

Sygn. akt: KIO/KD 9/24

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

Warszawa, dnia 4 czerwca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący:   Marek Bienias  
                          Anna Chudzik  
                          Anna Wojciechowska**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 15 maja 2024 r. (wpływ w dniu 16 maja 2024 r.) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez: Gmina Rychliki, Rychliki 86, 14-411 Rychliki od wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 kwietnia 2024 r. (znak: KND/146/23/DKZP), w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: Dowóz uczniów do Szkoły Podstawowej im. J. Korczaka z oddziałami przedszkolnymi w Rychlikach (nr postępowania: 2710.6.2023) (nr postępowania: 5/ZP/2023)

wyraża opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Przedmiotem zamówienia była realizacja usług przewozowych na podstawie biletów miesięcznych dla dzieci i młodzieży (dalej „uczniów” lub „dzieci”) dojeżdżających do Szkoły Podstawowej im. J. Korczaka z oddziałami przedszkolnymi w Rychlikach (dalej „SP”) w okresie od 01.09.2023 r. do 31.12.2023 r. w ramach przewozów regularnych na liniach komunikacyjnych obejmujących miejscowości, z których dojeżdżają uczniowie do szkoły wraz z opieką na czas dowozu, zgodnie z ppkt 1 rozdz. IV Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 11 sierpnia 2023 r. pod nr 2023/BZP 000350864, przy czym termin składania ofert upłynął w dniu 21 sierpnia 2023 r. godz. 10:00.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 21 sierpnia 2023 r. w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły do Zamawiającego oferty następujących wykonawców:

1. Usługi Transportowe K.K. Sp. z o.o., cena oferty: 134 784,00 zł brutto;
2. Transport Osobowy S.M.S., cena oferty: 261 792,00 zł brutto;
3. Olsztyński Bus Sp. z o.o., cena oferty: 134 784,00 zł brutto;
4. Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o., cena oferty: 126 221,76 zł brutto.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2023 r. Zamawiający odrzucił oferty następujących wykonawców: Usługi Transportowe K.K. Sp. z o.o.; Olsztyński Bus Sp. z o.o.; Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, wskazując, iż: *„Zamawiający wymagał realizacji usług na podstawie biletów miesięcznych w ramach przewozów regularnych na liniach komunikacyjnych obejmujących miejscowości, z których dojeżdżają uczniowie do szkoły. Do realizacji takich przewozów niezbędne jest posiadanie zezwolenia na wykonywanie regularnych przewozów na liniach komunikacyjnych obejmujących miejscowości, z których dojeżdżają uczniowie. Wykonawca takiego zezwolenia nie posiada”.*

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert z dnia 25 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez Transport Osobowy S.M.S. z ceną brutto oferty: 261 792,00 zł.

Następnie pismem z dnia 1 września 2023 r. Zamawiający został poinformowany o tym, że wykonawca Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie na odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP jako niezgodnego z warunkami

zamówienia (brak zezwolenia na wykonywanie transportu regularnego na liniach obejmujących wskazane miejscowości).

W dniu 13 września 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze (sygn. akt: KIO 2560/23), ponieważ Zamawiający pismem z dnia 7 września 2023 r. poinformował Krajową Izbę Odwoławczą o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych przez Odwołującego. Na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie została wniesiona skarga.

W związku z powyższym, pismem z dnia 27 września 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność odrzucenia ofert, wskazując, iż: *„w postępowaniu po przeprowadzeniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia ofert, do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone przez Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o., którego oferta została odrzucona w toku postępowania (odrzucono również oferty Usługi Transportowe K.K. Sp. z o.o., Olsztyński Bus Sp. z o.o.). Zarzucono, że oferta została odrzucona ze względu na brak zezwolenia na wykonywanie regularnych usług transportu zbiorowego, czego Zamawiający nie wymagał w SWZ. Zamawiający uwzględnił odwołanie wniesione przez Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o., żaden z wykonawców nie wniósł sprzeciwu, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 13.09.2023 r. wydała postanowienie o umorzeniu postępowania (wpływ do Zamawiającego w dniu 25.09.2023 r.). Zgodnie z uznanym w odwołaniu żądaniem Zamawiający w dniu 27.09.2023 r. unieważnił zaskarżone czynności, tj. wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniem ofert trzech ww. wykonawców”*.

