

Sygn. akt XXIII Ga 2036/15

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lutego 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Renata Puchalska (spr.)

SSO Alicja Dziekańska

SSO Paweł Kieta

Protokolant: prot. sąd. Magdalena Cyran

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2016 roku w Warszawie sprawy

ze skargi (...) S.A. w W.

przy udziale przeciwnika skargi (...) S.A. w W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 5 listopada 2015r., sygn. akt KIO 2304/15

o zamówienie publiczne

I. oddała skargę;

II. zasądza od (...) S.A. W. na rzecz (...) S.A. w

W. 1.834 zł (słownie: jeden tysiąc osiemset trzydzieści cztery złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania wywołanego skargą.

SSO Alicja Dziekańska SSO Renata Puchalska SSO Paweł Kieta

Sygn. akt XXIII Ga 2036/15

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 5 listopada 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie (...) S.A. w W., jednocześnie obciążając odwołującego kosztami postępowania.

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego na „(...)”, które to postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego - (...) S.A. z w W.. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami odwołania i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Rozpoznając odwołania Izba zważyła, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Zgodnie ze stanem faktycznym sprawy zamawiający 11 października 2014 r. wszczął postępowanie na „Zaprojektowanie, dostawę i montaż urządzeń (...) /C. (kontrakt 1, 2, 3 i 4) w ramach Projektu: Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych (...) 7.1-106” (Postępowanie (...)),

a 8 października 2014 r. -postępowanie - którego dotyczyło odwołanie - na „Zakup usług transmisji danych sieci (...) na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej (...) Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego” - (Postępowanie (...)). Zamawiający w przypadku postępowania (...) wymagał, zgodnie ze specyfikacją oraz projektem umowy, aby wykonawca był gotowy do transmisji danych w pełnej funkcjonalności we wszystkich wskazanych lokalizacjach najpóźniej w okresie od 1 października 2015 r. do 31 grudnia 2018 r. W projekcie umowy wskazał, także terminy pośrednie dla poszczególnych etapów: etap 1 - do 30.06.2015 r., etap 2 - do 31.07.2015 r., etap 3 - do 31.08.2015 r. i etap 4 - do 30.09.2015 r. Z kolei w § 18 projektu umowy w jego punkcie 1.3.4. stanowiącym o zawieszeniu umowy na okres wynikający z opóźnienia w realizacji umowy lub postępowania przetargowego wprost nawiązał do przetargu dotyczącego Centralnego Systemu Dynamicznej (...) Pasażerskiej i monitoringu wizyjnego na rzecz, których miała być realizowana usługa (...), który to przetarg został wszczęty w dniu 11.10.2015 r. W Postępowaniu (...) wskazano, że realizacja tego zamówienia [zaprojektowanie, dostawa i montaż urządzeń (...) i C. w ramach Projektu] ma nastąpić do dnia 30 listopada 2015 r. Przedmiot tego zamówienia miał być sfinansowany ze środków unijnych w perspektywie 2007 - 2013, z okresem wydatkowania do końca 2015 r. Postępowanie (...) decyzją z 17 marca 2015 r. zostało unieważnione, albowiem oferta z najniższą ceną dla każdej części przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia danej części. Skuteczność tej czynności została zatwierdzona wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 10.04.2015 sygn. akt: KIO 622/15. W Postępowaniu (...), którego dotyczy odwołanie, ofertę złożył tylko wnoszący odwołanie wykonawca - (...) S.A. Decyzją z 27 marca 2015 r. Zamawiający unieważnił to postępowanie na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy pzp, w uzasadnieniu której wskazał, że przedmiotowe postępowanie prowadzone było w celu zapewnienia transmisji danych na potrzeby postępowania na „Zaprojektowanie, dostawę i montaż urządzeń (...) C. (kontrakt 1,2,3 i 4) w ramach Projektu: Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych (...), które zostało unieważnione w 17 marca 2015 r. ze względu na to, że oferta z najniższą ceną dla każdej części zamówienia przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie każdej części zamówienia, a zamawiający nie może zwiększyć tych kwot.

Izba odnośnie zarzutu naruszeniem art. 93 ust. 3 pkt 2 pzp stwierdziła, że ustawodawca nie nałożył na Zamawiającego obowiązku sporządzenia zawiadomienia o unieważnieniu postępowania w określony sposób. To zawiadomienie ma zawierać uzasadnienie faktyczne oraz prawne. W niniejszym stanie faktycznym w zawiadomieniu z dnia 13.10.2015 r. skierowanym do Odwołującego podano jednoznacznie, że Postępowanie (...) zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy pzp. W uzasadnieniu faktycznym tej decyzji Zamawiający w szczególności podał, że „(...) postanowił unieważnić postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „(...)” (ze względu na brak obiektywnej możliwości spełnienia świadczenia przez Wykonawcę w terminie wskazanym przez Zamawiającego w umowie, jak też z uwagi na zaistnienie okoliczności powodujących, że uzyskanie świadczenia polegającego na wykonywaniu usługi przesyłu danych w określonym umową okresie nie leży w interesie publicznym, czego zamawiający nie mógł przewidzieć”. Wskazał także na terminy wynikające z § 8 ust.3 umowy, która zostanie zawarta oraz, że „(...) Na skutek przedłużającej się procedury udzielenia zamówienia publicznego, zamawiający nie zawarł umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przed dniem 30.06.2015 r., to jest przed dniem wyznaczonym na realizację przez wykonawcę pierwszego etapu umowy. Powyższe podyktowane było okolicznością unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne na „Dostawę instalacji i uruchomienie urządzeń (...) i C. w ramach Projektu (...) 7.1-106”, stanowiącego zasadniczą część Projektu pn. „Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych”, dla której to niniejsze postępowanie miało zapewnić medium transmisyjne, jak też koniecznością dostosowania założeń i opisu przedmiotu zamówienia na (...) i C. do sytuacji rynkowej (w tym celu wszczęto procedurę dialogu technicznego). Informacje uzyskane od wykonawców, którzy wzięli udział w dialogu technicznym w sposób jednoznaczny wskazują na konieczność zmiany przyjętych wymagań dotyczących tak okresu realizacji samego projektu, jak też jego cech logicznych i technicznych. Powyższe w sposób bezpośredni przekłada się także na potrzebę uzyskania usług transmisji danych sieci (...) na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej (...) Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego o cechach i w terminie innych niż przyjęty w prowadzonym postępowaniu przetargowym, w tym dotyczących parametrów łączny oraz ich lokalizacji. Zmiana

