ADWOKAT sebastian pietrzyk
EKSPERT PZP

Hubert Wiśniewski
Radca prawny, Counsel w kancelarii GESSEL.

Sebastian Pietrzyk
Adwokat, ekspert prawa zamówień publicznych.

Zmiana władzy i wpływ na postępowania przetargowe i zawarte umowy

15 października 2023 roku nastąpiła wyczekiwana przez wiele środowisk zmiana władzy w naszym kraju. Jak powszechnie wiadomo, począwszy od objęcia rządów przez ekipę Premiera Donalda Tuska rozpoczęło się „wielkie sprzątanie" w różnych obszarach życia publicznego. Te najbardziej widoczne i spektakularne, jak np. zmiany w mediach publicznych, prokuraturze czy radach nadzorczych spółek Skarbu Państwa lub wątpliwości w zakresie projektów strategicznych jak CPK czy elektrownia atomowa, są szeroko komentowane tak przez polityków i publicystów, jak również przez prawników, a związane z nimi emocje od kilku tygodni rozgrzewają dyskusję publiczną.
W ocenie autorów, to „wielkie sprzątanie" niechybnie będzie skutkować również falą (większą lub mniejszą – nie sposób przewidzieć skali tego zjawiska) unieważniania czy to niezakończonych postepowań o udzielenie zamówień publicznych, czy też zawartych umów na realizacje zamówień publicznych, które to postępowania zostały zainicjowane przez poprzedników obecnie rządzących.

Ciężko dyskutować nad intencjami takich działań – czy wynikać będą z „politycznej zemsty", czy też w ten sposób aktualnie rządzący będą chcieli nie dopuścić do niecelowego wydatkowania środków publicznych w drodze takich zamówień. Każda z takich sytuacji będzie musiała być oceniania indywidulanie.

Jak wiemy, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może skończyć się dwojako – albo zawarciem ważnej umowy realizację o zamówienie publiczne, albo jego unieważnieniem. Oczywistym przy tym jest, że do unieważnienia postępowania powinno dochodzić jedynie wyjątkowo. Bowiem głównym celem każdego postępowania jest dążenie do udzielenia zamówienia wyłonionemu wykonawcy. Ustawa Prawo zamówień publicznych („**PZP**") reguluje kwestię unieważnienia postępowania i ogranicza możliwość jego „odwołania" – tak też w niniejszym artykule przypomnimy te regulacje.

Czy można unieważnić postepowanie o udzielenie zamówienia publicznego bez podania przyczyny?

PZP niezmiennie od wielu lat przewiduje zamknięty katalog przesłanek unieważnienia postępowania. Dzielą się one na przesłanki obligatoryjne (wskazane w art. 255 PZP) oraz przesłanki fakultatywne (określone w art. 256–258 oraz art. 310 PZP).

Zamknięcie katalogów obu rodzajów przesłanek unieważnienia postepowania oznacza, że zamawiający nie ma prawa kreować dodatkowych przesłanek w tym obszarze. W szczególności bezprawne byłoby wskazanie przez zamawiającego w dokumentacji postepowania, że przysługuje mu uprawnienie do dowolnego unieważnienia postępowania bez podania przyczyny. Nie bez znaczenia jest to, że zamawiający jest zobligowany wskazać przyczyny dokonania czynności unieważnienia postępowania. Z informacją taką, zamawiający musi bowiem dotrzeć do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji, podając uzasadnienie faktyczne i prawne podjętej przez siebie decyzji.

Obligatoryjne przesłanki unieważnienia postępowania

Oczywistym pozostaje to, że unieważnianie postepowań w oparciu o przesłanki obligatoryjne nie będzie budzić większych emocji, bowiem te funkcjonują w systemie prawa zamówień publicznych od dawna w nieznacznie zmieniającej się formie. Co więcej, ich zaistnienie i stosowanie na ich podstawie przepisów o unieważnieniu postepowań, niejako wyklucza „decyzyjność urzędników". Niemniej warto je przypomnieć.