Następnie pismem z dnia 3 października 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy PZP. Ogłoszenie o wyniku postępowania zostało opublikowane w BZP w dniu 3 października 2023 r. pod nr 2023/BZP 00071312/02/P.

Izba zważy, że kontrola przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia została wszczęta na wniosek z dnia 23 października 2023 r. (wpływ do Urzędu w dniu 2 listopada 2023 r.).

Pismem z dnia 16 listopada 2023 r. Zamawiający został poinformowany o wszczęciu postępowania wyjaśniającego w przedmiotowej sprawie, a ponadto zwrócono się do Zamawiającego o ustosunkowanie się do zarzutów Wnioskodawcy, jak również o przekazanie kopii następujących dokumentów:

1. protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2. specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami i odpowiedziami udzielanymi przez Zamawiającego w trybie art. 135 ustawy Pzp oraz jej modyfikacjami;
3. pytań oraz udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi do treści SWZ;
4. ogłoszenia o zamówieniu, kopii ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, jeżeli taka miała miejsce;
5. wskazanie wartości szacunkowej zamówienia, daty i sposobu, w jaki została ustalona oraz przekazanie kopii dokumentów stanowiących podstawę jej ustalenia;
6. wszelkiej korespondencji prowadzonej z wykonawcami w trakcie trwania przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli taka miała miejsce;
7. informacji z otwarcia ofert oraz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
8. przekazanie wszystkich wniesionych środków ochrony prawnej oraz ich rozstrzygnięć (w przypadku braku merytorycznego rozstrzygnięcia, proszono o ustosunkowanie się do zarzutów w nich zawartych) jeśli dotyczyły kwestii objętych ww. zarzutami;
9. przekazanie informacji czy przedmiotowe zamówienie było przedmiotem kontroli prowadzonej przez organ kontroli inny aniżeli Prezes Urzędu, a jeśli tak – poproszono o wskazanie nazwy organu kontroli, który kontroluje przedmiotowe zamówienie oraz sygnaturę zewnętrzną, pod którą kontrola jest prowadzona a w przypadku jej zakończenia – proszono o przekazanie kopii dokumentów zawierających wyniki tej kontroli;
10. oferty najkorzystniejszej;
11. informacji o unieważnieniu postępowania.

Pismem z dnia 29 listopada 2023 r. (wpływ do Urzędu w dniu 29 listopada 2023 r.) Zamawiający ustosunkował się do zarzutów wnioskodawcy oraz przekazał żądane dokumenty dot. postępowania o udzielenie zamówienia.

Następnie pismem z dnia 27 marca 2024 r. Zamawiający został poinformowany o dalszym prowadzeniu kontroli doraźnej w związku z uzasadnionym przypuszczeniem, że doszło do naruszenia przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz został poproszony o przekazanie kopii pełnej dokumentacji ww. postępowania, z wyjątkiem dokumentów przesłanych wraz z pismem z dnia 29 listopada 2023 r.

W piśmie z dnia 11 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował, iż nie posiada innych dokumentów dotyczących ww. postępowania.

Zakończenie kontroli nastąpiło Protokołem Kontroli Doraźnej (KND/146/23/DKZP), gdzie

oznaczono rodzaj zamówienia: usługa, przedmiot zamówienia: Dowóz uczniów do Szkoły Podstawowej im. J. Korczaka z oddziałami przedszkolnymi w Rychlikach (nr postępowania: 2710.6.2023) (nr postępowania: 5/ZP/2023), tryb postępowania: tryb podstawowy (na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp), wartość zamówienia: szacunkowa wartość zamówienia wynosi 300 000,00 zł, co stanowi równowartość 64 794,82 euro, rodzaj procedury: zamówienie klasyczne, wszczęcie postępowania: 11 sierpnia 2023 r., środki unijne: nie.

Jednocześnie w dniu 30 kwietnia 2024 r. Kontrolujący wydał Informację o wyniku kontroli doraźnej KND/146/23/DKZP. W jej pkt 2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku, stwierdza się:

**Po przeprowadzeniu niniejszej kontroli doraźnej na podstawie art. 607 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdza na podstawie art. 609 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp naruszenie przepisu art. 255 pkt 5 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo iż nie wystąpiła przesłanka wskazana w treści przepisu, tj. nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.**