założeń do Projektu (...) /C., powoduje konieczność istotnego zmodyfikowania przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu poprzez dostosowanie parametrów usług transmisji danych sieci (...) do zmienionych potrzeb, w tym także dat realizacji. Świadczenie usług transmisji danych sieci (...) dla realizacji Projektu (...) /C., w nieznanym jeszcze zakresie i zakresie nastąpi najwcześniej w roku 2017, zaś w pełnym zakresie nie wcześniej niż w roku 2019. Zmiana wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia usług transmisji danych w sieci (...) poprzez ich dostosowanie do wymagań wynikających z potrzeb systemu (...) /C. zagwarantuje spójność obu systemów, w tym w szczególności spójność czasową ich dostarczania, a tym samym zapewni realizację celu publicznego jakim jest zapewnienie spójnej, jednolitej i nowoczesnej informacji pasażerskiej oraz ochrony obiektów użyteczności publicznej, jakimi dysponuje grupa (...). Tym niemniej do dnia dzisiejszego nie zostało wszczęte postępowanie na zmieniony system (...) /C., co powoduje że nie ma - i nie będzie - w okresie w jakim miała być realizowana usługa dostarczania danych na podstawie umowy zawartej z wykonawcą w związku z prowadzonym Postępowaniem w obrocie systemu (...) /C.. Reasumując stwierdził, że „(...) wykonanie przez wykonawcę świadczenia w terminie wskazanym w Umowie nie tylko jest obiektywnie niemożliwe, bez zmiany umowy, co w świetle pozyskanych oświadczeń innych zainteresowanych tym Postępowaniem wykonawców należałoby uznać za naruszenie podstawowej zasady zamówień publicznych - czyli zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 Ustawy pzp. Zmiana terminu realizacji umowy należy do zmian istotnych umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w konsekwencji czego zawierają umowę zamawiający zobowiązany byłby do naruszenia art. 144 ust 1 ustawy pzp poprzez wydłużenie terminu umowy”. Wskazał także na konieczność unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego ze względu na obarczenie umowy wadą powodującą jej nieważność z mocy prawa oraz, że wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie, w którym zamawiający wymagał jego realizacji jest niemożliwe z przyczyn obiektywnych, oraz niemożliwa jest zmiana terminu realizacji umowy na skutek braku zastrzeżenia przez Zamawiającego możliwości dokonania przedmiotowej zmiany.

Także zarzut naruszenia art. 14 pzp w zw. z art. 70³ § 2 i art. 5 k.c., oparty w istocie na zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby z dnia 21.04.2015 r. sygn. akt: KIO 686/15 nie był, w ocenie I., zasadny. Izba stwierdziła, że w wyroku tym Krajowa Izba nie nakazała wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, a wyłącznie unieważnienie czynności unieważnienia podjętej w dniu 27.03.2015 r. Zgodnie z nakazem tego wyroku Zamawiający w dniu 11.05.2015 r. unieważnił czynność z dnia 27.03.2015 r. unieważniającą Postępowanie (...) na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy pzp i po dokonaniu unieważnienia nakazanej i czynności dokonał - z udziałem wykonawców, z którymi prowadził dialog techniczny ponownej analizy okoliczności faktycznych, co do realności możliwości zlecenia wykonawcy (...) M. świadczenia usługi (...) w sytuacji braku możliwości realizacji, w zakładanych terminach zamówienia z unieważnionego Postępowania (...), z którym to zamówieniem było integralnie związane zamówienie na usługę (...). Ponowna ocena stanu faktycznego, sprawy, z uwzględnieniem nowych okoliczności powstałych po dniu 21 kwietnia 2015 r. doprowadziła - jak wskazano w decyzji z 13.10.2015 r. o unieważnieniu postępowania - do wniosku, że postępowanie na usługę (...) powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 oraz pkt 7 ustawy pzp, ze względu na brak obiektywnej możliwości spełnienia świadczenia przez wykonawcę w terminie wskazanym w umowie, jak też z uwagi na zaistnienie okoliczności powodujących, że uzyskanie świadczenia polegającego na wykonywaniu usługi przesyłu danych w określonym umową okresie nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy pzp i uznając niezasadność tego zarzutu Izba, w związku ze wskazaną regulacją przepisu art. 191 ust.2 ustawy pzp, miała na uwadze stan sprawy ustalony na dzień 3 listopada 2015 r. Zgodnie ze stanem faktycznym tej sprawy, zamówienie (...) z terminem realizacji do dnia 1 października 2015 r. niewątpliwie było integralnie związane z unieważnionym postępowaniem dotyczącym: Centralnego Systemu Dynamicznej (...) Pasażerskiej i monitoringu wizyjnego, którego celem było zbudowanie dynamicznej informacji pasażerskiej zwiększającej wiedzę oraz bezpieczeństwo pasażerów korzystających z usług przewozowych, z terminem realizacji 30.11.2018 r. oraz, które to zamówienie miało być sfinansowane w założonym terminie z wykorzystaniem środków z perspektywy 2007 - 2013. Z okoliczności sprawy wynika także, że unieważnienia postępowania na dostawę (...) spowoduje finalnie utratę współfinansowania projektu z instrumentów finansowych i perspektywy 2007-2013, albowiem otrzymanie dotacji wiązało się z koniecznością zakończenia i rozliczenia projektu do końca

