

Sygn. akt: KIO 2777/11

**WYROK**  
z dnia 11.01.2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11.01.2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27.12.2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1) Pirelli Pekao Real Estate Sp. z o.o., ul. Okopowa 56, lokal A, 01-042 Warszawa (pełnomocnik), 2) Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest-Wybrzeże” Sp. z o.o., ul. Kielecka 7, 81-303 Gdynia w imieniu którego działa Pełnomocnik: Pirelli Pekao Real Estate Sp. z o.o., ul. Okopowa 56, lokal A, 01-042 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Historii Polski w Warszawie, ul. Hrubieszowska 6a, 01-209 Warszawa**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1) Pirelli Pekao Real Estate Sp. z o.o., ul. Okopowa 56, lokal A, 01-042 Warszawa (pełnomocnik), 2) Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest-Wybrzeże” Sp. z o.o., ul. Kielecka 7, 81-303 Gdynia w imieniu którego działa Pełnomocnik: Pirelli Pekao Real Estate Sp. z o.o., ul. Okopowa 56, lokal A, 01-042 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1) Pirelli**

**Pekao Real Estate Sp. z o.o., ul. Okopowa 56, lokal A, 01-042 Warszawa (pełnomocnik), 2) Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest-Wybrzeże” Sp. z o.o., ul. Kielecka 7, 81-303 Gdynia w imieniu którego działa Pełnomocnik: Pirelli Pekao Real Estate Sp. z o.o., ul. Okopowa 56, lokal A, 01-042 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1) Pirelli Pekao Real Estate Sp. z o.o., ul. Okopowa 56, lokal A, 01-042 Warszawa (pełnomocnik), 2) Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest-Wybrzeże” Sp. z o.o., ul. Kielecka 7, 81-303 Gdynia w imieniu którego działa Pełnomocnik: Pirelli Pekao Real Estate Sp. z o.o., ul. Okopowa 56, lokal A, 01-042 Warszawa** na rzecz **Muzeum Historii Polski w Warszawie, ul. Hrubieszowska 6a, 01-209 Warszawa** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

Sygn. akt: KIO 2777/11

## Uzasadnienie

Postępowanie o zawarcie umowy ramowej prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: „Świadczenie usług Inżyniera Kontraktu w projekcie budowy siedziby Muzeum Historii Polski w Warszawie w lokalizacji Jazdów - Trasa Łazienkowska”, zostało wszczęte przez Muzeum Historii Polski w Warszawie, ul. Hrubieszowska 6a, 01-209 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 41-060393 z dnia 27.02.2010 r.

W dniu 20.12.2011 r. (e-mailem) Zamawiającym poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”.

W dniu 27.12.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie Konsorcjum firm: 1) Pirelli Pekao Real Estate Sp. z o.o., ul. Okopowa 56, lokal A, 01-042 Warszawa (pełnomocnik), 2) Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest-Wybrzeże” Sp. z o.o., ul. Kielecka 7, 81-303 Gdynia w imieniu którego działa Pełnomocnik: Pirelli Pekao Real Estate Sp. z o.o., ul. Okopowa 56, lokal A, 01-042 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Pirelli” albo „Odwołującym”. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 26.12.2011 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Przedmiotem odwołania była czynność unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, wyrażające się w unieważnieniu postępowania przetargowego, mimo niewystąpienia przesłanek określonych w tym przepisie,
- 2) art. 99 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp wyrażające się zaniechaniu zawarcia umowy ramowej z Odwołującym mimo, że Odwołujący został wybrany zgodnie z przepisami Pzp,

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności Zamawiającego o unieważnieniu postępowania o zawarcie umowy ramowej prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu w projekcie budowy siedziby Muzeum Historii Polski w Warszawie w lokalizacji Jazdów - Trasa Łazienkowska.

Odwołujący podkreślił, iż celem postępowania o zawarcie umowy ramowej jest zawarcie takiej umowy przez wybór najkorzystniejszej oferty. Stanowisko takie bezsprzecznie wynika z definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym

jest postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Potwierdza je także zasada udzielania zamówień określona w art. 7 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Art. 99 Pzp nakazuje stosować do zawierania umowy ramowej, odpowiednio przepis; dotyczące udzielania zamówienia w trybie m.in. przetargu ograniczonego, stąd uprawnione jest nawiązanie Odwołującego do przepisów dotyczących udzielenia zamówienia publicznego w odniesieniu do postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego to swoiste przyrzeczenie zawarcia umowy, od którego Zamawiający może zostać zwolniony tylko na podstawie przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 Pzp. Nie jest w związku z tym możliwe zrezygnowanie z prowadzenia postępowania bez podania uzasadnionych przyczyn przewidzianych prawem (Wyrok KIO z 10.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 805/09).

Wykonawcy ubiegają się o zawarcie umowy ramowej w zaufaniu do treści dokumentów przetargowych, ponoszą w związku z tym koszty (w szczególności koszty przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz koszty przygotowania oferty) i mają prawo zakładać, iż umowa ramowa zostanie zawarta, w przypadku gdy oferta najkorzystniejsza zostanie przez Zamawiającego wybrana. Sytuację, w której po wyborze oferty najkorzystniejszej nie dochodzi do zawarcia umów; ramowej należy postrzegać w kategoriach wyjątkowej, która może wystąpić tylko z powodu niewywiązania się z obowiązków dotyczących zawarcia umowy przez wybranego Wykonawcę (art. 94 ust. 3 Pzp), albo gdy występują przesłanki do unieważnienia postępowania enumeratywnie wskazane w art. 93 ust. 1 Pzp. Nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez Zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów Pzp (Wyrok KIO z dnia 31.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 315/10; wyrok KIO z dnia 22.03.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 210/10).