Przesłanki obligatoryjne zostały wskazane w art. 255 PZP. W przypadku ich zaistnienia zamawiający musi podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania lub jego części (jeżeli przesłanki zachodzą jedynie w odniesieniu do części zamówienia). Oznacza to, że działanie zamawiającego powinno być pozbawione jakiejkolwiek uznaniowości. Wspomniany przepis przewiduje, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

- nie złożono żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo żadnej oferty;
- wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu;
- cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty;
- w przypadkach, o których mowa w art. 248 ust. 3, art. 249 i art. 250 ust. 2 PZP, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie lub koszcie;
- wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 263 PZP;
- w trybie zamówienia z wolnej ręki negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego

Unieważnienie z powodu braku zasadności jego dalszego prowadzenia

Budzącą najwięcej wątpliwości fakultatywną przesłanką unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozostaje ta uregulowana w art. 256 PZP.

Przepis ten wskazuje, że zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Nie ulega przy tym wątpliwości, że ciężar wykazania zmaterializowania się tej przesłanki leży po stronie zamawiającego.

Omawiany przepis znajdzie zastosowanie zwłaszcza w przypadkach określonych w art. 90 ust. 3 i art. 137 ust. 7 PZP. Dotyczą one sytuacji, w których odpowiednio zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu lub treści SWZ prowadziłaby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym (np. zmiany usługi na roboty budowlane), w szczególności do znacznej zmiany zakresu zamówienia (np. istotnego rozszerzenia lub zmniejszenia przedmiotu zamówienia).

Należy jednak podkreślić, że przepis ten nie jest „wytrychem do unieważniania postępowań", jak niekiedy chcieliby to rozumieć zamawiający. Tak też z jego stosowaniem należy postępować ostrożnie, a orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie jest w tym zakresie w pełni jednoznaczne. Przepis ten budzi wątpliwości, pojawiają się też próby jego nadużywania. Należy jednak przede wszystkim pamiętać, że możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie ograniczona jest terminami – może zostać podjęta do upływu terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert.

Samo twierdzenie zamawiającego, iż postepowanie wymaga „ulepszenia" nie powinno stanowić samoistnej przyczyny unieważnienia postępowania. W wyroku z 13 czerwca 2023 r., sygn. KIO 1543/23, Izba wskazała, że „sama okoliczność powodująca, że dokonanie zmian w SWZ czy też bardziej szczegółowe doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia (…) nie stanowi wystarczającej przesłanki do unieważnienia postępowania".

Podobne stanowisko, Izba wyraziła 5 września 2022 r., (sygn.: KIO 2132/22) w wyroku wydanym w sytuacji, w której zamawiający w zamian wprowadzenia zmian w dokumentach zamówienia, nakazanych mu uprzednio przed KIO unieważnił postępowanie na podstawie art. 256 PZP. Izba oceniając działania zamawiającego wzięła pod uwagę, że zamawiający potwierdził, iż „zamierza zrealizować przedmiotową inwestycję – co w ocenie Izby oznacza, że nadal jest zainteresowany pozyskaniem tego świadczenia. (…) Sama okoliczność powodująca, że wykonanie wyroku Izby wiąże się z koniecznością

zmiany projektu, przeprowadzenia dodatkowych/ponownych uzgodnień czy zawarcia aneksu do umowy zawartej w sprawie dofinansowania, w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy nie stanowi wystarczającej przesłanki do unieważnienia postępowania."

Unieważnienie w związku z nieprzyznaniem środków publicznych

Kolejna fakultatywna przesłanka unieważnienia postępowania określa sytuację, w której zamawiający nie pozyskał niezbędnych środków na planowane zamówienie. Bowiem w myśl art. 257 i art. 310 PZP, zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane. Niezbędnym wymogiem skorzystania z ww. przepisów jest jednak przewidzenie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do negocjacji, możliwości zastosowania tego mechanizmu unieważnienia postępowania. Wykonawcy muszą być świadomi ewentualnego braku środków na sfinansowanie zamówienia przed podjęciem przez nich decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu. Należy przy tym dodać, że nawet w przypadku nieprzyznania środków publicznych, zamawiający nie musi unieważniać postępowania, nawet jeżeli przewidział taką możliwość.

