

Żory, dnia 28 grudnia 2021 r.

**PREZES**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
ul. Postępu 17 A  
02-676 Warszawa

**Odwołujący:** **Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe „TRANSGÓR” S.A.**  
ul. Jankowicka 9, 44-201 Rybnik  
KRS: 0000083865; NIP: 6420000151  
sekretariat@transgor.rybnik.pl  
tel. 032 755 54 44  
reprezentowana przez radcę prawnego  
Tomasza Trzepizura  
Kancelaria Radców Prawnych LEXUS-CONSULTING  
Gicala, Koczar, Ostrowski, Pokorski sp. p.  
al. Jana Pawła II 17, 44-240 Żory  
tel. 032 434 56 69  
e-mail: kancelaria@lexusconsulting.pl

**Zamawiający:** **Zarząd Transportu Zbiorowego w Rybniku**  
ul. Budowlanych 6, 44-200 Rybnik  
e-mail: [ztz@ztz.rybnik.pl](mailto:ztz@ztz.rybnik.pl)  
tel. 32 755 71 60

**Numer postępowania: ZTZ PN/11/2021**  
**Numer ogłoszenia: 2021/S 181-469941**

### **ODWOŁANIE**

**Dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego pod nazwą: Obsługa przewozów w transporcie zbiorowym dziesięcioma autobusami.**

Działając w imieniu Odwołującego (zwanego dalej także Wykonawcą), w oparciu o załączony odpis pełnomocnictwa, na podstawie art. 513 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej zwanej także „ustawą” albo „PZP”), wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 23.12.2021 r. polegającej na unieważnieniu postępowania przetargowego na podstawie art. 255 pkt 5 PZP, której zarzucam naruszenie: **art. 255 pkt 5 PZP** poprzez bezpodstawne,

powtórne unieważnienie postępowania a w konsekwencji pozbawienie odwołującego możliwości realizacji zadania i osiągnięcia zysku.

Wskazując na powyższe naruszenia przepisów prawa wnoszę o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności dokonanej w dniu 23.12.2021 r. w przedmiocie unieważnienia postępowania a także nakazanie Zamawiającemu dokonania badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm prawem przepisanych.
- 3) dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu na okoliczności wynikające i szczegółowo opisane w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

## **UZASADNIENIE**

### **1. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia:**

Odwołujący, przy uwzględnieniu treści art. 505 ust. 1 PZP, wskazuje, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia jak również podkreśla, że w wyniku nieuzasadnionej decyzji Zamawiającego zachodzi ryzyko poniesienia szkody. Zgodnie z danymi opublikowanymi przez Zamawiającego odnośnie zestawienia ofert, oferta odwołującego zyskała 84 punktu w porównaniu do oferty drugiego wykonawcy, która uzyskała 83,1 punkty. W postępowaniu złożono tylko dwie oferty niepodlegające odrzuceniu. Zatem stosownie do kryteriów oceny ofert, oferta odwołującego jest najkorzystniejsza. Unieważnienie postępowania pozbawia odwołującego możliwości realizacji zadania a tym samym pozbawia odwołującego potencjalnych korzyści finansowych. Powyższe oznacza, że odwołujący spełnia przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

### **2. Stan faktyczny i prawny**

W dniu 8.11.2021 r. o godzinie 13:27 (za pośrednictwem platformy zakupowej <https://platformazakupowa.pl/pn/ztt.rybnik>) Zamawiający opublikował pismo datowane na dzień 8.11.2021 r. zawierające informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 PZP.

**Dowód:** informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 8.11.2021 r.

Powyższa czynności zamawiającego została zaskarżona w drodze odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. Wyrokiem z dnia 1.12.2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 3386/21 uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia

postępowania. Izba w całości podzieliła zasadność zarzutów odwołania. Izba wskazała, że zamawiający w toku postępowania nie wykazał żadnego z elementów przesłanki unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 5 PZP. Zamawiający nie wykazał jaki interes publiczny miałby być zagrożony. Izba wskazała przy tym, że interes publiczny nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem zamawiającego. Same plany utworzenia spółki występujące na długo przed wszczęciem postępowania nie mogą świadczyć o wystąpieniu istotnej zmiany okoliczności, która miałaby charakter obiektywnie nieprzewidywalny w dacie wszczęcia postępowania. Podzielając również zarzut odwołującego co do błędnego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania Izba podała, iż samo uzasadnienie jest ogólnikowe oraz powołuje się na okoliczności przyszłe i niepewne.