W dniu 15.05.2024 r. (wpływ do Prezesa UZP: 16 maja 2024 r.) Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyników przeprowadzonej kontroli, wskazując, iż nie doszło do naruszeń przez Zamawiającego przepisów postępowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w zastrzeżeniach podniósł, że: „W przedmiotowej sprawie fakt wniesienia przez uczestnika odwołania, następnie czas trwania postępowania w przedmiocie jego rozpatrzenia i tak skrócony na skutek uznania odwołania przez Zamawiającego w pierwszej możliwej czynności, czas jaki był potrzebny na wydanie przez Krajową Izbę Odwoławczą postanowienia umarzającego postępowanie i jego doręczenie, spowodował zbytnie wydłużenie czasu postępowania, na które wpływu nie miał Zamawiający, a na pewno nie mógł przewidzieć tak długiego okresu trwania ww. procedur”.

Zamawiający podkreślił, że: „Upływ czasu uczynił natomiast dalsze procedowanie postępowania bezcelowym – wymagałoby to bowiem zmiany warunków zamówienia, ponieważ zamówienie nie mogłoby być realizowane od dnia 1 września 2023 r., ponieważ w momencie wydania postanowienia umarzającego postępowanie w sprawie odwołania upłynął już prawie okres miesięczny (...) Z kolei zmiana warunków zamówienia, ogłoszenie przetargu

i dalsze związane z tym czynności, trwałyby zbyt długo i przekroczyłyby czas trwania zamówienia, jakiego dotyczył przetarg (31 grudnia 2023 r.)”.

Zamawiający podkreślił również, iż „czas trwający od daty wniesienia pisma uznającego odwołanie do wydania postanowienia jego umarzającego, a następnie jego doręczenie spowodowało ziszczenie się przesłanki z art. 255 pkt 5 p.z.p. tj. na skutek upływu terminu związanego z tym czasem, prowadzenie postępowania było sprzeczne z interesem publicznym. Były to bowiem okoliczności – jak już wspomniano powyżej – całkowicie niezależne od Zamawiającego, na które nie miał w żaden sposób wpływu”.

Zamawiający wskazał, iż „nie był w stanie przewidzieć nie tylko faktu wniesienia odwołania przez uczestnika, ale przede wszystkim czasu trwania tego postępowania odwoławczego, zwłaszcza związane z wydaniem postanowienia umarzającego postępowanie w sytuacji gdy złożył pismo uznające odwołanie”.

Pismem z dnia 24 maja 2024 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje w pełni argumentację przedstawioną w Informacji o wyniku kontroli z dnia 30 kwietnia 2024 r. w zakresie naruszenia przepisu art. 255 pkt 5 ustawy PZP, przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ1.442.145.2023.KZ.

Wobec nieuwzględnienia wniesionych zastrzeżeń Prezes Urzędu – na podstawie art. 617 w zw. z art. 610 ust. 2 ustawy PZP – przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.

### **Krajowa Izba Odwoławcza**

#### **po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła i zważyła:**

Odnosząc się do treści zastrzeżeń Zamawiającego, w pierwszej kolejności podnieść należy, iż zgodnie z art. 255 pkt 5 ustawy PZP, 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.

Mając powyższe na uwadze Izba zważyła, że Zamawiający podejmując decyzję w przedmiocie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy PZP, zobowiązany jest do wykazania, że w dacie unieważnienia postępowania

wystąpiła na tyle istotna zmiana okoliczności, której zachowując należyłą staranność, nie mógł wcześniej przewidzieć. Tak zmieniona sytuacja jednocześnie musiała spowodować, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, a także Zamawiający jest obowiązany udowodnić, że zmiana ta była nieprzewidywalna w dacie wszczęcia postępowania.

W tym miejscu Izba wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 r. (sygn. akt: 1241/21), w którym Izba stwierdziła, iż: „Podstawą do unieważnienia przetargu na kanwie tej normy jest zatem konieczność zaistnienia zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania nie leży w interesie publicznym. Dochodzi do wystąpienia obiektywnej, trwałej zmiany stanu faktycznego – czego nie można było przewidzieć w chwili wszczęcia postępowania – w stopniu tak istotnym, że powoduje to, iż wykonanie zamówienia będzie niecelowe, lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Dotyczy to więc zdarzeń wyjątkowych i może znaleźć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy kontynuacja postępowania prowadzi do wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu. Dodatkowo, przedmiotowa zmiana okoliczności powinna być zmianą niezależną od zamawiającego, zmianą zewnętrzną, ponieważ przyjęcie przeciwnego założenia prowadzi do stanu, w którym strona udzielająca zamówienia ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jest niedopuszczalne na gruncie systemowej i teleologicznej wykładni reguł p.z.p. Istotą bowiem ustawowego uprawnienia do unieważnienia postępowania jest objęcie nim przede wszystkim sytuacji nadzwyczajnych, wyjątkowych – takich, które musi rozwiązać ustawodawca, bowiem zamawiający z samej natury rzeczy nie mógłby ich w żaden sposób uregulować, ponieważ nie mógł liczyć się z tym, że wystąpią.”

