



GMINA MICHAŁOWICE

Reguły, ul. Aleja Powstańców Warszawy 1
05-816 Michałowice

tel. 22 350 91 91
www.michalowice.pl

fax 22 350 91 01
e-mail: sekretariat@michalowice.pl

ZP.271.2.13.1.2020

Reguły, dnia 31 marca 2020 r.

ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

1.	Pełna nazwa i adres Zamawiającego: Gmina Michałowice ul. Aleja Powstańców Warszawy 1 Reguły, 05-816 Michałowice telefon: 22 350 91 91
2.	Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Uruchomienie i zarządzanie systemem bezobsługowym wypożyczalni sprzętu turystycznego w gminie Michałowice - Rower Gminny” Numer ogłoszenia BZP: 520888-N-2020 z dnia 2020-03-06 r. ze zm.; Numer sprawy: ZP.271.2.13.2020
3.	Nie dopuszczono składania ofert częściowych i wariantowych.
4.	Dane o ofertach: Nie dotyczy.
5.	Postępowanie unieważniono przed terminem składania ofert, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) (Pzp) - wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Uzasadnienie faktyczne i prawne rozstrzygnięcia

Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie ponieważ wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że zarówno wykonanie zamówienia jak i prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Treść art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp wskazuje, że postępowanie należy unieważnić, gdy spełnione zostaną łącznie trzy warunki: (i) zmiana okoliczności musi być istotna, (ii) wykonanie zamówienia lub prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, (iii) okoliczności tej nie można było wcześniej przewidzieć.

Zgodnie z wykładnią m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 7.07.2011 r., sygn. akt I ACa 13/11 (niepubl.) Sąd ten uznał, że "istotna zmiana okoliczności" - jest wprawdzie zdarzeniem o mniejszym stopniu intensywności niż "nadzwyczajna zmiana stosunków" wymieniona w art. 357¹ ustawy z 23.04.1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145) (kc), tym niemniej sformułowanie "istotna" wskazuje na zmianę znaczącą, a jednocześnie będącą następstwem zdarzeń występujących bardzo rzadko, niezwykle. Zmiana okoliczności musi już wystąpić w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu. Nie wystarcza więc

samo zagrożenie taką zmianą, konieczne jest aby unieważnienie postępowania było reakcją na zdarzenie, które już zaszło (Sąd Okręgowy w G. w wyroku z 11.04.2008 r., sygn. akt X Ga 45/2008). Zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w obecnym postępowaniu, które zostało wszczęte w dniu 06.03.2020 r. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu i zarządzaniu systemem bezobsługowym wypożyczalni sprzętu turystycznego w gminie Michałowice pn. „Rower Gminny”.

W dniu 11.03.2020 r. Światowa Organizacja Zdrowia (WHO) ogłosiła stan pandemii COVID-19 – choroby wywołanej koronawirusem SARS-CoV-2. W Polsce wprowadzono szereg regulacji prawnych na poziomie krajowym zawierających rozwiązania związane z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, na mocy której wprowadzono szczególne przepisy wspierające walkę z epidemią i jej skutkami.

W dniu 13.03.2020 r. weszło w życie rozporządzenie Ministra Zdrowia z 13.03.2020 r. w sprawie ogłoszenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 433) wprowadzające w okresie od dnia 14 marca 2020 r. do odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stan zagrożenia epidemicznego w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2. Na podstawie tego rozporządzenia wprowadzono zakaz działalności związanej ze sportem, rozrywkowej i rekreacyjnej (ujętej w Polskiej Klasyfikacji Działalności w dziale 93.0) (PKD). Dział 93 PKD to - Działalność sportowa, rozrywkowa i rekreacyjna, który w szczególności zawiera podklasę 93.29.Z. Podklasa ta obejmuje pozostałą działalność rozrywkową i rekreacyjną, gdzie indziej niesklasyfikowaną taką jak m.in.: **transport rekreacyjny, wypożyczanie sprzętu rekreacyjnego** stanowiącego integralną część obiektu rekreacyjnego, działalność plaż, włączając wynajmowanie przebieralni, szafek na ubrania, **wypożyczanie leżaków itd.** Mając na względzie celowościowe podejście do wydanego przepisu należy uznać, że wprowadzone zmiany prowadzą do radykalnego ograniczenia, wręcz zakazu działalności mogącej sprzyjać rozwojowi epidemii wirusa SARS-CoV-2. Do działalności takiej nie sposób nie zaliczyć samoobsługowego wynajmu sprzętu turystycznego (rowerów), która to jest istotą przedmiotu zamówienia.