W następstwie ww. wyroku zamawiający ponownie w dniu 23.12.2021 r. o godzinie 13:24 (za pośrednictwem platformy zakupowej <https://platformazakupowa.pl/pn/ztr.rybnik>) opublikował pismo datowane na dzień 23.12.2021 r. zawierające informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 PZP. W tym samym dniu o godzinie 21:46 zamawiający opublikował sprostowanie do ww. decyzji.

**Dowód:** 1) informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 23.12.2021 r.;

2) informacja o sprostowaniu omyłek pisarskich występujących w unieważnieniu postępowania

Uzasadniając swoją decyzję zamawiający na pierwszej i drugiej stronie informacji z dnia 23.12.2021 r. powołał te same okoliczności, o których wspominał na posiedzeniu KIO w dniu 1.12.2021 r. przy rozpatrywaniu pierwszego odwołania oraz okoliczności zawarte w uzasadnieniu poprzedniej decyzji o unieważnieniu postępowania z dnia 8.11.2021 r. Nowe informacje znajdują się jedynie na stronie trzeciej unieważnienia, które to informacje nie wnoszą niczego nowego do sprawy. W dalszym ciągu zamawiający powołuje się na plany utworzenia spółki komunalnej, które to plany znane były zamawiającemu na długo przed wszczęciem postępowania przetargowego. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji nadal posługuje się zwrotami: *„przygotowane jest”, „zostanie powołana”, „będzie powołana dnia 4 kwietnia 2022”, „najwcześniejszy termin rozpoczęcia działalności przewozowej to 1 stycznia 2023 roku; planuje się wtedy”, „spółka ogłosi przetarg na początku kwietnia 2022 roku a dostawa nastąpi w grudniu 2022”, „obecnie przygotowywana jest dokumentacja techniczna”, „produkcja autobusów odbywa się bez większych zakłóceń”*. Określenia te świadczą o planach i braku pewności co do przyjętych założeń w kwestii utworzenia nowego podmiotu. Zamawiający wskazuje, iż 1 stycznia 2023 rok to termin kiedy najwcześniej może rozpocząć działalność nowy podmiot. Zatem zamawiający dopuszcza przesunięcie tego terminu. W uzasadnieniu mowa jest o zespole, który działa od stycznia 2021 r., który pracuje nad przekształceniem

modelu organizacji. Zatem zespół nadal pracuje, a więc brak jest pewności co do faktycznej daty rozpoczęcia świadczenia usług przez planowany nowy podmiot.

Zamawiający w dalszym ciągu powiela dotychczas prezentowane argumenty powołując się na plany. Zamawiający posługuje się ogólnikami oraz określeniami, których nie wyjaśnia jak choćby tzw. umowa wykonawcza czy miks taborowy. Na jakiej podstawie i z jakich przyczyn konieczna jest dywersyfikacja technologii stosowania pojazdów. W uzasadnieniu wskazuje się, że produkcja autobusów odbywa się bez większych zakłóceń co świadczy o tym, że zakłócenia jednak występują. Opisane przez zamawiającego okoliczności czy daty poszczególnych zdarzeń pozostają wyłącznie w sferze planów zamawiającego oraz są od niego w całości zależne.

Nie wnikając w szczegóły uzasadnienia decyzji czy samej jego formy, decyzja o unieważnieniu jest wadliwa ponieważ okoliczności, na które powołuje się zamawiający w piśmie z dnia 23.12.2021 r. w żadnym stopniu nie mogą świadczyć o kumulatywnym wystąpieniu przesłanek, o których mowa w art. 255 pkt 5 PZP. Po pierwsze plan utworzenia spółki komunalnej znany jest już od stycznia 2021 r. a nawet wcześniej. Z kolei przetarg na przedmiotowe zamówienie został ogłoszony 17.09.2021 r. Zamiar utworzenia spółki komunalnej wynika z wewnętrznych decyzji zamawiającego a więc jest od niego w pełni zależny. Terminowość i realność utworzenia spółki oraz zakres usług jakie ma ona świadczyć wynika wyłącznie z subiektywnej oceny zamawiającego. Całokształt okoliczności towarzyszących zarówno pierwszemu jak i drugiemu unieważnieniu postępowania świadczy o daleko posuniętej dowolności zamawiającego w kształtowaniu przebiegu postępowania. De facto unieważnienie postępowania zamawiający odnosi do zdarzeń, które sam kształtuje w ramach swoich decyzji biznesowych. Zatem zamawiający sam wywołał zdarzenie, które ma uzasadnić decyzję o unieważnieniu postępowania.

