w stosunku do sposobu opisanego w OPZ z zachowaniem celów poszczególnych działań w związku z dostępnością lub skutecznością oddziaływania poszczególnych narzędzi (usług doraźnych)”.*

6. Z przytoczonych wyżej fragmentów wynika, że usługi doraźne, których Wykonawca nie może wykonać podczas pandemii, mogą być wykonane w późniejszym czasie. To Wykonawca ma zadanie zaplanować przebieg realizacji zamówienia, który zagwarantuje wykonanie go w sposób należyty i dopasowany do aktualnej sytuacji epidemiologicznej w Polsce i na świecie. Odwołujący wskazał, że przytoczone przez Zamawiającego usługi mogą zostać zrealizowane również w innej formie, uwzględniającej trwającą pandemię. Na przykład: konferencje prasowe i briefingi mogą zostać zrealizowane uwzględniając przepis pozwalający na organizację podobnych spotkań do maksymalnie 150 osób. Kampania medialna w salach kinowych również może już niebawem zostać przeprowadzona, gdyż kina sieciowe mają już zgodę na ponowne otwarcia swoich obiektów. Co więcej, szkolenia dla nauczycieli oraz młodzieży szkolnej Wykonawca mógłby wykonać w formie zajęć i szkoleń on-line, czyli w formie, która w czasie pandemii jest na bieżąco realizowana i z powodzeniem zastępuje szkolenia w tradycyjnej formie. Organizację imprezy plenerowej można z kolei, zgodnie z umową, zawiesić w czasie i zrealizować na końcu kampanii promocyjnej - jako event

otwierający działanie Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych. Podobnie targi, które na dzień dzisiejszy można organizować w reżimie sanitarnym, odmrożone mają zostać pod koniec sierpnia w większym zakresie.

7. Nie jest prawdą, na co wskazał Zamawiający, że produkcja materiałów edukacyjnych jest obecnie niemożliwa. Odwołujący prowadzi obecnie działalność w normalnym trybie i wszelkie zamówienia wykonywane są na bieżąco. Wobec postępującego odmrażania gospodarki i zdejmowania kolejnych obostrzeń, obecnie nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że wykonanie dominującej części zamówienia nie będzie mogło być zrealizowane.

8. Co do zasady, wykonywanie tego typu zamówień, gdzie kampania prowadzona jest w oparciu o stale aktualizowany harmonogram, umożliwia Wykonawcy realizację zadań w elastyczny sposób, tj. przenoszenia działań w czasie i ich odpowiednie zaplanowanie, zgodnie z aktualnymi wytycznymi sanitarnymi i epidemiologicznymi. Również rozliczanie usług doraźnych prowadzone jest w trybie raportowania wykonanych usług i zapłaty za usługi opisane w raporcie miesięcznym, których ceny jasno określone są w cenniku usług doraźnych, który jest załącznikiem oferty złożonej w opisywanym postępowaniu.

9. Utrwalony w doktrynie pogląd stanowi, że dla zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp należy stwierdzić, po pierwsze, że zmiana faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, że jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zamawiający powołując się na tę przesłankę musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym (W. Dzierżanowski w: Prawo zamówień publicznych, komentarz, wyd. II, Zakamycze 2005, s. 320.) Zmiana okoliczności musi mieć charakter istotny, czyli faktycznie uniemożliwiający (a nie utrudniający) realizację zamówienia według dotychczasowych założeń, a więc znaczący i niebagatelny, co bywa rozumiane jako zmiana będąca następstwem zdarzeń nadzwyczajnych, występujących rzadko (wyrok Sądu Okręgowego w L. z 10.04.2009 r, sygn. akt IX Ga 30/2008). Istotne jest przy tym, że nie jest wystarczające samo zagrożenie taką zmianą, ale niezbędne jest, aby unieważnienie postępowania było reakcją na zdarzenie, które już zaszło, a które nie było do przewidzenia w chwili jego wszczęcia.

10. Mając na uwadze przytoczone wyżej okoliczności faktyczne Odwołujący uznał, że:

- a) po dniu wszczęcia postępowania nie nastąpiła zmiana okoliczności,
- b) nawet jeżeli uznać, że taka zmiana nastąpiła to:
 - była ona możliwa do przewidzenia,
 - nie powoduje niemożności wykonania umowy, zgodnie z SIWZ.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący wskazał, że odwołanie jest w pełni uzasadnione i

zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów stawiennictwa na rozprawie, zgodnie ze złożonymi na rozprawie rachunkami.