Przywołany powyżej akt został uchylony z dniem 20.03.2020 r. w drodze rozporządzenia Ministra Zdrowia z 20.03.2020 r. w sprawie odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 490). Tego samego dnia Minister Zdrowia wydał jednak rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U. z 2020 r. poz. 491). Aktem tym podtrzymano **zakaz działalności rekreacyjnej do odwołania.**

Dodatkowo na podstawie § 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 24 marca 2020 r. (Dz.U.2020.522) zmieniającego przywołane powyżej rozporządzenie z dniem 24 marca 2020 r. dodano § 3a wprowadzający zakaz przemieszczania się na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej osób przebywających na tym obszarze, z wyjątkiem nielicznych sytuacji. Należy zauważyć, że Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 24 marca 2020 r. jest historycznym aktem z punktu widzenia polskiej legislacji, ponieważ po raz pierwszy od momentu transformacji ustrojowej wprowadzono w Polsce zakaz przemieszczenia się po terytorium kraju i ustanowiono od niego jedynie nieliczne wyjątki.

Wprowadzone w ten sposób zmiany prawa jednoznacznie wskazują, że doszło do istotnej zmiany okoliczności.

Przechodząc do badania istnienia drugiej z przesłanek należy przeprowadzić analizę czy wykonanie zamówienia lub prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

Pojęcie interesu publicznego to pojęcie, które w doktrynie prawniczej najczęściej jest opisywane jako pojęcie wieloznaczne, niejednolite oraz niemające stałej czy też ujednoliconej literalnej definicji. Analizując jednak praktyczny aspekt zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp., można dojść do wniosku, że owe pojęcie należy utożsamiać z interesem narodowym, społecznym, państwowym, prawnym, politycznym czy po prostu dobrem wspólnym.

Przedmiotem zamówienia jest usługa turystycznego bezobsługowego wynajmu rowerów o charakterze powszechnym skierowana jednak, ze względu na zastosowane taryfy, głównie do mieszkańców gminy Michałowice. W momencie wszczynania postępowania należy uznać, że istniał interes publiczny polegający na świadczeniu przedmiotowej usługi mieszkańcom, w sytuacji gdy możliwym było swobodne korzystanie z turystycznego wynajmu rowerów a prowadzenie działalności w tym zakresie było dopuszczalne prawem.

Obecnie jednak ze względu na wprowadzone ogólnie, w sposób niezależny od Zamawiającego, przepisy prawne o charakterze krajowym, które szczegółowo opisano w pierwszej części uzasadnienia nadrzędnym interesem publicznym stało się ograniczanie rozprzestrzeniania się epidemii wirusa SARS-CoV-2.

Wprowadzony zakaz prowadzenia działalności stanowiącej główny przedmiot zamówienia tj. działalności w szczególności polegającej na wypożyczaniu sprzętu rekreacyjnego – rowerów, świadczy o tym, że **realizacja takiego zamówienia nie będzie możliwa.**

Realizacja tego zamówienia mogłaby bowiem przyczynić się do rozprzestrzeniania się epidemii.

Wcześniej analizowana istotna zmiana okoliczności to również takie zdarzenia, które zasadniczo podważają zasadność oraz celowość realizacji danego zamówienia w kontekście szeroko rozumianego interesu publicznego. Należy tym samym podkreślić, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. może się odnosić się tylko do „*sytuacji, gdy na skutek zaistnienia nadzwyczajnych okoliczności realizacja danego zamówienia byłaby niecelowa lub wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym*” (wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r., KIO/UZP 256/13).

Z kolei na podstawie wyroku KIO z dnia 18 marca 2011 r., KIO/UZP 457/11 można wyciągnąć wniosek, zgodnie z którym **okolicznościami pozwalającymi na legalne zastosowanie tej jakże wyjątkowej regulacji są zdarzenia wagi państwowej oraz decyzje organów i instytucji kreujących polskie prawodawstwo oraz realizujących najważniejsze zadania państwowe.** Innymi słowy, art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. będzie dotyczył zdarzeń czy też decyzji niezależnych zupełnie od zamawiającego, a będących np. wynikiem realizowanej polityki finansowej czy społecznej państwa tak Aleksandra Sasin w komentarzu „*Pojęcie interesu publicznego przy unieważnianiu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*”.

Należy zatem jednoznacznie stwierdzić, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, a wręcz, że jest z nim sprzeczna. Zatem tym bardziej dalsze prowadzenie postępowania również nie leży w interesie publicznym.

Rozpatrując ostatnią z przesłanek tj. możliwość wcześniejszego przewidzenia wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, koniecznym staje się ustalenie czy w momencie wszczynania danego postępowania zamawiający był w stanie przewidzieć, że dojdzie do wprowadzenia całkowitego zakazu działalności związanej ze sportem, rozrywkowej i rekreacyjnej ani tak znacznych ograniczeń co do poruszania się na terenie kraju, jak również pozostałych obostrzeń związanych z zapobieganiem rozprzestrzeniania się koronawirusa.