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp wymaga łącznego spełnienia trzech przesłanek:

1. wystąpienia istotnej zmian okoliczności (w okresie od rozpoczęcia procedury przetargowej do momentu unieważnienia postępowania),
2. zmiany tej nie można było przewidzieć wcześniej (tj. w chwili rozpoczęcia procedury przetargowej),
3. prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Ciężar dowodu, że wszystkie wskazane wyżej przesłanki są spełnione spoczywa w myśl art. 93 ust. 3 Pzp oraz art. 14 Pzp w zw. z art. 6 k.c. na Zamawiającym. W przedmiotowym postępowaniu przetargowym nie występuje żadna z przywołanych

powyższej przesłanki, tak więc podjęta przez Zamawiającego decyzja narusza rażąco art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Pierwsza z przesłanek upoważniających Zamawiającego do unieważnienia postępowania wskazuje na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności. Wskazuje ona po pierwsze na konieczność pojawienia się zmiany okoliczności istniejących w momencie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a po drugie wymaga, aby zmiana miała charakter doniosły (istotny). *A contrario* przesłanka ta jest spełniona w sytuacji, gdy okoliczności istniejące w momencie wszczęcia postępowania nie zmieniły się, lub gdy ich zmiana jest irrelevantna.

Zgodnie z wyrokiem SO w Warszawie z dnia 01.12.2003 r., sygn. akt: V Ca 2224/03: *„istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie”*. W uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazuje, iż *„pomimo dalszych zamierzeń budowy siedziby Muzeum, brak harmonogramu odnośnie przewidywanych dat rozpoczęcia inwestycji skutkuje brakiem interesu społecznego w zawieraniu umowy, której w nakreślonym w treści ogłoszenia horyzoncie czasowym nie będzie można zrealizować”*.

Po pierwsze, przytoczył treść ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w odniesieniu do zakreślonego tam horyzontu czasowego świadczenia usług będących przedmiotem umowy ramowej:

- ogłoszenie o zamówieniu, sekcja II pkt II.1.4) Informacje na temat umowy ramowej: *„Umowa ramowa z jednym wykonawcą. Czas trwania umowy ramowej: Okres w latach: 7”*.

- SIWZ:

a) Rozdz. 8. Termin wykonania zamówienia: *„Umowa ramowa z Wybrany Oferentem zostanie zawarta na okres prowadzenia inwestycji, wliczając w to okres gwarancji jakości dla robót budowlanych, wykonanych w ramach inwestycji. Zamawiający przewiduje rozpoczęcie świadczenia usług przez Inżyniera Kontraktu na podstawie pierwszego Zamówienia, udzielonego Inżynierowi Kontraktu w 2010 r.”*

b) Załącznik nr 2 do SIWZ - Formularz Oferty:

*„6.1. Pierwszą fazą realizacji projektu inwestycyjnego - przygotowanie inwestycji przed wyborem wykonawcy robót budowlanych (szacowany czas trwania: do końca I kwartału 2011 r.) Skompletowanie dokumentacji niezbędnej do przeprowadzenia postępowania na wybór Generalnego Wykonawcy, przeprowadzenie procedury wyboru GW, zakończone zawarciem umowy na realizację robót (szacowany czas trwania: do końca I kwartału 2012 r.).*

*6.2. Drugą fazą realizacji projektu inwestycyjnego – pierwszy etap Całość robót budowlanych od przekazania Wykonawcy terenu budowy do uzyskania przez Zamawiającego pozwolenia*

na użytkowanie (szacowany czas trwania: 24 miesiące, szacowany okres świadczenia usług: 2011 - 2014 r )

6.3. Trzecia faza realizacji projektu inwestycyjnego Rozliczenie projektu inwestycyjnego i obsługa roszczeń z tytułu gwarancji (szacowany czas trwania: 38 miesięcy, szacowany okres świadczenia usług: 2014 - 2017 r.)"

c) Załącznik nr 4 do SIWZ - ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY RAMOWEJ: „Artykuł 3. Czas trwania Umowy Ramowej Niniejsza Umowa Ramowa zostaje zawarta na okres realizacji projektu inwestycyjnego budowy Muzeum Historii Polski w Warszawie w lokalizacji Jazdów - Trasa Łazienkowska."

d) Załącznik nr 3 do SIWZ - Zakres i opis przedmiotu zamówienia: „Przeprowadzenie procedury wyboru Wykonawcy robót budowlanych, zakończone zawarciem przez Zamawiającego umowy na realizację robót budowlanych (szacowany czas trwania: do końca I kwartału 2012 r.) "

Z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ wynika jednoznacznie, iż Zamawiający jednoznacznie ani momentu rozpoczęcia świadczenia usług objętych umową ramową, ani też zakończenia ich realizacji. Świadczą o tym przede wszystkim użyte przez niego słowa „szacowany okres świadczenia usług" oraz postanowienia rozdz. 8 SIWZ i art. 3 załącznika nr 4 do SIWZ, w którym przesądzono, iż Umowa Ramowa zostaje zawarta na okres realizacji projektu inwestycyjnego budowy Muzeum Historii Polski w Warszawie w lokalizacji Jazdów - Trasa Łazienkowska.

Również terminy odnoszące się do zaprojektowania i wykonania robót budowlanych związanych z budową Muzeum Historii Polski w Warszawie zostały określone jako szacunkowe (zał. nr 3 do SIWZ).

Wszczęcie postępowania przetargowego nastąpiło zatem w okolicznościach wskazujących na możliwość świadczenia usług objętych umową ramową w innym okresie niż to wstępnie oszacowano. Zamawiający liczył się z tym, iż umowa ramowa może być zawarta w innym niż przewidywanym okresie, na co przystali wszyscy Wykonawcy, którzy złożyli oferty, w tym Odwołujący.

Argumentacja Zamawiającego zawarta w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, a wskazująca na brak konkretnego harmonogramu odnośnie dat rozpoczęcia inwestycji wskazuje na okoliczności istniejące (znane) w momencie wszczęcia przedmiotowego przetargu. Nawet przyjmując, iż terminy wynikające z SIWZ, a określane mianem „szacowane" stanowią swojego rodzaju okoliczność, która uległa zmianie - to z pewnością zmiana taka nie jest istotna. Odwołujący dalej przecież wyraża chęć zawarcia z Zamawiającym umów ramowej i podtrzymuje oferowane warunki świadczenia usług Inżyniera Kontraktu. Z drugiej strony umowa ramowa nie rodzi żadnych zobowiązań finansowych ze strony Zamawiającego.