Przyjęcie zasadność zaskarżonej decyzji o unieważnieniu postępowania prowadziłoby o efekcie do akceptowania sytuacji gdzie zamawiający jako dysponent postępowania poprzez wyłącznie swoje decyzje może w dowolny sposób wpływać na przebieg postępowania przetargowego. Natomiast wyjątkowy charakter przepisów określających przesłanki unieważnienia postępowania i idea tych norm ma właśnie przeciwdziałać tego typu praktykom zamawiających. Normy art. 255 PZP mają charakter gwarancyjny i ochronny dla wykonawców w stosunku do uprzywilejowanej pozycji zamawiających. Przepisy PZP wykluczają możliwość dowolnego kształtowania, moderowania przez zamawiającego przebiegu postępowania przetargowego.

Treść uzasadnienia wskazuje na wysoki stopień dowolności zamawiającego w podejmowaniu decyzji. Zamawiający powołuje się na zdarzenia przyszłe, niepewne, które w żadnym stopniu nie stanowią o zasadności decyzji zamawiającego. Zamawiający w żadnym miejscu uzasadnieniu nie przedstawia argumentów

wskazujących, że przesłanki, o których mowa w art. 255 pkt 5 PZP występują kumulatywnie. W kontekście gwarancyjnej funkcji normy art. 255 PZP oraz jej wyjątkowości a także konieczności ścisłej wykładni należy uznać, że decyzja o unieważnieniu postępowania jest błędna i bezpodstawna.

Orzecznictwo i doktryna wypracowała następujące poglądy w kontekście przesłanek stosowania art. 255 pkt 5 PZP (dawny art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29.01.2004 r.). Zmiana okoliczności musi być istotna i rzeczywista. Sama możliwość wystąpienia zmiany nie spełnia przesłanki unieważnienia. Okoliczności muszą być nieprzewidywalne obiektywnie, a nie jedynie nieprzewidziane przez zamawiającego. Interes publiczny przeważa nad zasadą uczciwej konkurencji oraz uzasadnionych interesów wykonawców jedynie w nadzwyczajnych okolicznościach. Interes zamawiającego nie może być utożsamiany z interesem publicznym. Unieważnienie winno być jedynie wyjątkiem od zasady nakazującej dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej jako podstawowego sposobu zakończenia postępowania i jako takie, musi być ono dokonywane przez Zamawiającego z należytą starannością. Same przesłanki unieważnienia postępowania podlegają ścisłej wykładni. Możliwość unieważnienia postępowania dopuszczalna jest tylko w wyjątkowych sytuacjach, jako ostateczność. Regulacja instytucji unieważnienia postępowania pełni funkcję gwarancyjną dla ochrony rynku zamówień, zmierzając do zapewnienia braku uznaniowości w działaniu zamawiającego w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania. Wystąpienie istotnej zmiany okoliczności musi mieć charakter obiektywny. Konieczne jest stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Oznacza to, że przy zachowaniu należytej staranności istotnej zmiany okoliczności nie mógł wcześniej przewidzieć zarówno zamawiający, jak i wykonawca. Okoliczności wskazane w wyżej wymienionym przepisie muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. 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. Istotna zmiana okoliczności musi wystąpić w dacie podejmowania czynności unieważnienia postępowania, na co wskazuje posłużenie się przez ustawodawcę czasem przeszłym („nastąpiła”). Nie można zatem powoływać się na okoliczność, która ulegnie zmianie dopiero w przyszłości. Wreszcie to owa zmieniona okoliczność musi powodować, że dalsze prowadzenie postępowania lub zawarcie umowy nie leży w interesie publicznym. System zamówień publicznych nie może być traktowany przez podmioty wydatkujące środki publiczne wyłącznie jako instrumentalne narzędzie do realizacji zmiennych interesów zamawiających. Stabilność decyzji podmiotów realizujących zadania publiczne w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych sprzyja rozwojowi współpracy z podmiotami prywatnymi przy realizacji zadań publicznych, a tym samym przekłada się na konkurencyjność i stymulację rozwój gospodarczy.