W uzasadnieniu pisma wskazał, co następuje.

Zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie. W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że prawidłowo zastosował przepis art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp.

Zarzuty Odwołującego sprowadzają się wyłącznie do polemiki z zakresem obowiązywania przepisów szczególnych regulujących określone nakazy i zakazy w związku z stanem epidemii obowiązującym na terenie kraju. Regulacje te obowiązujące w dacie unieważnienia postępowania, tak jak to zostało wskazane w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego czyniły znaczącą część planowanych działań niewykonalnych w planowany sposób, a możliwy do wykonania zakres poszczególnych zakresów nie miał szansy na zakładaną efektywność edukacyjną i informacyjną. W tym zakresie nie jest istotne, że Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy poprzez dostosowanie sposobu wykonania określonych świadczeń do wymogów prawnych i sanitarnych w związku ze stanem epidemii, gdyż kluczowe części zamówienia w zakresie usług doraźnych w zakresie:

- organizacji konferencji okolicznościowych,
- konferencji prasowych i briefingów,
- spotkań z mieszkańcami i interesariuszami projektu,
- udziału w targach, kongresach i wystawach,
- przygotowanie stoisk do udziału w targach, kongresach i wystawach,
- organizacja dużej imprezy plenerowej dla mieszkańców,
- przeprowadzenie kampanii medialnej w salach kinowych,
- organizacja szkoleń dla nauczycieli,
- prowadzenie zajęć dla młodzieży szkolnej oraz seniorów,
- produkcja materiałów edukacyjnych do wykorzystania podczas prowadzonych działań edukacyjnych realizowanych z uwzględnieniem obowiązujących ograniczeń nie mają szansy na osiągnięcie zakładanych efektów edukacyjnych i informacyjnych.

Argumenty odwołania, że w dacie wszczęcia postępowania obowiązywał na terenie kraju stan epidemii (obowiązywało rozporządzenie Ministra Zdrowia z dn. 20.03.2020) nie wpływa na poprawność oceny czynności Zamawiającego, gdyż w dacie wszczęcia postępowania nie można było przewidzieć, ani sposobu rozwoju stanu zagrożenia ani jego wpływu na zachowania społeczne potencjalnych odbiorców usług, które miały być wykonane w ramach unieważnionego postępowania. Już sposób regulacji zarówno rozporządzenia

Ministra Zdrowia wskazanego w odwołaniu jak i następnie wydawanych rozporządzeń Rady Ministrów w każdym przypadku zakładał tymczasowość ograniczeń bądź poprzez wskazanie na obowiązywanie „do odwołania” lub poprzez wskazanie określonych terminów obowiązywania poszczególnych ograniczeń. W takiej sytuacji nie można kwestionować poprawności działania Zamawiającego w dacie wszczęcia postępowania ani przypisywać mu zdolności profetycznych co do spodziewanego rozwoju pandemii i jej skutków nie tylko w zakresie stanu zdrowia i zagrożenia zakażeniem, ale przede wszystkich zmian świadomości społecznej i preferowanych sposobów zachowań potencjalnych odbiorców usług przewidzianych do wykonania w unieważnionym postępowaniu.

Podobnie wskazanie w odwołaniu na spodziewane „odmrażanie gospodarki” i inne niż pierwotnie obowiązujące zakresy ograniczeń w działalności, która miała być realizowana w ramach zamówienia nie wpływają na poprawną ocenę zdefiniowanej przez Zamawiającego istotnej zmiany okoliczności uzasadniającej unieważnienie postępowania.

Poprawność zachowania Zamawiającego dotyczy trzech przesłanek art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp i tak: (1) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że (2) prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, (3) czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Ad (1) wystąpienie istotnej zmiany okoliczności. Za punkt odniesienia do oceny istotności zmiany można przyjąć moment wszczęcia postępowania. Nie powinno budzić wątpliwości, że rozwój pandemii COVID-19 jest zjawiskiem wpływającym w bezprecedensowy sposób na życie gospodarcze i społeczne całego świata. Jako istotne okoliczności, które podległy zmianie można wskazać zarówno prawne ograniczenia co do możliwości realizacji poszczególnych usług wymienionych powyżej w sposób przewidziany przez Zamawiającego (limity uczestników określonych imprez, dystans społeczny, sposób realizacji świadczeń, brak możliwości bezpośrednich spotkań z interesariuszami itp.), jak też możliwość osiągnięcia założonych celów związanych ze zmianą zachowań społecznych i indywidualnych związanych z ryzykiem zakażenia polegające m.in. na unikaniu imprez grupowych, spotkań, udziału w konferencjach itp.