Po drugie, wskazał na zachowanie Zamawiającego w toku postępowania o zawarcie umowy ramowej oraz po jego zakończeniu. Decyzja o unieważnieniu postępowania zapadła po upływie półtora roku od daty zawiadomienia o wyborze oferty Odwołującego. Zamawiający przez ponad półtora roku godził się na przesunięcie szacunkowych terminów rozpoczęcia inwestycji wynikających z treści SIWZ. Odwołujący się ten stan rzeczy akceptował. Nie zaistniały tymczasem żadne nowe okoliczności w czasie od wszczęcia postępowania przetargowego do decyzji o jego unieważnieniu. Zamawiający- wskazuje na okoliczność, iż: „*Niestety zgodnie z obecnie posiadaną wiedzą prace związane z budową Muzeum nie rozpoczną się również m roku 2012*”. Odwołujący się wskazuje, iż również w momencie wszczęcia postępowania przetargowego: „*posiadana wiedza*” nie pozwalała Zamawiającemu na przesądzenie o tym, że w roku 2012 prace związane z budową Muzeum Historii Polski będą mogły się rozpocząć. Inwestycja ta nie została przecież ujęta w budżecie państwa na rok 2011. Mimo to Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie przetargowe, a więc już wtedy musiał się liczyć z tym, że rozpoczęcie budowy Muzeum nastąpi dopiero wtedy, gdy pojawią się na to środki. Taka sama sytuacja, w ocenie Odwołującego, występowała w momencie unieważnienia postępowania - Zamawiający również musiał sobie zdawać sprawę, iż realizacja zadania uzależniona jest od pozyskania środków na ten cel w 2012 r. Odwołujący godzi się na taką okoliczność i wyraża dalszą chęć zawarcia umowy ramowej w przedmiocie świadczenia usług Inżyniera Kontraktu zgodnie z wybraną ofertą. W świetle powyższych faktów nie może budzić wątpliwości to, iż nie została spełniona również druga przesłanka, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp - zmianę okoliczności można było przewidzieć wcześniej (tj. w chwili rozpoczęcia procedury przetargowej).

Unieważnienie postępowania dotyczy zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Zamawiający przy unieważnieniu postępowania musi wykazać, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz że przy zachowaniu należytej staranności nie można było jej wcześniej przewidzieć (Wyrok KIO z dnia 27.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 176 /09).

Ani z analizy uzasadnienia unieważnienia postępowania ani z okoliczności sprawy ustalonych przez Odwołującego się na podstawie przebiegu postępowania nie wynika prawo Zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Po trzecie, podkreślił, iż nie jest również spełniona trzecia przesłanka upoważniająca Zamawiającego do unieważnienia postępowania, o brzmieniu: „*prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym*”.

W ocenie Odwołującego przesłanka ta na obecnym etapie mogła być przez Zamawiającego rozpatrywana wyłącznie w części dotyczącej: „*wykonania zamówienia*”,

a nie: „*prowadzenia postępowania*”. Zgodnie z definicją określoną w art. 2 pkt 7a Pzp, postępowanie o udzielenie Zamówienia publicznego kończy się wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej, a nie z chwilą zawarcia umowy. Czynność wyboru oferty została dokonana przez Zamawiającego w dniu 15.06.2010 r. i w tej dacie postępowanie zostało zakończone. Ustalenie przez Zamawiającego, iż prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym mogło zatem nastąpić tylko do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Po tej dacie może on tylko rozważać unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, pod kątem okoliczności, czy wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Należy zauważyć, iż pojęcie: „*interesu publicznego*” uznawane jest zarówno przez doktrynę, jak i orzecznictwo za pojęcie niedookreślone, które winno być interpretowane w odniesieniu do wartości konstytucyjnych oraz mieszczących się w ramach demokratycznego państwa prawnego. Jego treść jest zmienna w czasie i zależna od kontekstu, okoliczności i innych warunków (A. Mednis: Prawo do prywatności a interes publiczny. Wydawnictwo: Wolters Kluwer, wyd. 2006 r., str. 25). Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego do kategorii interesu publicznego zaliczyć należy te wartości, które są wskazywane w art. 31 ust. 3 Konstytucji (Wyrok TK z dnia 17.12.2003 r. sygn. akt: SK 15/02 oraz wyrok TK. z dnia 08.07.2010 r., sygn. akt: K 46/07). Jednakże w tej kategorii mieszczą się również wartości niewymienione w przywołanym przepisie, takie jak ochrona stabilności interesów finansowych państwa, w szczególności zaś konieczność zachowania równowagi budżetowej państwa (Wyrok TK z dnia 20.01.2010 r., sygn. akt: Kp 6/09). Ponadto pojęcie to - choć jest kategorią ocenną - nie może być interpretowane rozszerzając, ani prowadzić do ograniczenia innego odrębnego prawa, a konstytucyjnie lub ustawowo dopuszczalne ograniczenie musi być na tyle merytorycznie uzasadnione, by w konflikcie z ochroną innego prawa rachunek aksjologiczny przeważał na jego korzyść (Wyrok TK z dnia 08.07.2010 r., sygn. akt: K 46/07). Z tych względów nadinterpretacja tego pojęcia, w szczególności jeżeli ma to prowadzić do negatywnych skutków dla Wykonawcy musi być oceniona szczególnie negatywnie.

W doktrynie interes publiczny rozumie się jako określoną wartość motywacyjną wspólną dla wielu (ujętych abstrakcyjnie) podmiotów, a konkretyzującą się w razie konfliktu z przeciwstawnymi celami (interesami) prywatnymi. Z punktu widzenia natomiast jednostki, interes publiczny jawi się jako kategoria zbiorcza, przeciwstawna jej interesowi indywidualnemu - i to nawet w razie, gdy ta sama jednostka również korzysta z odnośnego dobra publicznego (H. Izdebski, M. Kulesza, Administracja publiczna, Wydawnictwo: Liber Sp. z o.o., wyd. 2004, s. 96 i n.). Interesem publicznym jest interes określonej grupy (społeczności, wspólnoty) odpowiadający potrzebom odczuwanym przez członków grupy - często jako reakcja na pojawiające się lub choćby tylko możliwe zagrożenia albo też artykułowanym przez organ publiczny w ramach jego kompetencji formalnych. Konkretyzacja



tego interesu następuje zatem albo „*oddolnie*”, albo też jest on kształtowany i wyrażany przez organ państwa, który prowadzi jego politykę w danej dziedzinie (Red.: S. Włodyka, Prawo handlowe - część ogólna. Tom 1, Wydawnictwo: C.H. Beck, wyd. 2009 r., s. 296.). Interes publiczny jest to więc pojęcie niedookreślone, którego treść jest wyznaczana przez obowiązujące prawo, wartości przez nie realizowane, wolę polityczną i zespół odniesień pozaprawnych (M. Wyrzykowski, Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym, W-wa 1986 r., s. 44 i n.). Przyjmuje się, że interes publiczny nie powinien stanowić przeciwieństwa interesu prywatnego, nie jest też sumą interesów prywatnych (M. Wyrzykowski, Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym, W-wa 1986 r., s. 32).