2015 r., co obiektywnie nie nastąpi, albowiem do dnia 3.11.2015 r. kolejne postępowanie na dostawę Centralnego Systemu Dynamicznej (...) Pasażerskiej i monitoringu wizyjnego nawet nie zostało wszczęte. Niewątpliwie również realizacja zamówienia udzielonego w wyniku rozstrzygnięcia Postępowania (...) w kształcie opisanym w dokumentacji postępowania z 11.10.2014 r. warunkowała udzielenie zamówienia na usługę (...) w zakresie wynikającym z dokumentacji z 8.10.2014 r., na co wskazuje chociażby nazwa przedmiotowego postępowania - usługa transmisji danych sieci (...) na potrzeby (...) oraz monitoringu wizyjnego. Tym samym realizacja usługi (...) - uzyskanie kanału transmisji (jakim jest (...)), bez faktycznej możliwości korzystania z tej transmisji w dacie 13 października 2015 r. [podobnie 3 listopada 2015 r.] nie leżała w Interesie publicznym. Zawarcie umowy na realizację tej usługi - która z założenia była dedykowana dla realizacji ściśle określonego projektu, nie prowadziłaby bowiem w konsekwencji do zaspokajania potrzeb publicznych związanych z przedmiotem działalności zamawiającego - usługą przewozu pasażerskiego. Jak podał zamawiający dla realizacji opisanego celu - z zamiarem sfinansowania przedsięwzięcia ze środków z perspektywy 2014 - 2020, o które podejmuje starania - zdecydował o innej formule jego realizacji [w oparciu o rozwiązanie docelowe - infrastrukturę GSM- R, której pierwsza część pozwoli na realizację transmisji danych także na potrzeby (...)], czego potwierdzeniem jest m.in. wszczęcie przetargu na zadanie pn.: „ (...) / GSM- R na liniach kolejowych (...) S.A. w ramach (...)].

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy pzp, Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że w tym przypadku ma odpowiednie zastosowanie reguła z art. 192 ust.2 tej ustawy, zgodnie z którą nie podlega uwzględnieniu odwołanie, jeżeli stwierdzone naruszenie m.in. nie miało wpływu na postępowania odwoławczego. W niniejszej sprawie Postępowania (...) zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy pzp i tym samym rozstrzygnięcie w zakresie wskazanego zarzutu naruszenia art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania odwoławczego.

Dodatkowo Izba zauważyła, że wnioskowana przez wykonawcę zmiana terminów realizacji usługi (...) w oparciu o § 18 pkt 1.3.3 oraz 1.3.4. zawierania umowy o zamówienie publiczne nie byłaby możliwa. Wskazane postanowienia przede wszystkim regulują dopuszczalność zmian terminów w trakcie realizacji umowy, a zatem po jej zawarciu. Ponadto pierwszy z jej punktów [1.3.3.] stanowi o możliwości zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w przypadku konieczności przedłużenia terminu realizacji Umowy lub jej etapów w przypadku zaistnienia okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania Umowy o okres trwania tych okoliczności, drugi z kolei [1.3.4.] - o konieczności zawieszenia wykonywania Umowy na okres wynikający z takiego opóźnienia w przypadku opóźnienia realizacji Umowy lub postępowania przetargowego dotyczącego Centralnego Systemu Dynamicznej (...) Pasażerskiej i monitoringu wizyjnego, przy czym zawieszenie możliwe jest na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy w okresie poprzedzającym produkcyjne użytkowanie łączu (1.3.4.). Zatem te postanowienia dotyczą także okoliczności, które nie są znane na etapie zawieranej umowy. W stanie faktycznym sprawy nie doszło nawet do wyboru najkorzystniejszej oferty, a zatem wbrew twierdzeniom wnoszącego odwołanie, zamawiający nie mógłby dokonując wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, jednocześnie na tej podstawie zmienić w umowie terminy realizacji usługi (...), które już wygasły lub też przedłużyć termin realizacji przedmiotowej umowy w sytuacji, gdy terminy dla zamówienia (...) nie są możliwe obiektywnie do ustalenia. Ponadto terminy realizacji usługi (...), to istotne postanowienia umowy, albowiem warunkowały one złożenie oferty przez innych wykonawców, co zostało potwierdzone m.in. ich oświadczeniami. Zmiana tych terminów potencjalnie mogła mieć wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie, a tym samym taka zmiana powodowałaby modyfikację w tym postępowaniu równowagi na korzyść Odwołującego w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia. Uwzględnienie zatem żądania wykonawcy zmiany umowy po jej zawarciu prowadziłoby w konsekwencji do nieważności tej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, tak jak stanowi przepis art. 144 ust.2 ustawy pzp, albowiem - jak podano - żadna ze wskazanych podstaw nie dotyczy okoliczności wymienionych § 18 pkt 1.3.3. i 1.3.4 wzoru umowy, i tym samym taka zmiana skutkowałaby naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 144 ust. 1 ustawy pzp.

Skargę na powyższy wyrok wniósł (...) S.A., zaskarżając go w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy pzp poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że w niniejszym postępowaniu wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć polegająca na unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp postępowania (...) wszczętego 11 października 2014 r. prowadzonego równoległe z niniejszym postępowaniem w wyniku której:

(a) brak było faktycznej możliwości korzystania z Usługi (...) w dacie 13 października 2015 r. oraz w dacie 3 listopada 2015 r., co nie prowadziłyby do zaspokajania potrzeb publicznych związanych z działalnością zamawiającego,

(b) wobec utraty dofinansowania na potrzeby budowy (...) z perspektywy finansowej 2007-2015 zamawiający - z zamiarem sfinansowania przedsięwzięcia budowy (...) z perspektywy finansowej 2014-2020, o które się ubiega - postanowił o zmianie formuły jego realizacji (w oparciu o rozwiązanie docelowe - infrastrukturę GSM-R),

podczas gdy w rzeczywistości

(c) nie nastąpiła żadna istotna zmiana okoliczności, a prowadzenie postępowania lub udzielenie zamówienia na Usługę (...) leży w interesie publicznym, ponieważ zamawiający nadal zamierza zrealizować projekt (...) (zmiana nie ma charakteru zmiany trwałej), co zresztą było już przedmiotem rozpoznania przez Izbę w wyroku z 21 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 686/15,