Ad (2) realizacja zamówienia i ponoszenie wydatków na poszczególne usługi, które nie mogą być wykonane w zakresie i w sposób przewidziany w Opisie Przedmiotu Zamówienia nie leży w interesie publicznym, gdyż prowadzi do marnotrawstwa publicznych środków. Zamawiający jest spółką komunalną, której powierzono realizację zadań własnych gminy miasta Gdańska i innych Gmin z regionu w zakresie gospodarki odpadami. Finansowanie niniejszego zamówienia odbywa się wyłącznie ze środków publicznych przy znaczącym udziale (ok. 50%) dotacji uzyskanej ze środków Funduszu Spójności Unii Europejskiej. W takiej sytuacji kontynuowanie przedmiotowego zamówienia i wydatkowanie środków na usługi, które ze względu na ograniczenia prawne i zmianę zachowań społecznych odbiorców

nie będą miały spodziewanego zasięgu i skuteczności nie leży w interesie publicznym.

Ad (3) Jak już wspomniano, punktem odniesienia dla oceny poprawności zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp może być moment wszczęcia postępowania. W niniejszym postępowaniu jest to prawidłowa referencja uzasadniająca poprawność zachowania Zamawiającego. Wszystkie przepisy dotyczące stanu epidemii, zarówno ustawy nazywane „tarczami antykryzysowymi” jak i rozporządzenia Ministra Zdrowia jak i rozporządzenia Rady Ministrów mają charakter tymczasowy. Wprowadzane są bądź „do odwołania” bądź na określony okres. Taka metoda regulacji uzasadniona jest między innymi specyfiką sytuacji epidemiologicznej i brakiem możliwości przewidywania sposobu rozwoju sytuacji i jej wpływu na życie społeczne i gospodarcze. Przed podobnymi dylematami jak prawodawca stoi w niniejszym postępowaniu Zamawiający. Nie mógł przewidzieć, że stan epidemii ogłoszony 20.03.2020 r. będzie trwał także 17 czerwca 2020 r., ani nie mógł przewidzieć, że ograniczenia działalności gospodarczej, które pierwotnie obowiązywały będą obowiązywały także w dacie podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, a tym bardziej nie mógł przewidzieć, że planowanym okresie wykonywania poszczególnych świadczeń konieczne będzie gruntowna zmiana sposobu i zakresu komunikacji społecznej z zastosowaniem innych narzędzi niż planowane w dotychczasowych warunkach nieuwzględniających stanu zagrożenia epidemiologicznego.

W tej sytuacji wskazywanie na pozorność przyczyn unieważnienia postępowania jest nieuprawnionym bagatelizowaniem troski Zamawiającego zarówno o publiczne środki jak i zdrowie odbiorców działań edukacyjnych i informacyjnych przewidzianych do wykonania w ramach zamówienia, jak i o skuteczność działań edukacyjnych i informacyjnych dotyczących realizowanej inwestycji i świadomości ekologicznej.

Nie ma dla powyższej oceny żadnego znaczenia fakt, że we wzorze umowy Zamawiający przewidział możliwość wprowadzenia zmian w związku z wymaganiami sanitarnymi i epidemiologicznymi, gdyż i tak dla wprowadzenia takich zmian konieczna jest zgoda wykonawcy, czego się przewidzieć nie da, ale też przewidziany zakres dopuszczonych zmian skutkowałby fikcyjnym wykonywaniem poszczególnych zakresów i marnotrawstwem publicznych środków.

Z powyższych powodów czynność Zamawiającego w zakresie unieważnienia postępowania ma prawne i faktyczne uzasadnienie a odwołanie podlegać powinno oddaleniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawcy: APLAN MEDIA Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (nieobecnego na posiedzeniu i późniejszej rozprawie), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, Izba uznała skuteczność

przystąpienia zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zatem wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Nie wystąpiły przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie. Odwołujący wykazał okoliczności uprawniające go do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stan faktyczny sprawy – stanowiska Odwołującego i Zamawiającego powtórzone w uzasadnieniu – nie jest sporny.