Co niezwykle istotne – unieważnienie w tym przypadku może więc nastąpić w każdym czasie, aż do momentu zakończenia postępowania. Niepewność wykonawców zakończy się zatem dopiero wraz z podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego lub unieważnienia postępowania.

Zaistnienie tej przesłanki wymaga udowodnienia przez zamawiającego. Będzie on mógł dokonać tej czynności w sytuacji, gdy otrzymał powiadomienie o negatywnej decyzji podmiotu przyznającego dofinansowanie. Podobnie unieważnienie będzie możliwe, jeżeli pomimo początkowo pozytywnej decyzji, ostatecznie zamawiającemu środki nie zostaną przyznane (np. w razie cofnięcia pierwotnej decyzji). Niewystarczające są jednak wyłącznie przypuszczenia zamawiającego, że dofinansowania takiego nie otrzyma. Powinien istnieć dowód potwierdzający nieprzyznanie dofinansowania tak, aby wykonawcy mogli zweryfikować zaistnienie przedmiotowej przesłanki unieważnienia.

Omawiana przesłanka unieważnienia ma istotne znaczenie w kontekście postępowań współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. W przypadku części projektów konieczne może bowiem być wszczęcie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w trakcie trwania procedury uzyskiwania dofinansowania projektu. W przeciwnym przypadku zamawiający może nie mieć szansy dotrzymania wymogów wynikających z harmonogramu realizacji projektu.

Unieważnienie w przypadku braku wymaganej liczby wniosków, ofert lub rozwiązań

Ostatnia z trzech przesłanek fakultatywnych została określona w art. 258 PZP. Dotyczy ona sytuacji, w której zainteresowanie wykonawców prowadzonym postępowaniem nie jest tak duże jak oczekiwano. W oparciu o przywołany przepis, zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, w przypadku braku osiągnięcia określonej liczby oferentów. Ograniczone jest to do postępowań prowadzonych w trybie przetargu

ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego.

Uzasadnienie unieważnienia przez zamawiającego

O dokonaniu czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający obowiązany jest zawiadomić równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji. Jednocześnie zamawiający jest zobligowany do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji, w zakresie wystarczającym dla oceny prawidłowości jej podjęcia. Należy podkreślić, że unieważnienie postępowania podlega wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia wystąpienia przesłanek i w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym. Nieprawidłowe będzie w szczególności przytoczenie w uzasadnieniu jedynie przepisów ustawy bez opisania zaistniałego stanu faktycznego. Warto dodać, że prawidłowe i rzetelne wskazanie podstawy prawnej i okoliczności faktycznych unieważnienia postępowania bezpośrednio wpływa na możliwość wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. Niewskazanie uzasadnienia, zwłaszcza w zakresie okoliczności faktycznych, może stanowić podstawę wniesienia skutecznego odwołania przez wykonawcę.

Skutki unieważnienia postępowania

Unieważnienie postępowania wyklucza możliwość zawarcia umowy na realizację danego zamówienia – kończy bowiem postępowanie. Należy przy tym zauważyć, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znosi to postępowanie od jego początku – wywołuje ono bowiem skutki *ex tunc*.

Na marginesie można dodać, że unieważnienie postępowania otwiera wykonawcom drogę do dochodzenia odszkodowania od zamawiającego. Zgodnie bowiem z art. 261 PZP, w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w tym postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

Czy przysługuje odwołanie do KIO na czynność unieważnienia postępowania?

W myśl art. 513 pkt 1 PZP, odwołanie przysługuje na każdą niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Taką czynnością będzie również unieważnienie postępowania, w związku z czym wykonawcom przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania w takim przypadku. Uprawnienie do wniesienia odwołania przysługuje przy tym niezależnie od wartości zamówienia.

O ile bezdyskusyjnym jest to, że wykonawcy mogą wnosić odwołanie wobec czynności unieważnienia, o tyle wątpliwości mogą dotyczyć sytuacji, w której unieważnienie postępowania powinno mieć miejsce, a jednak zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. Niewyłoniony wykonawca powinien bowiem liczyć na to, że w przypadku unieważnienia postępowania, zamawiający ogłosi nowe postępowanie. Jeżeli zatem odwołujący wykaże, że w wyniku odrzucenia wszystkich ofert, których następstwem będzie unieważnienie postępowania i wszczęcie ponownego postępowania na dane zamówienie, odwołujący będzie miał szanse na uzyskanie zamówienia, to okoliczność ta stanowi wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia (tak m. in. KIO w wyroku z dnia 23 marca 2021 r., sygn. akt KIO 649/21).

Trwające umowy o zamówienie publiczne

Zasadniczo umowy o zamówienie publiczne, które zostały zawarte pomiędzy zamawiającym a danym wykonawcą, zachowują swoją trwałość, w tym znaczeniu, że subiektywna ocena czy decyzja nowych władz, że umowa nie powinna być już kontynuowana – nie stanowi podstawy do zerwania wiążącego kontraktu publicznego.

W tym miejscu jednak warto zaznaczyć, że zgodnie z treścią przepisu art. 456 ust. 1 punkt 1) PZP Zamawiający może odstąpić od umowy o zamówienie publiczne w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o zaistnieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrozić podstawowemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu.

Prawo do odstąpienia na powyższej podstawie przysługuje wyłącznie zamawiającemu i jest dokonywana w formie jednostronnego oświadczenia. PZP nie określa przy tym, na jakim etapie realizacji umowy jest możliwe dokonanie odstąpienia, dlatego należy uznać, że jest ono jak najbardziej dopuszczalne również w fazie końcowej, niezależnie od terminu, na jaki została zawarta taka umowa. Z punktu widzenia wykonawcy takie odstąpienie jest oczywiście zjawiskiem niepożądanym i niezwykle ryzykownym, dlatego przesłanka z art. 456 ust. 1 punkt 1) PZP powinna być interpretowana ściśle.

Powyższy przepis uzależnił możliwość skorzystania przez zamawiającego z prawa do odstąpienia od umowy od wystąpienia **istotnej zmiany okoliczności**. Nie każda zatem zmiana okoliczności – a już z pewnością nie zmiana wynikająca ze zmiany rządów – uzasadnia możliwość odstąpienia przez zamawiającego od umowy. Musi być to okoliczność istotna, przy czym ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „istotna zmiana okoliczności". „Istotna zmiana okoliczności" wskazana w art. 456 ust. 1 pkt 1 PZP jest wprawdzie zdarzeniem o mniejszym stopniu intensywności niż „nadzwyczajna zmiana stosunków" wymieniona w art. 357(1) kodeksu cywilnego, tym niemniej sformułowanie „istotna" wskazuje na zmianę znaczącą, a jednocześnie będącą następstwem zdarzeń występujących bardzo rzadko, niezwykłych, w każdym razie nieobjętą zwykłym ryzykiem kontraktowym, z którym powinni się liczyć kontrahenci (wyr. SA w Warszawie z 7.7.2011 r., ACa 13/11). „Zmiana okoliczności musi prowadzić do stanu, w którym wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. W najbardziej ogólnym ujęciu przyjąć należy, iż chodzi o bezcelowość realizacji zamówienia dla interesu publicznego, którego realizację winien zapewniać zamawiający jako podmiot realizujący zadania publiczne, wynikające z przepisów prawa" (wyr. SA w Warszawie z 7.7.2011 r., ACa 13/11).

Ramy tego artykułu nie pozwalają odnieść powyższej konstatacji wyroku Sądu Apelacyjnego do wszystkich aktualnie przypadków, ale tak jak zaznaczyliśmy na wstępie artykułu – należy się zapewne spodziewać, że zamawiający będą analizowali tą przesłankę w stosunku do najbardziej nośnych medialnie inwestycji w Polsce, w tym CPK. ■