(d) zmiana koncepcji realizacji i źródeł finansowania (...) nie stanowi istotnej zmiany okoliczności, której nie można było przewidzieć, gdyż nie jest zmianą zewnętrzną i niezależną od zamawiającego, a tylko takie zmiany mieszczą się w dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp,

(e) zamawiający nie udowodnił, że infrastruktura GSM-R jest dedykowana realizacji (...), tj. że lokalizacje, parametry techniczne i inne istotne dane techniczne, na które wskazywał zamawiający, unieważniając niniejsze postępowanie, zostały przygotowane na potrzeby realizacji (...), a nie innych potrzeb zamawiającego związanych z posiadaniem infrastruktury GSM-R oraz że faktycznie na żadnym etapie budowy (...) zamawiający nie będzie pozyskiwał usług transmisji danych z wykorzystaniem sieci (...) innego podmiotu oraz że okoliczności tej nie dało się wcześniej przewidzieć,

(f) przyjęciu, że przesłanka umożliwiająca zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp tj. istotna zmiana okoliczności może być wywołana przez samego zamawiającego na skutek jego świadomych zaniechań w prowadzeniu postępowania (nieuzasadniona zwłoka w podejmowaniu czynności w postępowaniu);

- art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że przesłankami jego zastosowania tj. niemożliwą do usunięcia wadą postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, mogą być:

(a) brak możliwości wykonania zamówienia w terminach wskazanych we wzorze umowy opublikowanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) spowodowany przedłużającym się postępowaniem, kwalifikowany jako obiektywna niemożliwość świadczenia w rozumieniu art. 387 § 1 k.c. skutkujący nieważnością zawartej umowy z mocy prawa, podczas gdy art. 387 § 1 k.c. reguluje przypadek świadczenia, którego wykonanie jest rzeczywiście obiektywnie niewykonalne, a nie skutki niemożności dochowania terminu zastrzeżonego przez strony w umowie zagrożone ewentualnymi sankcjami za opóźnienie w wykonaniu zamówienia, o ile zachodzą przesłanki dla powstania takiej odpowiedzialności,

(b) brak możliwości zmiany umowy w zakresie terminów realizacji kolejnych jej etapów na skutek przedłużającego się postępowania, która to zmiana stanowiłaby według zamawiającego zmianę istotną w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy pzp, a nie została przewidziana przez zamawiającego w postanowieniach SIWZ ani nie określono warunków jej

dokonania, przez co nie jest możliwym jej dokonanie bez naruszania art. 144 ust. 1 ustawy pzp, podczas gdy powyższa zmiana nie byłaby zmianą istotną, a ponadto zamawiający miał możliwość jej dokonania w oparciu o postanowienia wzoru umowy, gdyż przewidział zmiany terminów wykonania umowy;

(c) przyjęciu, że przesłanką umożliwiającą zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp (tj. wadą postępowania) może być wada wywołana przez samego zamawiającego na skutek jego świadomych zaniechań w prowadzeniu postępowania (nieuzasadniona zwłoka w podejmowaniu czynności w Postępowaniu);

- art. 58 ust. 1 k.c. w zw. z art. 93 ust. 1 ustawy pzp poprzez błędne przyjęcie, iż w przedmiotowym stanie faktycznym czynność zamawiającego, polegająca na unieważnieniu postępowania dokonanym z powołaniem się na okoliczności wywołane przez samego zamawiającego, w tym na nieracjonalnie przewlekłe powstrzymanie się z dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarciem umowy, nie została dokonana w celu obejścia art. 93 ust. 1 ustawy pzp, który przewiduje zamknięty katalog przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

- art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 ustawy pzp poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie tj. niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej oferty i poinformowanie o tym skarżącego, pomimo że nie zachodziły podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy pzp;

- art. 70³ § 2 i art. 5 k.c. w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 ustawy pzp oraz w zw. z art. 14 ustawy pzp, poprzez ich błędną wykładnię i niezastosowanie polegające na uznaniu, że w wyroku z 21 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 686/15 Izba nie nakazała zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej przez co zamawiający, wykonując wyrok KIO uwzględniający odwołanie i stwierdzający brak podstaw dla unieważnienia postępowania, mógł poprzestać na unieważnieniu unieważnienia postępowania i nie podejmować żadnych czynności w postępowaniu przez okres kolejnych 6 miesięcy, pomimo że nie zachodziła żadna podstawa unieważnienia postępowania, a oferta skarżącego mieściła się w budżecie, była ważne złożona, skarżący nie podlegał wykluczeniu z postępowania, tj. że zamawiający był uprawniony do „zawieszenia nierozstrzygnięcia Postępowania przez dowolny okres, podczas gdy zgodnie z definicją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określoną w art. 2 pkt 7a ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, a wynikiem postępowania może być tylko albo wybór oferty najkorzystniejszej albo unieważnienie postępowania w ściśle określonych przypadkach przewidzianych ustawy pzp;

- art. 92 ust. 3 pkt 2 ustawy pzp przez poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że:

(a) zamawiający nie był zobligowany do podania wyczerpującego i jednoznacznego uzasadnienia faktycznego i prawnego każdej z podstaw unieważnienia postępowania, podczas gdy obowiązek taki wynika z podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

(b) pominięciu przez Izbę okoliczności, że zasadnicza część argumentacji zamawiającego (dotycząca (...)) nie została zawarta w piśmie z 13 października 2015 r., lecz przedstawiona dopiero na rozprawie, przez co skarżący nie miał o nich wiedzy, nie mógł dokonać ich weryfikacji, a w konsekwencji ograniczone zostały jego uprawnienia w toku postępowania odwoławczego do skutecznego podważania twierdzeń zamawiającego, które stały się jedną z przesłanek oddalenia odwołania przez Izbę;

2) naruszenie przepisów postępowania, tj.:

- art. 190 ust. 7 ustawy pzp, art. 191 ust. 2 ustawy pzp, art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy pzp poprzez:

(a) dowolną i wybiórczą, a nie swobodną i wszechstronną ocenę dowodów prowadzącą do uznania, iż zamawiający udowodnił - zgodnie ze spoczywającym na nim ciężarem dowodu - że spełnione zostały kumulatywnie wszystkie przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, podczas gdy ocena prawidłowa, wszechstronna i kompletna nie pozwalała na wywiedzenie takiego wniosku, ponieważ (i) nie nastąpiła istotna

zmiana okoliczności, (ii) powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienie nie leży w interesie publicznym, (iii) czego nie można było przewidzieć, ponieważ przytoczone przez zamawiającego okoliczności nie mieszczą się w dyspozycji tego przepisu;

(b) dowolną i wybiórczą, a nie swobodną i wszechstronną ocenę dowodów prowadzącą do uznania, iż zamawiający udowodnił - zgodnie ze spoczywającym na nim ciężarem dowodu - że spełnione zostały kumulatywnie wszystkie przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, podczas gdy ocena prawidłowa, wszechstronna i kompletna nie pozwala na wywiedzenie takiego wniosku, ponieważ przytoczone przez zamawiającego okoliczności nie mieszczą się w dyspozycji tego przepisu;

(c) bezpodstawne przyjęcie w procesie wyrokowania, że pomimo iż przesłanki dla dokonania czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp zostały już w niniejszym postępowaniu prawomocnie rozstrzygnięte wyrokiem KIO z 21 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 686/15, w którym KIO nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania dokonanej przez zamawiającego z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, a przedmiotowy wyrok KIO nie został zaskarżony przez zamawiającego, co skutkowało jego uprawomocnieniem, możliwe i prawnie dopuszczalne jest prowadzenie postępowania dowodowego i wydanie kolejnego wyroku w tym samym zakresie (res iudicata);

(d) wydanie w tych samych okolicznościach sprawy dwóch wzajemnie sprzecznych wyroków w zakresie przesłanki unieważnienia postępowania określonej w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, skutkujące faktycznym uchYLENIEM wyroku KIO z 21 kwietnia 2015 r.

(e) brak należytego i wszechstronnego odniesienia się w uzasadnieniu wyroku do wszystkich okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, w szczególności brak wyczerpującej i całościowej analizy spełnienia wszystkich przesłanek unieważnienia postępowania dla obu wskazanych podstaw prawnych;

(f) błędne uznanie, że, wykonując wyrok KIO z 21 kwietnia 2015 r. w sprawie oznaczonej sygnaturą akt KIO 686/15 uwzględniający odwołanie i nakazujący unieważnienie unieważnienia postępowania, zamawiający, nie mając podstaw do unieważnienia postępowania, mógł poprzestać na unieważnieniu unieważnienia postępowania i nie podejmować żadnych czynności w postępowaniu przez okres kolejnych 6 miesięcy, pomimo że nie zachodziła żadna podstawa unieważnienia postępowania, oferta skarżącego mieściła się w budżecie, była ważne złożona, skarżący nie podlegał wykluczeniu z postępowania, tj. że zamawiający był uprawniony do „zawieszenia” i nierozstrzygnięcia postępowania przez dowolny okres i całkowite pominięcie oceny celu takich zaniechań zamawiającego, podczas gdy zgodnie z definicją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określoną w art. 2 pkt 7a ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, a wynikiem postępowania może być tylko albo wybór oferty najkorzystniejszej albo unieważnienie postępowania w ściśle określonych przypadkach przewidzianych pzp, a zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego miało na celu obejście przepisów ustawy pzp oraz wywołanie okoliczności, jakie stały się następnie podstawą do podjęcia czynności unieważnienia postępowania z 13 października 2015 r.;

(g) przyjęcie i uznanie za miarodajny i wiarygodny materiał dowodowy potwierdzający stanowisko zamawiającego dokumentów, z których nie wynikają wnioski wywodzone przez zamawiającego, w szczególności, że infrastruktura GSM-R jest infrastrukturą dedykowaną realizacji (...);

(h) przyjęcie i uznanie za miarodajny i wiarygodny materiał dowodowy potwierdzający stanowisko zamawiającego oświadczeń podmiotów prowadzących działalność konkurencyjną wobec skarżącego, które nie wzięły udziału w postępowaniu, a obecnie mogą być zainteresowane udziałem w nowym postępowaniu dotyczącym usługi (...);

- art. 196 ust. 4 ustawy pzp poprzez sporządzenie uzasadnienia skarżonego wyroku w sposób lakoniczny, w tym nie odniesienie się w treści uzasadnienia do kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek unieważnienia postępowania warunkujących zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy pzp, nie odniesienie się do stanowiska i argumentacji skarżącego, niewskazanie w uzasadnieniu skarżonego wyroku podstawy faktycznej rozstrzygnięcia,

w tym faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej,

- art. 192 ust. 2 ustawy pzp poprzez oddalenie odwołania pomimo że skarżący wykazał, że czynności zamawiającego stanowiły naruszenie przepisów pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia;

- naruszenie art. 365 § 1 k.p.c. art. 366 k.p.c., art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c. i art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c. w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy pzp poprzez ich niezastosowanie i wydanie wyroku w zakresie, który został już prawomocnie rozstrzygnięty w wyroku KIO sygn. akt KIO 686/15.

Wobec powyższego skarżący wniósł o uwzględnienie skargi w całości, zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie, co do istoty sprawy poprzez uwzględnienie odwołania wniesionego przez skarżącego w całości, w tym nakazanie unieważnienia postępowania oraz nakazanie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Nadto wniósł o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania i obciążenie zamawiającego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i Sądem Okręgowym oraz zasądzenie kosztów postępowania na rzecz skarżącego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Dodatkowo wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy Krajowej Izby Odwoławczej oznaczonej sygnaturą sygn. akt KIO 2304/15 oraz w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie, na okoliczność ich treści a także na okoliczności stanu faktycznego podniesionego w treści uzasadnienia niniejszej skargi.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga podlegała oddaleniu.

Sąd Okręgowy uznał, że Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest prawidłowe, a zarzuty skargi są bezzasadne. Sąd Okręgowy podzielił ustalenia i rozważania Krajowej Izby Odwoławczej i przyjął je za własne.