Inna jest jedynie kwalifikacja czynności Zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 17 czerwca 2020 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ogłoszonego 31 marca 2020 r., z dokonywaniem czynności w toku – dostosowaniem projektu umowy uwzględniającego aktualne realia, ostatecznym ustaleniem terminu składania ofert na 20 maja 2020 r. i ich przyjęciem.

Czynność unieważnienia postępowania Zamawiający uzasadnił następująco:

Uzasadnienie prawne i faktyczne

Podstawą prawną unieważnienia jest art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP, który stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Okoliczności faktyczne leżące u podstaw decyzji o unieważnieniu dotyczą trwającej pandemii choroby COVID-19. Usługi objęte zamówieniem w niniejszym postępowaniu to m.in. organizacja przez Wykonawcę konferencji okolicznościowych, konferencji prasowych i briefingów, spotkań z mieszkańcami i interesariuszami projektu, udział w targach, kongresach i wystawach, przygotowanie stoisk do udziału w targach, kongresach i wystawach, organizacja dużej imprezy plenerowej dla mieszkańców, przeprowadzenie kampanii medialnej w salach kinowych, organizacja szkoleń dla nauczycieli, prowadzenie zajęć dla młodzieży szkolnej oraz seniorów, produkcja materiałów edukacyjnych do wykorzystania podczas prowadzonych działań edukacyjnych.

Rozwijająca się na całym świecie, w tym Polsce, pandemia choroby spowodowanej wirusem SarsCov-2 skutkuje obecnie m.in. zawieszeniem do odwołania zajęć w szkołach, brakiem możliwości organizacji wydarzeń targowych, imprez masowych o dużej skali. W takiej sytuacji wykonanie dominującej części zamówienia nie jest możliwe, a brak jest wiarygodnych danych pozwalających na dokonanie oceny, co do tego, kiedy (w jakim terminie) planowane do wykonania usługi mogłyby zostać zrealizowane. Sytuacja związana z rozwojem epidemii ma charakter dynamiczny i niemożliwy do przewidzenia. W związku z istotną zmianą okoliczności, tj. rozwojem sytuacji epidemicznej oraz ograniczeniami możliwości świadczenia usług

promocyjnych i edukacyjnych, niemożliwymi do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający unieważnił postępowanie w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP.

Ograniczenia w działalności placówek edukacyjnych, działalności targowej, kongresowej, możliwości organizowania zgromadzeń publicznych powodują, że dominująca część usług objętych zamówieniem nie będzie mogła zostać zrealizowana w formie przewidzianej przez Zamawiającego oraz w sposób zapewniający bezpieczeństwo biorących udział w projekcie, Wykonawcy potencjalnych uczestników działań planowanych do realizacji w ramach wykonywania zamówienia, a realizacja celów edukacyjnych i informacyjnych projektu nie będzie możliwa do osiągnięcia. Obiektywny brak możliwości wykonania usług objętych umową powoduje, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Zawarcie umowy na realizację usług niemożliwych do wykonania skutkowałoby zaś niekorzystnym i nieracjonalnym rozdysponowaniem środków publicznych. Z tych przyczyn Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania. Konieczne działania informacyjne i edukacyjne, których zakresy i sposób wykonania będą uwzględniały stan epidemii COVID 19 zostaną zlecone przez Zamawiającego w odrębnych postępowaniach.

Izba zważyła

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowi: 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.

Treść przepisu nie uległa zmianie. Nie wystąpiły okoliczności pozwalające, wobec sformalizowanej procedury postępowania odwoławczego, na żadne odstępstwo w jego stosowaniu. Interpretacja przepisu jest jednoznaczna. Jest to ścisły krąg przesłanek nie pozwalający na zastosowanie wykładni rozszerzającej.

Dla unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tej podstawie nieodzowne jest spełnienie przesłanek występujących łącznie:

- 1) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca,
- 2) że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
- 3) czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Okoliczności odpowiadające wskazanym przesłankom muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania.