Interesu publicznego nie można ponadto utożsamiać z interesem Zamawiającego (Wyrok SO w Poznaniu z dnia 30.08.2006 r., sygn. akt: IX GA 115/06), a ocena czy w danym przypadku występuje okoliczność uzasadniająca jego istnienie dokonywana jest w momencie wszczęcia postępowania (Wyrok KIO z dnia 14.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1227/09).

Sens wykonania zamówienia na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu, pozostaje w ścisłym związku z budową Muzeum Historii Polski. Tak więc wykonanie zamówienia na świadczenie Usług Inżyniera Kontraktu mogło by nie leżeć w interesie publicznym w sytuacji, gdyby z jakichś względów, w interesie publicznym, nie leżało zbudowanie Muzeum Historii Polski. W uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu przetargu Zamawiający pisze, iż: *„na gruncie obowiązujących przepisów prawa trwanie umowy w zakresie nie odpowiadającym aktualnym potrzebom społecznym nie może nastąpić, zatem w konsekwencji postępowanie musi zostać unieważnione na podstawie: art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy”*. Zamawiający nie wyjaśnia przy tym, dlaczego uważa, iż zawarcie umowy ramowej z Odwołującym nie odpowiada aktualnym potrzebom społecznym.

Zauważył, iż Zamawiający konsekwentnie zmierza do osiągnięcia celu jakim jest budowa Muzeum Historii Polska. W 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął konkurs architektoniczny na projekt gmachu muzeum. Konkurs wygrał projekt pracowni Paczowski ET Fritsch Architectes z Luksemburga. W dniu 06.12.2012 r. (a więc dwa tygodnie przed podjęciem decyzji o unieważnieniu przetargu na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu) Zamawiający ogłosił wyniki konkursu na koncepcję ekspozycji stałej Muzeum Historii Polski, który wygrała wspólna praca zespołów WWAA Pracownia Projektowa Marcin Mostafa i Platige Image Sp. z o.o. (Polska). Powyższe zdarzenia dowodzą, iż Zamawiający nie zrezygnował z budowy Muzeum Historii Polski, którego powstanie z pewnością leży w interesie publicznym. W związku z tym leży również w interesie publicznym świadczenie usług Inżyniera Kontraktu. Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego - Pan Bogdan Zdrojewski podczas ogłaszania wyników konkursu w dniu 6 grudnia b.r. ogłosił, że do

rozpoczęcia budowy Muzeum trzeba spełnić cztery warunki, z których trzy już osiągnięto: „wybrano miejsce, jest koncepcja gmachu, a teraz wystawy”. Minister zadeklarował możliwość wpisania Muzeum w połowie 2012 r. do Programu Operacyjnego: „Infrastruktura i Środowisko”, co umożliwi wykonanie projektu budynku oraz późniejsze rozpoczęcie inwestycji (za: Gazeta.pl Warszawa z dnia 06.12.2012 r.

<http://warszawa.gazeta.pl/warszawa/1.34862.10769366>. Nowe muzeum tak będzie wyglądać ekspozycja WIDEO.html).

Można także wskazać na wypowiedź byłego Ministra Kultury - Pana Kazimierza M. Ujazdowskiego z dnia 21.12.2011 r. zamieszczoną na portalu wpolityce.pl („Nie odpuszczam w sprawie budowy Muzeum Historii Polski...”) „Muzeum Historii Polski jako najważniejszy projekt nowoczesnego muzealnictwa historycznego powinno mieć jednoznacznie wsparcie ze strony rządu i wyodrębnione środki w budżecie, [...] w imieniu PiS-u poprawkę do projektu budżetu państwa przeznaczającą 10 mln złotych na kontynuację prac projektowych w przyszłym roku”. (<http://wpolityce.pl/artykuly/20182-nie-odpuszczam-w-sprawie-budowy-muzeum-historii-polski-rzad-nie-zarezerwowal-w-przyszlorocznym-budzecie-srodkow-na-projekt-wykonawczy>).

Z powyższych okoliczności wynika, iż jest wola polityczna, zarówno ze strony rządowej, jak i głównej opozycji, kontynuacji przedsięwzięcia budowy Muzeum Historii Polski. A jest kwestią oczywistą, iż to, co leży w interesie publicznym, od tejże właśnie woli politycznej zależy (M. Wyrzykowski, Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym, op. cit., s. 44 i n.).

Podkreślił, iż Zamawiający mógł w momencie wszczęcia postępowania przetargowego przewidzieć trudności związane z pozyskiwaniem środków finansowych na budowę Muzeum. Mimo to wszczął postępowanie i doprowadził do wyboru oferty Odwołującego. Odwołujący z kolei, godzi się zawarcie umowy ramowej, podtrzymując wszystkie warunki świadczenia usług Inżyniera Kontraktu podane w swojej ofercie.

Poza tym odnotował, iż zawarcie umowy ramowej z Odwołującym w żadnej mierze nie stanowi zagrożenia dla bezpieczeństwa finansowego państwa, gdyż jej celem jest jedynie ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen (art. 2 pkt 9 Pzp). Zawarcie umów ramowej nie stanowi zatem zaciągnięcia przez Zamawiającego zobowiązań, z których na dzień ich podjęcia nie mógłby się wywiązać. Niezależnie od powyższego należy wskazać, powołując się na orzeczenie SO w W-wie, iż nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia (wyrok SO w Warszawie z dnia 10.07.2002 r., sygn. akt: V Ca 960/02, za wyrokiem KIO z dnia 07.05.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 628/10).