W pierwszej kolejności odnieść należy się do zarzutów naruszenia art. 365 § 1 k.p.c. art. 366 k.p.c., art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c. i art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c. w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy pzp, jako najdalej idących, odnoszących się do kwestii powagi rzeczy osądzonej. Skarżący zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie wiążącej mocy orzeczenia KIO z dnia 21 kwietnia 2015 roku. Wskazać należy, że na podstawie art. 185 ust. 7 ustawy pzp do postępowania odwoławczego stosuje się przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym, jednakże brak jest w przedmiotowym stanie faktycznym podstaw do zastosowania art. 1206 § 1 pkt 6 k.p.c. i art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c., owe przepisy odnoszą się bowiem do skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego, zatem nawet przy odpowiednim stosowaniu brak jest analogii do postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Brak jest również podstaw do zastosowania art. 365 § 1 k.p.c. art. 366 k.p.c., w postępowaniu odwoławczym w zakresie zamówień publicznych. Słusznie podnosił zamawiający, powołując się na utrwalony w tym zakresie pogląd doktryny i judykatury, że na gruncie art. 365 § 1 k.p.c. przyjmuje się, że moc wiążąca wyroku dotyczy związania sentencją a nie uzasadnieniem wyroku innego sądu, czyli przesłankami faktyczno – prawnymi przyjętymi za jego podstawę, zakresem prawomocności materialnej jest objęty ostateczny wynik rozstrzygnięcia, a nie jego przesłanki chyba, że stanowią one konieczne uzupełnienie rozstrzygnięcia i są konieczne dla wyjaśnienia jego zakresu.

Stosownie do treści art. 189 ust. 2 pkt 4 pzp odwołujący nie może dwukrotnie w jednym postępowaniu wnieść odwołania, powołując się na te same okoliczności faktyczne. Rozstrzygnięcie odwołania opartego na określonych okolicznościach faktycznych powoduje stan powagi rzeczy osądzonej;

Wskazać należy, że zaistnienie powagi rzeczy osądzonej na skutek istnienia w obrocie prawnym orzeczenia KIO z 21 kwietnia 2015 roku, obligowało Izbę do obligatoryjnego odrzucenia odwołania z uwagi na wystąpienie przesłanki negatywnej uniemożliwiającej orzekanie w sprawie, co nie miało miejsca. Wskazać dalej należy, iż nie można w przedmiotowej sprawie mówić o zaistnieniu res iudicata, bowiem nie występuje w niniejszym stanie faktycznym tożsamość przedmiotowa rozstrzygnięć. Pierwszy wyrok KIO wydany 21 kwietnia 2015 r. opierał się o zaistniały stan faktyczny do tej daty i dotyczył unieważnienia postępowania na podstawie decyzji z 17 marca 2015 r., co więcej przedmiotowy wyrok został wykonany przez zamawiającego i unieważniono unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne. Aktualnie sprawa dotyczy innej czynności zamawiającego z 13 października 2015 r., natomiast stan faktyczny stojący u podstawy ów decyzji jest nieco odmienny. Wprawdzie zamawiający powołał się na podobne podstawy uzasadniające unieważnienie postępowania, niemniej jednak w ocenie Sądu Okręgowego, nie ma wątpliwości, iż unieważnienie zapadłe 13 października 2015 r. było uzasadnione w aspekcie powołanych przesłanek, co zostanie szerzej omówione w dalszej części uzasadnienia. Nie można zatem mówić o istnieniu dwóch sprzecznych ze sobą wyroków Krajowej Izby Odwoławczej w tej samej sprawie. Każdy z wyroków dotyczy bowiem innej czynności zamawiającego i oparty jest na innych okolicznościach faktycznych.

Nie zasługuje na uwzględnienie główny zarzut skargi naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. Na mocy powołanego przepisu może dojść do zakończenia postępowania o zamówienie publiczne poprzez jego unieważnienie w sytuacji gdy, wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Przy czym podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, że dla uzasadnienia unieważnienia postępowania, które niewątpliwie winno być zdarzeniem wyjątkowym, konieczne jest, aby zmiana faktycznie wystąpiła, a nadto, iż jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. W ocenie Sądu Okręgowego zamawiający, wyjaśnił i wykazał zaistnienie przedmiotowej podstawy. W pierwszej kolejności odnieść się należy do definicji interesu publicznego, jest on pojęciem niedookreślonym, którego funkcja w stosowaniu prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego w możliwości reagowania na sytuacje faktyczne doniosłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych, prowadzącym do "elastycznego i słusznego rozstrzygnięcia spraw" (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2013 r., sygn. akt KIO 2006/13). Przy czym należy również pamiętać, że interes publiczny należy rozpatrywać poprzez potrzebę ogółu oraz cel dla którego zaspokojenia ma być realizowane zamówienie (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia r., sygn. akt KIO 601/11). Zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 12 marca 1997 roku, W 8/96, OTK 1997, nr 1, poz. 15, za interes publiczny należy uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej. W pierwszej kolejności wskazać należy, że zamawiający miał na celu zrealizowanie projektu (...) dla wykonania, którego zdecydował się prowadzić dwa odrębne postępowania o zamówienie publiczne. Pierwsze dotyczyło zrealizowania (...), natomiast drugie, będące przedmiotem niniejszego postępowania, dotyczyło zakupu usługi transmisji danych na potrzeby Systemu Dynamicznej (...) Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego. W ocenie Sądu Okręgowego za nietrafną i niekorzystną dla oferenta należy uznać decyzję zamawiającego o prowadzeniu dwóch odrębnych postępowań o zamówienie publiczne, gdyż jak wykazywał zamawiający obie usługi były ze sobą ściśle powiązane, w ten sposób, że usługa (...), miała służyć realizacji (...), a bez wykonania tej drugiej świadczenie usługi (...) było bezcelowe. Skarżący mógł przypuszczać, po przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie usługi (...), że jego oferta zostanie wyłoniona jako najkorzystniejsza i będzie realizował umowę w tym zakresie, bowiem był on jedynym wykonawcą, a oferta spełniała wymagane warunki. Niemniej jednak nie sposób na tej podstawie uwzględnić skargę i umożliwić mu wykonanie zamówienia, które w dacie podjęcia przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania oraz na obecnym etapie, byłoby przedmiotowe i niesłużące interesowi publicznemu, przeciwnie interes wykonawcy byłby zaspokojony, niemniej z narażeniem interesu podmiotu dysponującego środkami publicznymi których wydatkowanie byłoby zbędne i niecelowe. Realizacja spornej usługi w oderwaniu od wykonania projektu (...) w żaden sposób nie mogłaby służyć ogółowi - jako produkt bezprzedmiotowy z uwagi na brak infrastruktury, dla której sieć (...) miała stanowić medium transmisyjne. Wbrew zarzutom skarżącego unieważnienie przez zamawiającego postępowania o usługę (...) z 3 października 2015 r. było usprawiedliwione. Krajowa Izba Odwoławcza dokonała