Mając powyższe na uwadze, istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego. Nie może być uznana za okoliczność nieprzewidywalną, taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający jako podstawę unieważnienia postępowania wskazał wniesienie odwołania przez jednego z potencjalnych wykonawców.

Zdaniem Izby Prezes Urzędu prawidłowo wywodzi, że twierdzenie, jakoby skorzystanie przez potencjalnego wykonawcę ze środka ochrony prawnej stanowić miało o wystąpieniu sytuacji wyjątkowej, nadzwyczajnej, a w efekcie do zastosowania omawianego przepisu, nie znajduje

odzwierciedlenia w zaistniałym stanie faktycznym.

Trzeba bowiem zauważyć, że Zamawiający jako podmiot profesjonalny i gospodarz postępowania, nie może powoływać się na fakt, iż nie był w stanie przewidzieć, iż potencjalny wykonawca może skorzystać ze środka odwoławczego w postaci odwołania, czy też czasu trwania postępowania odwoławczego, zwłaszcza biorąc pod uwagę art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP, zgodnie z którym odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz art. 544 ust. 1 ustawy PZP, w myśl którego, Izba rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby.

W związku z powyższym, Izba nie zgadza się z argumentacją Zamawiającego, że „nie był w stanie przewidzieć nie tylko faktu wniesienia odwołania przez uczestnika, ale przede wszystkim czasu trwania tego postępowania odwoławczego, zwłaszcza związane z wydaniem postanowienia umarzającego postępowanie, w sytuacji gdy złożył pismo uznające odwołanie”.

W tym miejscu należy zgodzić się z Prezesem Urzędu, że w niniejszym postępowaniu nie została spełniona przesłanka uprawniająca do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp dotycząca nieprzewidywalności wystąpienia istotnej zmiany okoliczności.

Należy bowiem wskazać, iż Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 11 sierpnia 2023 r. wskazując termin realizacji umowy od dnia 1 września 2023 r. Termin składania ofert został określony na dzień 21 sierpnia 2023 r. W ocenie Izby, Zamawiający nie uwzględnił wystarczającego czasu na ewentualne skorzystanie przez wykonawców z przysługującego im uprawnienia do wniesienia odwołania w czasie, w którym możliwe byłoby zawarcie umowy i rozpoczęcie jej realizacji od dnia 1 września 2023 r.

Nadto należy zwrócić uwagę, iż błąd Zamawiającego w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego był istotny i stanowił skutek własnych działań Zamawiającego. Tym samym, okolicznościami uzasadniającymi unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 (obecnie art. 255 pkt 5 ustawy PZP) nie mogą być sytuacje, które są następstwem błędnych decyzji podjętych przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania lub w postępowaniu, a także niedbalstwa lub niezachowania wymaganej staranności w przygotowaniu lub prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. (tak M. KołECKI, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd.



IV, Warszawa 2019, art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., LEX).

Zdaniem Izby Prezes Urzędu prawidłowo wywodzi, że Zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien uwzględnić wszystkie czynności i procedury z tym związane, w tym również możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej.

W tym miejscu należy zgodzić się z Prezesem Urzędu, że wniesienie odwołania nie jest okolicznością nadzwyczajną i jest sytuacją z całą pewnością możliwą do przewidzenia.

Konkludując, Izba stwierdza, że uzasadniony jest wynik przedmiotowej Kontroli Doraźnej wskazującej na naruszenie art. 255 pkt 5 ustawy PZP poprzez dokonanie unieważnienia postępowania na podstawie, tego, iż jeden z potencjalnych wykonawców skorzystał ze środka ochrony prawnej w postaci wniesienia odwołania pomimo tego, iż nie wystąpiła przesłanka wskazana w treści przepisu, tj. nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Tym samym w ocenie Izby, zastrzeżenia Zamawiającego (Gmina Rychliki) nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący: .....

.....

.....