Reasumując stwierdził, iż w każdym wypadku, unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców. Zarówno istnienie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu publicznego nad interes indywidualny podlegać muszą zawsze wnikliwej kontroli (wyrok SN z dnia 18.11.1993 r., III ARN 49/1993, OSNC 1994, nr 9, poz. 181). Biorąc powyższe pod uwagę uważał odwołanie za uzasadnione i wniósł o jego uwzględnienie, aby Zamawiający mógł uczynić zadość przyrzeczeniu zawarcia z Odwołującym umowy ramowej wyrażonym w decyzji o wyborze jego oferty oraz odpowiedzi na pytanie zgłoszone w trakcie postępowania zacytowane poniżej:.

*„PYTANIE NR 19*

*Jaka jest planowana data podpisania Umowy z Inżynierem Kontraktu?*

*ODPOWIEDŹ*

*Umowa ramowa zostanie zawarta z Inżynierem Kontraktu niezwłocznie po rozstrzygnięciu postępowania o zawarciu umowy ramowej”.*

Zamawiający w dniu 03.01..2012 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, odpowiedziami na pytania Wykonawców od 1 do 98, ofertą Odwołującego, pismem Zamawiającego z dnia 20.12.2011 r. unieważniającym postępowanie po wyborze oferty Odwołującego dokonany 15.06.2010 r., odwołaniem, pismem z dnia 10.01.2012 r. Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Departamentu Finansowego złożonym na rozprawie przez Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp,

a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów.

Odwołujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odnosząc się do wniosku Zamawiającego z rozprawy dotyczącego braku interesu, w ocenie Izby, argumenty przywołane, a oparte na stanowisku Odwołującego odnośnie charakteru umowy ramowej, miały charakter *stricte* polemiczny. Należy bowiem uznać, że celem każdego postępowania także takiego, w wyniku którego zostanie zawarta umowa ramowa jest uzyskanie zamówienia, tudzież w jej konsekwencji możliwość udziału w postępowaniu poprzedzającym zlecenie zadań w ramach umów wykonawczych (w tym wypadku tylko jednemu, tj. Odwołującemu – pytanie 70).

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2777/11, postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, odpowiedzi na pytania Wykonawców od 1 do 98, w szczególności 12, 18, 37, czy też 66 i 70, oferty Odwołującego, pisma Zamawiającego z dnia 20.12.2011 r. unieważniającego postępowanie po wyborze oferty Odwołującego dokonanej 15.06.2010 r., odwołania, pisma z dnia 10.01.2012 r. Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Departamentu Finansowego, złożonego na rozprawie przez Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W ogłoszeniu o zamówieniu podano, że zamówienie dotyczy projektu finansowanego ze Środków Wspólnotowych: Program Operacyjny „*Infrastruktura i Środowisko*” (Sekcja VI. pkt VI.2). Zaś, odnośnie częstotliwości zamówień które zostaną udzielone: co 12 miesięcy, proporcjonalnie do postępu robót budowlanych inwestycji (Sekcja II pkt II.1.4 – Informacje na temat umowy ramowej).

W ramach postanowień SIWZ (wersja poprawiona z dnia 10.03.2010 r.) wskazano, także, że: „*W wyniku zawarcia umowy o wykonanie dokumentacji projektowej Muzeum planuje uzyskać w 2010 r. dokumentację projektową pozwalającą na wystąpienie o pozwolenie na budowę oraz przeprowadzić postępowanie przetargowe na wybór wykonawcy robót budowlanych. Przygotowanie przetargu będzie jednym z pierwszych*

*obowiązków Inżyniera Kontraktu*" (str. 3 z 54 SIWZ). W załączniku nr 3 do SIWZ - Zakres i opis przedmiotu zamówienia stwierdzono, że: *„Przeprowadzenie procedury wyboru Wykonawcy robót budowlanych, zakończone zawarciem przez Zamawiającego umowy na realizację robót budowlanych (szacowany czas trwania: do końca I kwartału 2012 r.) ”.*

Z kolei zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, sekcja II pkt II.1.4) Informacje na temat umowy ramowej: *„Umowa ramowa z jednym wykonawcą. Czas trwania umowy ramowej: Okres w latach: 7”.* W Rozdz. 8 SIWZ. Termin wykonania zamówienia Zamawiający wskazał, że: *„Umowa ramowa z Wybrany Oferentem zostanie zawarta na okres prowadzenia inwestycji, wliczając w to okres gwarancji jakości dla robót budowlanych, wykonanych w ramach inwestycji. Zamawiający przewiduje rozpoczęcie świadczenia usług przez Inżyniera Kontraktu na podstawie pierwszego Zamówienia, udzielonego Inżynierowi Kontraktu w 2010 r.”.* Załącznik nr 4 do SIWZ - ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY RAMOWEJ stanowi z kolei, że: *„Artykuł 3. Czas trwania Umowy Ramowej Niniejsza Umowa Ramowa zostaje zawarta na okres realizacji projektu inwestycyjnego budowy Muzeum Historii Polski w Warszawie w lokalizacji Jazdów - Trasa Łazienkowska.”*

W Rozdz. 13 SIWZ Informacje dotyczące przygotowania wniosku i składania oferty, pkt 13.2.8 lit. b – Zamawiający wymaga, aby oferta zawierała – Metodologię Realizacji Zamówienia – dokument zawierający proponowany opis przebiegu całego procesu inwestycyjnego, z uwzględnieniem przepisów ogólnych determinujących realizację inwestycji, w tym w szczególności z zakresu ochrony środowiska, zabezpieczeń ppoż, zagadnień geologicznych, hydrogeologicznych, geodezyjnych, archeologicznych, urbanistyki, prawa budowlanego i Pzp. Opis powinien zawierać: Podział procesu inwestycyjnego na etapy, charakterystykę poszczególnych etapów, ogólny harmonogram przygotowania i realizacji inwestycji oraz przypisanie zasobów osobowych Wykonawcy do kolejnych etapów. System kontroli realizacji zadań oraz procedury zarządzania inwestycją, takie, jak w szczególności: wzór szczegółowego Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego oraz m.in. zatwierdzanie do realizacji dokumentacji technicznej, zatwierdzanie materiałów i urządzeń. Wskazanie ewentualnych zagrożeń na poszczególnych etapach procesu inwestycyjnego. Sposób kontroli realizacji budżetu i harmonogramu inwestycji z propozycją metodyki zatwierdzania i modyfikacji Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego. Zamawiający ustalił, że Metodologię Realizacji Zamówienia stanowi kryterium o wadze 40 % (Rozdz. 19, pkt 19.4 SIWZ). Ponadto wskazał, że w kryterium - Metodologię Realizacji Zamówienia – ocenie podlegać będzie dokument przygotowany według pkt 13.2.8 lit. b. Wyszczególniono podkryteria: podział procesu inwestycyjnego na etapy, system kontroli realizacji zadań, wskazanie ewentualnych zagrożeń oraz sposób kontroli realizacji budżetu (pkt 19.5 SIWZ). W ramach załącznika nr 2 do SIWZ - Formularz Oferty wyszczególniono: *„6.1. Pierwszą fazą realizacji projektu inwestycyjnego - przygotowanie inwestycji przed wyborem wykonawcy*

robót budowlanych (szacowany czas trwania: do końca I kwartału 2011 r.) Skompletowanie dokumentacji niezbędnej do przeprowadzenia postępowania na wybór Generalnego Wykonawcy, przeprowadzenie procedury wyboru GW, zakończone zawarciem umowy na realizację robót (szacowany czas trwania: do końca I kwartału 2012 r.). (...) 6.2. Druga faza realizacji projektu inwestycyjnego – pierwszy etap Całość robót budowlanych od przekazania Wykonawcy terenu budowy do uzyskania przez Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie (szacowany czas trwania: 24 miesiące, szacowany okres świadczenia usług: 2011 - 2014 r.) (...) 6.3. Trzecia faza realizacji projektu inwestycyjnego Rozliczenie projektu inwestycyjnego i obsługa roszczeń z tytułu gwarancji (szacowany czas trwania: 38 miesięcy, szacowany okres świadczenia usług: 2014 - 2017 r.) (...).

Ponadto, Zamawiający udzielił m.in. następujących odpowiedzi na pytania:

„PYTANIE NR 12

Prosimy o wyjaśnienie sprzecznych zapisów z załącznika nr 2 - "Formularz Oferty" i załącznika nr 3 - "Zakres i opis przedmiotu zamówienia", dotyczących terminów zakończenia procedury wyboru Wykonawcy robót budowlanych.

W punkcie 6.1., akapit drugi załącznika nr 2 zapisane jest, że termin zakończenia procedury wyboru Generalnego Wykonawcy robót budowlanych określony jest na koniec I kwartału 2012r., natomiast w pkt. 2 załącznika nr 3 szacowany czas trwania przeprowadzenia procedury wyboru Wykonawcy robót budowlanych, zakończony zawarciem przez Zamawiającego umowy na realizację robót budowlanych, wyznaczony został na koniec pierwszego kwartału roku 2011.

ODPOWIEDŹ

W załączniku nr 3 (Zakres i opis przedmiotu zamówienia) punkt 2 nastąpił błąd. Powinno być: „do końca I kwartału 2012 r.”

„PYTANIE NR 18

Proszę o potwierdzenie i doprecyzowanie ramowego harmonogramu realizacji usług. Materiały pozyskane ze strony www Zleceniodawcy (SIWZ, warunki konkursu architektonicznego na koncepcję architektoniczną) mówią o różnych terminach.  
a. Projektowanie:

i. Wykonanie projektu budowlanego – I kw. 2011 (wtedy Oferent wykona analizę dokumentacji pod względem: formalnym i kompletności ?)

ii. Uzyskanie PB – termin nieznan

iii. Weryfikacja projektu przetargowego – pomiędzy okresem I kw. 2011 a I kw. 2012 (wtedy Oferent wykona analizę dokumentacji pod względem: formalnym i kompletności ?)

iv. Weryfikacja projektu wykonawczego – termin nieznan

b. Przetarg – pomiędzy okresem I kw. 2011 a I kw. 2012

c. Budowa – w latach 2011 a 2014 – 24 miesiące

d. Gwarancja – w latach 2014 – 2017 – 36 miesięcy

#### ODPOWIEDŹ

Treść SIWZ ma pierwszeństwo przed innymi dokumentami związanymi z inwestycją. Terminy poszczególnych działań należy wywieść z treści SIWZ, z tym, że zapisy umieszczone w Załączniku nr 2 (Formularz Oferty) punkt 6.1 akapit pierwszy oraz w Załączniku nr 3 (Zakres i opis przedmiotu zamówienia) punkt 2 zostały skorygowane przez Zamawiającego. W chwili obecnej zapis brzmi: „do końca I kwartału 2012 r.”

#### „PYTANIE NR 37

W związku z nieścisłościami w datach zakończenia wymienionych w zał.2 i 3 do SIWZ faz inwestycji prosimy o potwierdzenie:

- Zakończenie Fazy I
  - Realizacja Fazy II (24 m-ce)
  - Realizacja Fazy III (38 m-cy)
- do końca I kwartału 2012 roku;
- od II kwartału 2012r., do I kwartału 2014r.;
- od II kwartału 2014r., do II kwartału 2017r.

#### ODPOWIEDŹ

Zamawiający udzielił odpowiedzi na to zapytanie w pytaniu nr 18.”

#### „PYTANIE NR 66

Dotyczy pkt 44): Uważamy, że zapis zawarty w niniejszym punkcie jest wyjątkowo krzywdzący dla Inżyniera Kontraktu; Na etapie sporządzenia oferty finansowej na swoje usługi Inżynier Kontraktu nie jest w stanie przewidzieć jakie obowiązki dla niego zostaną określone i przypisane w" ... Kontrakcie zawartym pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą Robót Budowlanych.", zatem nie jest ich w stanie przewidzieć w swojej ofercie; Postulujemy zatem o wykreślenie niniejszego punktu, lub podanie dokładnych czynności które zostaną przypisane Inżynierowi Kontraktu do wykonania, a które nie zostały uwzględnione w projekcie Umowy z Inżynierem Kontraktu, a będą opisane w Umowie z Generalnym Wykonawcą Robót Budowlanych;

#### ODPOWIEDŹ

Zamawiający chciałby zwrócić uwagę, że oferta finansowa, która zostanie przedstawiona w przedmiotowym postępowaniu dotyczy wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia Umowy Ramowej. Zamawiający zobowiązany jest w wyniku niniejszego postępowania ustalić maksymalną wartość Umowy Ramowej. Ponadto, w ramach świadczenia usług Inżyniera Kontraktu, Zamawiający powierzy Inżynierowi Kontraktu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcy Robót Budowlanych.

*Inżynier Kontraktu będzie więc miał dominujący wpływ na ustalenie zakresu swoich obowiązków związanych z wykonywaniem umowy z Wykonawcą Robót Budowlanych.”*

*„PYTANIE NR 70*

*Dotyczy "Artykułu 4 - Udzielanie zamówień w zakresie Umowy Ramowej", pkt 1, 2, 3, 4, 5: Czy w świetle zawartych w niniejszych punktach zapisów, Zamawiający przewiduje możliwość podpisania Umów na poszczególne zadania wykonywane przez Inżyniera Kontraktu z różnymi oferentami; Czy Podpisanie Umowy Ramowej z Inżynierem Kontraktu gwarantuje mu w przypadku wystąpienia czynności wymaganej do realizacji przez Inżyniera Kontraktu podpisanie Umowy Szczegółowej właśnie z nim;*

*ODPOWIEDŹ*

*Zamawiający poinformował w Ogłoszeniu o zamówieniu, iż zamierza zawrzeć Umowę Ramową z jednym wykonawcą.”*

Odwołujący w ramach formularza zadeklarował przywołane powyżej terminy, jak i załączył „*Metodologię Realizacji Zamówienia*” zawierającą podział procesu inwestycyjnego na etapy, charakterystykę poszczególnych etapów, ogólny harmonogram przygotowań i realizacji inwestycji oraz przypisanie zasobów osobowych Wykonawcy do kolejnych etapów. Harmonogram rzeczowo-finansowy został także oddzielnie załączony. Wskazał tam także na szacowany termin zakończenia I etapu szacowany przez Zamawiającego na koniec I kwartału 2012 r. Powyższy dokument podlegał ocenie w sposób kompleksowy i Odwołujący zgodnie z protokołem (DRUK ZP-21) uzyskał najwyższą ilość punktów spośród 7 Wykonawców składających ofertę. W dniu 15.06.2010 r. oferta Odwołującego została wybrana. Zaś, 20.12.2011 r. postępowanie zostało unieważnione. Wskazano, że: „*Ogłaszając przedmiotowe postępowanie Zamawiający kierował się posiadaną wiedzą na temat planowanego rozpoczęcia prac związanych z Budowa Muzeum Historii Polski oraz harmonogramu prowadzenia wskazanej inwestycji. Po dokonany wyborze wykonawcy, ale przed zawarciem umowy, okazał się, iż inwestycja (...) nie rozpocznie się w 2011 r., zarówno w obszarze robót budowlanych, jak i prac planistycznych, związanych z powstaniem dokumentacji projektowej. Zamawiający w 2011 r. prowadził w przedmiotowym postępowaniu ustalenia dotyczące zapisów umowy, mając nadzieję, że umowa zostanie podpisana. Niestety zgodnie z obecnie posiadaną wiedzą prace związane z budową Muzeum nie rozpoczną się również w roku 2012. W konsekwencji, pomimo dalszych zamierzeń budowy siedziby Muzeum, brak harmonogramu odnośnie przewidywanych dat rozpoczęcia inwestycji skutkuje brakiem interesu społecznego w zawieraniu umowy, której w zakreślonym w treści ogłoszenia horyzoncie czasowym nie będzie można zrealizować. (...)*”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.



Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz art. 99 w związku z art. 7 ust.3 Pzp, Izba rozpatrzyła łącznie z uwagi na ich charakter, uznając, że istotną i decydującą kwestią jest zaistnienie lub też nie przesłanek wynikających z art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego w tym zakresie, w konsekwencji oddalając odwołanie. Należy zauważyć, że Izba nie neguje orzecznictwa przywołanego w odwołaniu, jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym nie ma ono zastosowania.

W pierwszej kolejności, odnośnie pierwszej przesłanki (istotna zmiana okoliczności - w okresie od rozpoczęcia procedury przetargowej do momentu unieważnienia postępowania), zasadnym jest wskazanie, że bazując na pisemnym stanowisku Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego (pismo z dnia 10.01.2012 r.), skutkiem nie przewidzenia w projekcie budżetu państwa na 2012 r. środków finansowych na kontynuację inwestycji pn.: „*Budowa Muzeum Historii Polski*” jest definitywna niemożność realizacji zamówienia oraz istotna zmiana w odróżnieniu od stanu istniejącego w dacie wszczęcia postępowania. Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego na okoliczność dysponowania przez Zamawiającego koniecznymi środkami. Jego stanowisko *de facto* sprowadzało się jedynie do możliwości oczekiwania na zawarcie umowy ramowej do bliżej nieokreślonego czasu uzyskania przez Zamawiającego koniecznych środków finansowych (odmiennie niż zarzut i żądanie w odwołaniu).

Względem drugiej przesłanki (zmiany tej nie można było przewidzieć wcześniej - w chwili rozpoczęcia procedury przetargowej), Izba uznała, że zmiana miała charakter nieprzewidywalny. Podczas rozprawy Zamawiający oświadczył, że zgodnie z porozumieniem z Ministrem Kultury i Dziedzictwa Narodowego w dniu wszczęcia postępowania przyrzeczono Zamawiającemu współfinansowanie postępowania, którego dotyczy odwołanie, jak i samej budowy nowej siedziby Muzeum Historii Polski w ramach Programu Operacyjnego „*Infrastruktura i Środowisko*” na lata 2007-2013 (powyższe potwierdzają postanowienia ogłoszenia o zamówieniu - Sekcja VI. 2). Wskazał, iż z uwagi na rozdysponowanie środków z tego źródła, finansowanie przedmiotu zamówienia było niemożliwe. Właściwym jest także stwierdzenie, że wobec tymczasowego charakteru obecnej siedziby Muzeum Historii Polski i prestiżowego charakteru inwestycji, miał Zamawiający wyraźne podstawy do uznania zasadności swoich działań związanych z ogłoszeniem przedmiotowego postępowania na zawarcie umowy ramowej prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: „*Świadczenie usług Inżyniera Kontraktu w projekcie budowy siedziby Muzeum Historii Polski w Warszawie w lokalizacji Jazdów - Trasa Łazienkowska*”. Biorąc powyższe pod uwagę, jak i wobec braku środków własnych wyczerpanych na skutek przeprowadzenia postępowań na które wskazywał Odwołujący w odwołaniu oraz uwzględniając, że utrata przyrzeczonych środków nastąpiła na skutek

decyzji podmiotu zewnętrznego – Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, należy uznać zaistnienie drugiej z przesłanek art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp.

W kwestii trzeciej z przesłanek (prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym), Izba nie neguje, że interes publiczny, to nie interes Zamawiającego. Nie przeczy także, że zawieszona inwestycja bezsprzecznie o prestiżowym charakterze wychodzi naprzeciw potrzebom społecznym, o tyle zaciąganie zobowiązań, z których na dzień ich podjęcia Zamawiający nie może się wywiązać przeczy interesowi publicznemu wprost. Uznać zatem należy, że interes publiczny wyraża się przede wszystkim w bezpieczeństwie finansowym państwa, którego zachwiane powodować będzie zagrożenie zaniechania wykonania obowiązków ciążących na państwie z mocy ustaw – wypłaty świadczeń socjalnych, finansowania świadczeń zdrowotnych oraz świadczenia innych usług wskazanych przykładowo w powołanej uchwale.

Izba przy rozpatrywaniu przedmiotowego stanu faktycznego wzięła pod uwagę orzeczenia KIO (wyrok z dnia 18.03.2011 r., sygn. akt: KIO 457/11; wyrok z dnia 01.04.2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 606/11, czy też wyrok z dnia 19.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2163/110 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 07.07.2009 r., sygn. akt: V Ca 1187/09: *„Należy przyjąć, iż sformułowanie treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp, w którym mowa o zmianie okoliczności należy rozumieć, jako zaistnienie pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania przetargowego nie leży w interesie publicznym. Za takie zdarzenie należy bez wątplenia uznać blokadę środków przeznaczonych na finansowanie (...). Blokada środków finansowych na przedmiotowe zamówienie była decyzją, której nie można było wcześniej przewidzieć.”*

W tym kontekście, Izba odniesie się także do kwestii ramowego charakteru umowy, która miała zostać zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania. Należy zauważyć, że w wyniku jej zawarcia Zamawiający przez okres 7 lat mógłby zlecać umowy realizacyjne (wykonawcze), co 12 miesięcy, proporcjonalnie do postępu robót budowlanych inwestycji (Sekcja II pkt II.1.4 – Informacje na temat umowy ramowej).

Izba wątpi, aby ewentualne zaniechanie ze strony Zamawiającego w tym zakresie przez ten okres, biorąc pod uwagę prestiżowy charakter zamówienia, nie spowodowałyby podjęcia przez Odwołującego stosownych kroków prawnych natury odszkodowawczej. Umowa ramowa może bowiem być potraktowana jako umowa przedwstępna, stanowisko doktryny w tej materii dopuszcza taką ewentualność. Jednakże, zasadnym jest wskazanie na pewną istotną okoliczność, Odwołujący wskazywał na szacunkowy i nie wiążący charakter czasookres wskazanego w ogłoszeniu i SIWZ, a także w jego ofercie. Izba, jednakże zauważa, że zgodnie z art. 101 ust. 2 Pzp Zamawiający udzielając zamówienia (realizacyjnego, wykonawczego) może dokonać zmiany warunków zamówienia w stosunku

do określonych w umowie ramowej, jeśli zmiana ta nie jest istotna. Zamawiający nie może dokonywać zmiany kryteriów oceny ofert określonych w umowie ramowej. Biorąc pod uwagę, że jednym z kryteriów w postępowaniu na podpisanie umowy ramowej była „*Metodologia realizacji zamówienia*” (Rozdz. 19, pkt 19.4 i 5 w związku z Rozdz. 13, pkt 13.2.8 SIWZ) zawierająca podkryteria odnoszące się do podziału procesu inwestycyjnego na etapy, czy też kontroli realizacji zadań, czyli *de facto* zawierała odniesienia do harmonogramu realizacji zamówienia, który również był oceniany, Izba uznała, że zmiany jakie musiałby dokonać Zamawiający w warunkach postępowania poprzedzającego zlecenie zadań w ramach umów wykonawczych, byłyby istotne. Można nawet uznać, że wobec punktowania harmonogramu (został załączony przez Odwołującego w ramach przywołanej „*Metodologii (..)*”), Zamawiający musiałby zmienić kryterium oceny ofert w stosunku do określonego w umowie ramowej. W konsekwencji nie ma możliwości (abstrahując od kwestii terminu związania ofertą – umowa ramowa nie została podpisana) zawarcia umowy ramowej dopiero z chwilą uzyskania środków np. w roku 2013, 2014, czy też 2015, uznając, że miałyby jedynie miejsce przesunięcie w czasie przy zachowaniu tego samego zakresu. Zamawiający zasadnie także wskazywał, że I etap przewidywał zawarcie umowy z autorem projektu (koncepcji) na wykonanie dokumentacji projektowej, który miał przewidziany na niniejsze zamówienie okres 2 letni (str. 3 z 54 SIWZ, pkt 6.1 Formularza Oferty, pytanie 12 oraz zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego na rozprawie). Dopiero na bazie przedmiotowej dokumentacji wybrany Inżynier Kontraktu miał przeprowadzić postępowanie na wybór Generalnego Wykonawcy budowy Budynku Muzeum Polski w ramach swoich obowiązków (pytanie 66). Izba wskazuje, że o istotnym charakterze, znaczeniu terminów realizacji świadczą także pytania i odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego w tym zakresie w toku postępowania (pytanie 12, 18, czy też 37). Należy także uznać, że pozostałych 6 Wykonawców wiedząc o tym, że umowa ramowa, jaki i pierwsza z umów wykonawczych nie będzie zawarta, ani w roku 2010, ani 2012 uwzględniliby tą okoliczność w złożonych w postępowaniu ofertach uzyskując inną liczbę punktów. Ponadto, w ocenie Izby nie było celem Ustawodawcy stworzenie instytucji prawnej, która w świetle prawa pozwalałaby na oczekiwanie na zawarcie umowy ramowej za 2, czy też 5 do 10 lat licząc od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli na tzw. „*lepsze czasy*”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....