prawkłowych ustaleń faktycznych i prawnych w tym zakresie, zasadnie uznając, iż zostały spełnione przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp, natomiast zarzuty i szeroka argumentacja skarżącego mają wymiar jedynie polemiczny. Doszło bowiem do istotnej zmiany okoliczności, bowiem zamawiający był zobowiązany do unieważnienia postępowania w zakresie realizacji (...). U podstaw ów decyzji legła przede wszystkim niemożliwość zrealizowania przedmiotowego systemu, gdyż złożone oferty przewyższały ustalony przez zamawiającego budżet, ale też pojawiły się nowe okoliczności faktyczne ujawnione na skutek przeprowadzenia tzw. dialogu technicznego, które niejako dodatkowo racjonalizowały podjętą przez zamawiającego decyzję. W konsekwencji okazało się, że nie jest możliwe wykonanie projektu w określonych pierwotnie terminach, jak również dla realizacji ów systemu wymagana jest zmiana strukturalna. Zamawiający nie był w stanie zrealizować projektu (...), w pierwotnie wskazanym budżecie, a upływy terminów uniemożliwiły skorzystanie ze środków unijnych na realizację usługi (...). W ocenie Sądu Okręgowego zasadnie Izba przyjęła, iż w zaistniałym stanie faktycznym doszło do istotnej zmiany okoliczności, która spowodowała, że realizacji usługi (...) była bezcelowa, co z całą pewnością nie leżało w interesie publicznym.

Wskazać należy, że w regulacji wynikającej z art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp nałożono na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w każdej sytuacji, w której prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Podkreśla się w literaturze przedmiotu, że z uwagi na cel owej regulacji, nawet jeżeli zamówienie stanie się niezgodne z owym interesem na skutek przyczyn leżących po stronie zamawiającego, to nie ma podstaw do wyłączenia możliwości unieważnienia postępowania. Niezależnie od powyższego zmiana okoliczności wbrew twierdzeniom skarżącego była niezależna od zamawiającego. Choć to zamawiający jest gospodarzem postępowania o zamówienie publiczne i on decyduje w dużej mierze o jego kształcie, w tym przypadku nie był w stanie przewidzieć jego przebiegu. Jak wskazał zamawiający w piśmie z 2 lutego 2016 r. zakończenie postępowania poprzez jego unieważnienie z uwagi na niewystarczający budżet na realizację zamówienia jest niezmiernie rzadkie i stanowiło 1 % wszystkich postępowań prowadzonych w 2015 r. W konsekwencji trudno przyznać, aby zamawiający mógł przewidzieć, że będzie zobowiązany do unieważnienia postępowania, gdyby bowiem wiedział, jaka będzie ostateczna cena wykonania projektu, to nie decydowałby się na rozpoczęcie postępowania wiedząc, iż nie posiada na ów cel wystarczających środków finansowych. Nadto realizacja projektu (...) jest skomplikowaną technologią, zamawiający nie mógł przewidzieć wyników dialogu technicznego. Z drugiej jednak strony skarżący również jest profesjonalistą i niejednokrotnie bierze udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w przedmiotowym przypadku miał świadomość, iż przedmiot zamówienia jest ściśle sprzężony z innym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Jako zatem specjalista w przedmiotowej dziedzinie mógł przypuszczać, że w przypadku niepowodzenia w zakresie projektu (...) usługa (...) będzie bezprzedmiotowa, biorąc pod uwagę fakt prowadzenia przez zamawiającego dwóch odrębnych przetargów, odnoszących się w istocie rzeczy do jednego systemu.

Nie można również stracić z pola widzenia okoliczności, iż korzystanie z usługi (...) przy (...) miało mieć charakter tymczasowy i docelowo miało zostać zastąpione przez infrastrukturę GSM-R. W efekcie upływu terminów, braku możliwości wykonania projektu (...) oraz braku możliwości skorzystania ze środków unijnych na realizację usługi (...) nieracjonalne byłoby jej wykonanie, w sytuacji braku możliwości rzeczywistego korzystania z niej, z uwagi na brak infrastruktury pozwalającej na jej obsługę, z uwzględnieniem konieczności zainwestowania znacznych środków finansowych ze środków publicznych. Wskazać bowiem należy, iż rozumienie interesu publicznego winno również odbywać się z uwzględnieniem zasad gospodarowania środkami publicznymi. Z jednej strony interes publiczny wskazuje na konieczność dbania o dobro ogółu i zaspokajanie potrzeb określonych społeczności z drugiej jednak strony nie może to odbywać się w oderwaniu od gospodarowania środkami publicznymi. Uwypuklić bowiem należy, że prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz wykonywanie umów w sprawie zamówienia publicznego nie stanowią celu samego w sobie, który może być postrzegany w oderwaniu od szerszego kontekstu. Zamawiający udzielając zamówień gospodarują, co do zasady środkami publicznymi, służącymi zaspokojeniu potrzeb szerszej zbiorowości, następuje to jednak w ramach realizacji budżetu. Skarżący zdaje się bowiem pomijać fakt, że realizacja usługi (...) nie pozwoliłaby na korzystanie ze świadczonych przez niego usług, zamawiający nie posiada bowiem wystarczającej infrastruktury pozwalającej na odbiór przesyłu danych, świadczonych przez skarżącego. W konsekwencji realizacja umowy przyczyniłaby się do wypełnienia jednostkowego interesu skarżącego, jaką jest realizacja umowy, a z drugiej strony stałaby w sprzeczności z interesem publicznym, bowiem objawiłaby się