W tym kontekście warto przytoczyć fragment opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych pn. "*Możliwość zmiany umowy na sprzedaż energii elektrycznej lub umowy kompleksowej w świetle ustawy – Prawo zamówień publicznych*", www.uzp.gov.pl, gdzie wskazano, że "*poselski projekt ustawy z 28.12.2018 r. o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw wpłynął do sejmu 21.12.2018 r., a ustawa nowelizująca, ustalająca m. in. ceny energii na poziomie taryf i umów obowiązujących 30.06.2018 r., została ogłoszona w Dzienniku Ustaw 31.12.2018 r. Przed tym dniem zamawiający nie posiadali oficjalnej i pewnej informacji co do przepisów mających obowiązywać od początku 2019 r. w tym zakresie. Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający przeprowadzający postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup energii elektrycznej nie mieli możliwości na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przewidzenia ogólnie zmiany taryf cen energii związanej z wejściem w życie ww. ustawy. W związku z powyższym, wydaje się, iż zmiana przepisów ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych może zostać uznana za okoliczność obiektywnie nieprzewidywalną dla zamawiającego. Wprowadzenie przepisów ustalających m. in. ceny energii na poziomie taryf i umów obowiązujących 30.06.2018 r. należy zaliczyć do sytuacji nagłych, nadzwyczajnych i niezależnych od woli zamawiającego, których nawet przy zachowaniu należytej staranności, nie mógł on przewidzieć na etapie postępowania*".

W związku z powyższym należy stwierdzić, że w przypadku postępowań wszczętych do 13.03.2020 r., Zamawiający nie był w stanie przewidzieć wprowadzenia zakazu prowadzenia działalności związanej ze sportem, rozrywkowej i rekreacyjnej ani tak znacznych ograniczeń co do poruszania się na terenie kraju i innych ograniczeń i zaleceń mających na celu ograniczenie rozprzestrzeniania się koronawirusa.

Dla podsumowania prowadzonej analizy istotnym i najbardziej obrazowym niech stanie się teza, z wyroku KIO 1500/15 z 22.07.2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza twierdzi, iż "*można przyjąć, że gdyby "istotna zmiana okoliczności" nastąpiła przed rozpoczęciem procedury związanej z postępowaniem w sprawie zamówienia publicznego to Zamawiający postępowania takiego w ogóle by nie wszczynał*". Wykonując taki

swoisty „test” na potrzeby przedmiotowego postępowania jednoznacznie należy wskazać, że w obecnym stanie prawnym, sytuacji epidemiologicznej, mając na uwadze nadrzędny interes publiczny polegający na ochronie zdrowia i życia mieszkańców do wszczęcia postępowania by nie doszło.

Doprowadzając do sytuacji, w której doszłoby do udzielenia zamówienia publicznego mając na względzie *de facto* w dużej mierze ryczałtowy charakter usługi Zamawiający zmuszony byłby do zapłaty Wykonawcy za świadczenie usługi a raczej za gotowość do jej świadczenia, podczas gdy korzystanie z tej usługi przez Mieszkańców zostało prawnie ograniczone w sposób znaczny poprzez wprowadzone na czas nieokreślony, a więc co najmniej wielu tygodni lub miesięcy, zakazy. Doszłoby wówczas do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych, niezgodnego z zasadami określonymi w ustawie o finansach publicznych.

Należy wskazać, że w sytuacji, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, a jej istnienia powyżej dowiedziono, instytucja zamawiająca ma każdorazowo obowiązek unieważnić prowadzone postępowanie, ponieważ przepis ten „stanowi wyraz ochrony interesu publicznego, aby zamawiający mógł gospodarnie i efektywnie wydatkować środki publiczne” (wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r., KIO/UZP 256/13).

Ponadto „unieważnienie postępowania jest czynnością obligatoryjną, co oznacza, iż w przypadku zaistnienia przesłanek wymienionych w przepisie art. 93 ust. 1 Pzp. zamawiający jako dysponent normy prawnej jest zobowiązany do wypełnienia zawartej w niej dyspozycji, a więc unieważnienia postępowania” (wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r., KIO/UZP 606/11) (*Aleksandra Sasin, Pojęcie interesu publicznego przy unieważnianiu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ABC - komentarz praktyczny*).

Spełnione zostały wszystkie przesłanki wskazane w art. 93 ust 1 pkt 6 Pzp zatem unieważnienie niniejszego postępowania jest zasadne i konieczne.

WÓJT GMINY MICHAŁOWICE
Małgorzata Pachecha
mgr Małgorzata Pachecha