por. wyrok ZA z 21.1.2005 r., UZP/ZO/0-59/05, Legalis; wyrok KIO z 27.2.2009 r., KIO/UZP 176/09, Legalis; wyrok KIO z 18.2.2008 r., KIO/UZP 76/08, Legalis; wyrok ZA z 29.12.2006 r., UZP/ZO/0-3002/06, Legalis; wyrok KIO z 18.4.2013 r., KIO 755/13, Legalis; wyrok SO w Lublinie z 10.4.2009 r., IX Ga 30/08, niepubl.; wyrok SO w Gliwicach z 10.11.2005 r., III Ca 855/05, niepubl.; wyrok SO w Warszawie z 4.7.2005 r., V Ca 419/05, niepubl.; wyrok SO w Warszawie z 30.12.2003 r., V Ca 2405/03, niepubl.; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2016 r. KIO 967/16; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2016 r. KIO 110/16; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2015 r. KIO 686/15; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2019 r. KIO 1212/19; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 sierpnia 2018 r. KIO 1604/18; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2018 r. KIO 267/18; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2016 r. KIO 919/16; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 czerwca 2020 r. KIO 892/20).

Na posiedzeniu Izby w dniu 1.12.2021 r. dyrektor zamawiającego Pan Łukasz Kosobucki oznajmił na koniec swojej wypowiedzi, iż w dalszym ciągu analizuje możliwość odrzucenia oferty odwołującego i w tym celu zapowiadał zlecenie trzeciej opinii prawnej ponieważ wówczas dysponował dwoma rozbieżnymi opiniami.

Pokazując sposób działania zamawiającego warto zwrócić uwagę na fakt, iż w następstwie pierwszej decyzji o unieważnieniu postępowania, zamawiający ogłosił kolejny przetarg pn. Obsługa przewozów w transporcie zbiorowym dziesięcioma autobusami. Nr postępowania ZTZ PN/12/2021. Okres realizacji tego zamówienia określono od 1.01.2022 do 31.12.2022. Zamawiający na posiedzeniu KIO w dniu 1.12.2021 r. wskazywał, że w tym nowo ogłoszonym postępowaniu niejako w zastępstwie postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie dokonano zmiany okresu realizacji zadania dostosowując go do planów zamawiającego odnośnie utworzenia nowego podmiotu. Natomiast rzeczywiście zamawiający dokonując zmiany ww. w swz tego nowego postępowania dokonał bardzo istotnej zmiany w rozdziale XIX dotyczącej kryteriów oceny ofert, ich ważności i punktacji za poszczególne pozycje kryteriów pozacenowych. Zmiany te skutkują tym, iż gdyby oba podmioty, które złożyły oferty w niniejszym postępowaniu złożyłyby te same oferty w postępowaniu nr ZTZ PN 12/2021 to wówczas drugi z oferentów a nie odwołujący uzyskałby wyższą punktację swojej oferty. Zamawiający świadomie więc dokonał zmiany kryteriów oceny ofert i punktacji za kryteria pozacenowe co świadczy o naruszeniu podstawowych zasad zamówień publicznych.

**Dowód:** wyciąg ze swz dot. postępowania przetargowego nr ZTZ PN/12/2021

Warto dodać, że zamawiający w dniu 14.06.2021 r. ogłosił inny przetarg pn. Obsługa przewozów w transporcie zbiorowym dwudziestoma trzema autobusami, nr postępowania ZTZ PN 02/2021. Przetarg ten został rozstrzygnięty w dniu 9.09.2021 r. Wybrano ofertę spółki KŁOSOK sp. z o.o. sp.k. za kwotę 127 071 100 zł brutto. Okres realizacji od 1.01.2022 do 31.12.2031.

**Dowód:** 1) informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9.09.2021 r.;  
2) wyciąg z umowy

Mając na uwadze powyższe względy wnoszę jak na wstępie.

*pełnomocnik*  
  
*radca prawny Tomasz Trzepizur*

**Załączniki:**

- 1) pełnomocnictwo z opłatą skarbową
- 2) dowód wpłaty wpisu od odwołania
- 3) dowód przekazania odwołania Zamawiającemu
- 4) odpis aktualny KRS odwołującego
- 5) informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 8.11.2021 r.
- 6) informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 23.12.2021 r.;
- 7) informacja o sprostowaniu omyłek pisarskich występujących w unieważnieniu postępowania
- 8) wyciąg ze swz dot. postępowania przetargowego nr ZTZ PN 12/2021
- 9) informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9.09.2021 r.;
- 10) wyciąg z umowy

**Otrzymują:**

- 1) Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
- 2) Zamawiający
- 3) aa.