koniecznością wydatkowania środków publicznych na cele, które de facto nie mogą być realizowane. Skarżący nie wykazał bowiem, że zamawiający dysponuje ewentualnie inną infrastrukturą, która umożliwiłaby obsługę sieci (...), pomimo niezrealizowania projektu (...). Wbrew twierdzeniom skarżącego, zamawiający nie pozostawał w bezczynności do upływu terminów wykonania umowy na świadczenie usługi (...), w tym czasie oczywistym stało się, iż wykonywanie usługi będzie bezcelowe z uwagi na powyższe okoliczności mianowicie doszło do unieważnienia postępowania w zakresie projektu (...).

Odnosząc się do natomiast do zarzutu naruszenia art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy pzp zgodzić należy się z twierdzeniem Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie braku wpływu ewentualnej zasadności owego zarzutu na rozstrzygnięcie, z uwagi na zasadność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy pzp. Na marginesie należy jednak nadmienić, że konstrukcja umowy oraz przebieg postępowania uniemożliwiały zmianę zapisów dotyczących terminów jej realizacji. Niemożliwe byłoby bowiem dokonanie zmian po jej zawarciu, doprowadziło by to do naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy pzp. Zmiana terminu stanowiłaby istotną zmianę postanowień umowy w stosunku do treści oferty, która nie została przewidziana w ogłoszeniu ani w SIWZ. Tak zmieniona umowa na podstawie art. 144 ust 2 ustawy pzp podlegałaby unieważnieniu. Dokonanie zmian przed zawarciem umowy również nie byłoby możliwe z uwagi na zmianę treści oferty i wykroczenie poza zakres SIWZ i również konieczność unieważnienia umowy. W efekcie wskazać należy, że w określonym przypadku zawarcie umowy z jednoczesną zmianą terminów byłoby niedopuszczalne z uwagi na fakt unieważnienia umowy z mocy prawa na skutek dokonania ów zmiany. Podkreślić przy tym należy, że przyczyną tego stanu rzeczy jest przede wszystkim okoliczność, iż oczekiwanie zamawiającego na podjęcie odpowiednich czynności w okresie od kwietnia do października 2015 r. było uzasadnione toczącym się dialogiem technicznym i próbą doprowadzenia do realizacji projektu (...), a nie jak twierdzi skarżący nieuzasadnioną zwłoką nakierowaną na upływ terminów umownych.

Podnieść również należy, że na mocy wyroku z 21 kwietnia 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu unieważnić czynność unieważnienia postępowania, co na marginesie zostało wykonane przez zamawiającego, nie jest jednak uzasadnione twierdzenie, że Izba nakazała zamawiającemu wybranie oferty najkorzystniejszej w tym przypadku oferty skarżącego. Wprawdzie w aspekcie możliwości jedynie dwójakiego zakończenia postępowania o zamówienie tj.: wybory oferty lub unieważnienia postępowania można konkludować, że zamawiający winien dokonać wyboru oferty. Niemnie jednak po pierwsze z teje zasady nie można wywodzić, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku nakazała zamawiającemu dokonania wyboru oferty, bowiem brak jest podstawy prawnej do wydania rozstrzygnięcia o takiej treści. Po drugie zamawiający unieważnił unieważnienie postępowania i podejmował czynności, które miały na celu sprawdzenie celowości wyboru oferty najkorzystniejszej. Z całokształtu okoliczności faktycznych wynika bowiem, że zachowanie zamawiającego było racjonalne i jako profesjonalista zarządzający środkami publicznymi kierował się zasadą gospodarności i celowości, jednocześnie nie naruszając zasad wynikających z prawa zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust 3 pkt 2 ustawy pzp, wskazać należy iż, również ten zarzut nie jest trafny, z uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej nie sposób wywieść, aby uznała ona, że zamawiający nie był zobligowany do podania wyczerpującego uzasadnienia. Oczywistym jest bowiem, że na mocy powołanego przepisu zamawiający obowiązany jest do podania szczegółowo i jednoznacznie przyczyn unieważnienia postępowania. W ocenie Sądu Okręgowego zamawiający sprostał temu obowiązkowi. Z uzasadnienia decyzji wynika bowiem, iż doszło do istotnej zmiany okoliczności i realizacja usługi (...) jest bezcelowa i nie może być wykonywana przez zamawiającego, czego ten nie mógł wcześniej przewidzieć. Wprawdzie rację ma skarżący, że zamawiający nie powołał w uzasadnieniu aspektu (...). Niemniej jednak należy wskazać, że powołanie argumentacji w zakresie braku realizacji projektu (...) wydają się być wystarczająca dla oceny wystąpienia przesłanki unieważnienia określonej w art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy pzp. w niniejszej sprawie.

Nie zasługują na uwzględnienie również zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego. Wskazać bowiem należy, że Izba prawidłowo zebrała i oceniła w sprawie materiał dowodowy, wyciągając na jego podstawie logiczne i trafne wnioski. Podniesione w tym zakresie zarzuty są natomiast tożsame z zarzutami naruszenia prawa materialnego i niejako stanowią ich powtórzenie.

W konsekwencji powyższych rozważań wskazać należy, że zamawiający był zobowiązany do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup usług transmisji danych sieci (...) na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej (...) Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego” z uwagi na wystąpienie przesłanki określonej w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy pzp Sąd Okręgowy oddalił skargę, jako bezzasadną.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust.5 pzp, zgodnie z wynikiem postępowania wywołanego skargą.

SSO Alicja Dziekańska SSO Renata Puchalska SSO Paweł Kieta