Orzecznictwo i praktyka ukształtowały interpretację przesłanek – przykładowo, m.in.:

Ad 1. Przesłankę wystąpienia istotnej zmiany okoliczności zalicza się do kategorii przesłanek zobiektywizowanych. Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp konieczne jest

stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia Oznacza to, że przy zachowaniu należytej staranności istotnej zmiany okoliczności nie mógł wcześniej przewidzieć zarówno zamawiający, jak również wykonawca (wyrok KIO z dnia 6 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 156/12).

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 (wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2832/14).

Ad 2. Prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym - Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 12 marca 1997 r. sygn. akt W 8/96, określił, że jako interes publiczny należy bez wątpienia 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, oświaty, kultury czy porządku publicznego.

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 (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1993 r., III ARN 49/1993, OSNC 1994, nr 9, poz. 181).

W orzecznictwie wskazywano też:

Na zamawiającym ciąży obowiązek wskazania, o jaki interes publiczny chodzi oraz wykazania, że jest on na tyle ważny, że postępowanie musi być unieważnione.

Naruszeniem interesu publicznego nie będą także zdarzenia powstałe wskutek niedbalstwa zamawiającego. Zamawiający musi także wykazać, że przy zachowaniu należytej staranności nie mógł wcześniej przewidzieć istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, przy czym interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego.

Ad 3. Czego nie można było wcześniej przewidzieć - koniecznym jest udowodnienie przez zamawiającego, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu należytej staranności przewidzieć, że zmienią się okoliczności, w wyniku czego kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia nie będzie leżało w interesie publicznym.

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, że 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).

Jednocześnie orzecznictwo wskazuje jednoznacznie 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 (wyrok KIO z dnia 4 marca 2014 r. sygn. akt KIO 293/14 i KIO 294/14).

Konieczność unieważnienia postępowania w rozpoznanej sprawie, Zamawiający uzasadnił stanem epidemii. Stan epidemii istniejący w dacie unieważnienia postępowania, wniesienia odwołania, jak i obowiązujące w dniu wydania wyroku ograniczenia, mające na celu zmniejszenie zagrożeń związanych z możliwością zachorowania na COVID-19, nie stoją na przeszkodzie kontynuacji postępowań i zawieraniu umów. Stan epidemii nie wstrzymał wszczętych postępowań. Natomiast obowiązująca od 8 marca 2020 r. ustawa z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2020 poz. 374 ze zm.) przewiduje rozwiązania umożliwiające dostosowanie umowy do istniejących warunków. Dotyczą one m.in. kar umownych, wypłaty wynagrodzenia oraz możliwości zmiany umowy – w wyroku z 15 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 599/20.

Przedmiot zamówienia uzasadnia przyjęcie poglądu, że realizacja zamówienia pozostaje nadal aktualna, zachodzi potrzeba wykonania tego typu usług w jakiegokolwiek formule.

Zatem wyłączną przyczynę unieważnienia postępowania nie stanowiła okoliczność, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Przesłanka ta ma zastosowanie w sytuacji całkowitego odstąpienia od realizacji postępowania i w efekcie całkowitego odstąpienia od wykonania zamówienia (zaniechanie wykonania zamówienia).

W okolicznościach sprawy, nie można uznać, że została spełniona przesłanka - czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W dacie wszczęcia postępowania – 31 marca 2020 r. – obowiązywały akty prawne (od

8 marca 2020 r. ustawa z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych), Zamawiający w okresie 31 marca – 17 czerwca 2020 r. prowadził postępowanie, wyznaczył datę składania ofert 20 maja 2020 r. i dopiero po złożeniu ofert unieważnił postępowanie, w okolicznościach epidemicznych i gospodarczych korzystniejszych niż w dacie wszczęcia postępowania.

Zaś zmiana okoliczności wystąpiła nie później niż od 8 marca 2020 r., o czym było wiadomo 31 marca 2020 r.

Nie zostało wykazane łączne spełnienie przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp:

- 1) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca,
- 2) że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
- 3) czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W tej sytuacji, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zatem, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, nakazując na podstawie ust. 3 pkt 1 tego artykułu czynność określoną w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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. z 2018 r. poz. 972).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł (§ 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia) oraz zasądziła na rzecz Odwołującego wskazaną kwotę tytułem uiszczonego wpisu (§ 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia), kwotę 3 567 zł jako wynagrodzenie pełnomocnika i kwotę 17 zł z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (§ 3 pkt 2 rozporządzenia) – na podstawie rachunków załączonych do akt sprawy.

Przewodniczący: