

WYROK
z dnia 26 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: **1. IWENT Sp. z o.o., ul. Cieszyńska 96, 43-426 Dębowiec; 2. REMONTEX Sp. z o.o., ul. Rymera 4, 44-270 Rybnik; 3. PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO-USŁUGOWE I HANDLOWE „METROL” Sp. z o.o., ul. Kolejowa 44, 57-240 Kamieniec Żąbkowicki**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: **1. IWENT Sp. z o.o., ul. Cieszyńska 96, 43-426 Dębowiec; 2. REMONTEX Sp. z o.o., ul. Rymera 4, 44-270 Rybnik; 3. PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO-USŁUGOWE I HANDLOWE „METROL” Sp. z o.o., ul. Kolejowa 44, 57-240 Kamieniec Żąbkowicki, 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: **1. IWENT Sp. z o.o., ul. Cieszyńska 96, 43-426 Dębowiec; 2. REMONTEX Sp. z o.o., ul. Rymera 4, 44-270 Rybnik; 3. PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO-USŁUGOWE I HANDLOWE „METROL” Sp. z o.o., ul. Kolejowa 44, 57-240 Kamieniec Żąbkowicki – tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: *Modernizacja i remont 130 sekcji obudowy zmechanizowanej (typu BW 20/41 POz i BW 20/41 POz/S) dla KW S.A. Oddział KWK „Marcel”* (zadanie nr 1), na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „ustawą”. Numer postępowania nadany przez zamawiającego: 221500512/01.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19.12.2015 r., nr 2015/S 246-448417.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: IWENT Sp. z o.o. z siedzibą w Dębowcu; REMONTEX Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku; PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO-USŁUGOWE I HANDLOWE „METROL” Sp. z o.o. z siedzibą w Kamieńcu Ząbkowickim – wniósł w dniu 7 kwietnia 2016 r. odwołanie wskazując czynności lub zaniechania zamawiającego, którym zarzucił niezgodność z przepisami ustawy Pzp: 1. unieważnienie postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, pomimo że nie zostały spełnione przesłanki do unieważnienia postępowania; 2. zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, pomimo że oferta Odwołującego na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy, stanowiła najkorzystniejszą ofertę spośród dwóch niepodlegających odrzuceniu ofert: Odwołującego oraz wykonawcy działającego pod firmą Becker Warkop spółka z o.o. z siedzibą w Świerklanach.

Zarzuty. Wskazanym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie: 1) art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez jego błędną wykładnię i zastosowanie, a w konsekwencji: a. niesłuszne przyjęcie, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, przez błędne uznanie, że przesłanki powyższe wypełnia pojawienie się mocy przerobowych w wewnętrznym Zakładzie Remontowo-Produkcyjnym, podczas gdy wskazana okoliczność powinna zostać oceniona jedynie jako co najwyżej okoliczność powodująca, że udzielenie zamówienia nie leży w interesie Zamawiającego. Nadto okoliczność tę można było wcześniej przewidzieć, nie jest to również zmiana okoliczności, tym bardziej istotna, bowiem Zamawiający powinien posiadać informacje, że Zakład Remontowo-Produkcyjny dysponuje mocami przerobowymi po pierwszym kwartale 2016 r., w każdym zaś razie informacje takie mógł uzyskać w toku

normalnym czynności, b. niewykazanie w sposób niebudzący żadnych wątpliwości okoliczności, na które powołano się w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, tj.:

- i. niewyjaśnienie jaki interes publiczny miałby być podstawą do unieważnienia postępowania,
- ii. nieudowodnienie, że powołane przez Zamawiającego okoliczności są od niego niezależne, podczas gdy *de facto* wynikają one ze struktur wewnątrzorganizacyjnych przedsiębiorstwa Zamawiającego i podlegają bezpośrednio jego dyskrecyjnym decyzjom,
- iii. nieudowodnienie, że Zamawiający nie miał możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia okoliczności wskazanych w Informacji o wyniku postępowania przetargowego z dnia 29 marca 2016 r., podczas gdy z uzasadnienia wynika, że Zamawiający posiadał wiedzę na temat ww. okoliczności już na etapie poprzedzającym przeprowadzenie postępowania, a także ze względu na krótki czas pomiędzy wszczęciem postępowania, a jego unieważnieniem (ogłoszenie o zamówieniu ukazało się dnia 19 grudnia 2015 r., termin składania ofert upływał 27 stycznia 2016 r., unieważnienie zaś miało miejsce dnia 29 marca 2016 r.), podczas którego nie wystąpiły żadne istotne i nieprzewidywalne okoliczności zewnętrzne wpływające na sytuację Zamawiającego,
- iv. niewykazanie, że interes wskazany przez Zamawiającego jest na tyle ważny i znaczący, a nadto ważniejszy od interesu Odwołującego, że postępowanie winno zostać unieważnione.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania. Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania – zadanie nr 1;
- 3) nakazanie Zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie:

I. Warunki formalne odwołania. Stan faktyczny. Odwołujący powziął wiadomość o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 1 w dniu 29 marca 2016 r. dowód: Informacja o wyniku postępowania przetargowego

II. Interes odwołującego. Odwołujący spełnia przesłanki materialnoprawne z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku uwzględnienia odwołania, istnieje nie tylko możliwość, ale wręcz całkowita pewność uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (wyroki z dnia 8 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1338/10; z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2933/12).

W wyniku rozstrzygnięcia odwołania Odwołującego z dnia 15 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 195/16, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie przeprowadzonej w dniu 15 lutego 2016 r. aukcji

elektronicznej, wykluczenie wykonawcy oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: spółkę pod firmą Urządzenia i Konstrukcje spółka akcyjna z siedzibą w Żorach (dalej jako „UIK”) i dokonanie ponownej oceny ofert. W wyniku powyższego, w postępowaniu uczestniczą obecnie Odwołujący oraz spółka z o.o. pod firmą Becker Warkop z siedzibą w Świerklanach (dalej jako „BW”). Porównanie ofert obu wykonawców implikuje stwierdzenie, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, ergo Zamawiający obowiązany jest dokonać jej wyboru na podstawie oceny ofert, zgodnie z kryteriami oceny określonymi w SIWZ, na który składały się cena oraz okres gwarancji. W tym stanie rzeczy – oferta Odwołującego, jako przedstawiająca najniższą cenę, oraz jeden z najdłuższych okresów gwarancji, będzie musiała zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a więc zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp Odwołujący „(...) ma interes w uzyskaniu danego zamówienia (...)”. W obecnym stanie rzeczy, w wyniku podjęcia przez Zamawiającego czynności i zaniechań niezgodnych z ustawą Pzp, możliwość Odwołującego w uzyskaniu zamówienia została wykluczona, a więc zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp Odwołujący „(...) może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”. W związku z powyższym uznać należy, że Odwołujący posiada legitymację do złożenia środka ochrony prawnej, bowiem wciąż ma on interes w uzyskaniu danego zamówienia i poniesie on szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Jak podkreśla się w doktrynie prawa, interes winien być rozumiany szeroko, obejmując zarówno interes majątkowy jak i niemajątkowy. Nie jest konieczne doznanie uszczerbku w interesie prawnym, a wystarczy jego samo zagrożenie. W ocenie Odwołującego, przez bezprawne działania Zamawiającego jego interes prawny został naruszony, co skutkowało brakiem możliwości uzyskania zamówienia.

1. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć – orzecznictwo: wyroki Izby: z dnia 20 lutego 2013 r. (KIO 304/13); z dnia 20 czerwca 2012 r. (KIO 1171/12) oraz z dnia 5 października 2011 r. (KIO 2047/11); z dnia 21 kwietnia 2015 r. (KIO 686/15); z dnia 22 stycznia 2015 r., KIO 2832/14); z dnia 3 września 2013 r., KIO 2006/13; orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 18 marca 2013 r., DB-0965/19/13); orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 2 grudnia 2013 r., BDF1/4900/64/69/13/RWPD-57591).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wykazał (nie udowodnił) wystąpienia żadnej podstawy unieważnienia postępowania.

1a. Istotna zmiana okoliczności. Zamawiający w piśmie z dnia 29 marca 2016 r. nie wskazał, by zaistniała jakakolwiek zmiana okoliczności, tym bardziej taka, którą można

byłoby uznać za istotną. Z analizy treści ww. pisma jedynie wywnioskować można, że Zamawiający upatruje istotnej zmiany okoliczności w fakcie, że Zakład Remontowo-Produkcyjny będący jednostką Zamawiającego posiada moce przerobowe w II kwartale 2016 r. – wyroki Izby: z dnia 22 stycznia 2015 r. (KIO 2832/14); z dnia 3 czerwca 2014 r. (KIO 991/14; KIO 1001/14).

Odwołujący uznał, że posiadanie własnego Zakładu Remontowo-Produkcyjnego zostało przez Zamawiającego wskazane w piśmie *expressis verbis*. Nie może stanowić to więc zmiany okoliczności. Fakt, że Zakład ten posiada w II kwartale br. możliwości przerobowe nie jest ani okolicznością zewnętrzną (niezależną od Zamawiającego), ani też zdarzeniem bardzo rzadkim, niezwykle. Zamawiający jest podmiotem, w którego strukturach znajduje się jednostka remontująca oraz produkcyjna. Zajmuje się ona zapewne ciągłymi remontami na rzecz Zamawiającego, a więc fakt, że w pewnych okresach jest ona bardziej obciążona pracą, zaś w innych mniej obciążona robotami jest okolicznością notoryjną, niewymagającą dowodów i wynikającą z wiedzy i doświadczenia życiowego. Nic nie stało na przeszkodzie, by Zamawiający zlecił Zakładowi Remontowo-Produkcyjnemu roboty objęte przedmiotem zamówienia w II kwartale 2016 r., *ergo* by Zamawiający nie wszczął postępowania o udzielenie zamówienia. Należy mieć na względzie, że skoro Zamawiający „posiada własny Zakład Remontowo-Produkcyjny” (pismo z dnia 29 marca 2016 r.), to może zlecić mu wykonanie określonych prac w określonym terminie. Skoro ww. Zakład wskazał, że nie posiada mocy przerobowych w I kwartale, Zamawiający miał pełną swobodę, by zlecić wykonanie prac w II kwartale. Przyjęcie przez Zamawiającego określonego idyllicznego scenariusza (udzielenie zamówienia bez wnoszenia jakichkolwiek środków ochrony prawnej przez wykonawców) nie może sprowadzać negatywnych konsekwencji na wykonawców. Odwołujący podkreślił również, że procedura przetargowa nie była procedurą przewlekłą (na co może wskazywać pismo Zamawiającego z 29 marca 2016 r.), bowiem ogłoszenie o zamówieniu ukazało się dnia 19 grudnia 2015 r., termin składania ofert upływał 27 stycznia 2016 r., aukcja elektroniczna odbyła się dnia 15 lutego 2016 r. (w tym dniu wniesiono również odwołanie), wyrok KIO w wyniku odwołania wydany został 1 marca 2016 r., z kolei unieważnienie miało miejsce dnia 29 marca 2016 r.

Cała procedura zamknęła się w przeciągu trzech miesięcy, co nie może zostać uznane za okoliczność bardzo rzadką czy niezwykle. Zamawiający powinien przewidzieć, że wykonawcy będą składali środki ochrony prawnej, co może wpłynąć na nieznaczne wydłużenie postępowania. Zamawiający wskazuje jako informację o braku możliwości przerobu Zakładu Remontowo-Produkcyjnego pismo z dnia 10 lipca 2015 r. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 19 grudnia 2015 r., a więc po ponad 5 miesiącach. Zamawiający nie wskazuje dlaczego nie wystosował do własnego Zakładu pisma tuż przed rozpoczęciem procedury przetargowej z podobnym zapytaniem oraz w jakim terminie powziął on informację

o możliwych mocach przerobowych Zakładu odnośnie II kwartału 2016 r. oraz, kiedy sam Zakład powziął informację o możliwości realizacji robót w II kwartale 2016 r. Niezwykle istotne dla rozpoznania istoty sprawy jest wskazanie postulowanego przez Zamawiającego ciągu zdarzeń w postępowaniu. Gdyby postępowanie prowadzone było w terminach zgodnych z oczekiwaniami Zamawiającego, aukcja elektroniczna odbyłaby się dnia 15 lutego 2016 r., z wyłonionym w niej wykonawcą podpisana zostałaby umowa prawdopodobnie pod koniec lutego lub na początku marca 2016 r. Z § 3 załącznika nr 5 do SIWZ (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy) wynika, że termin rozpoczęcia odbioru sekcji od Zamawiającego określony został na 3 tygodnie od zawarcia umowy (koniec marca 2016 r.), z kolei początek terminu dostaw sekcji po modernizacji ustalony został na 4 tygodnie od momentu odbioru pierwszej sekcji od Zamawiającego (koniec kwietnia 2016 r.). Dostawy sekcji mają zaś być dokonywane sukcesywnie po minimum 30 sztuk w tygodniu, co daje: 130 sekcji / 30 sztuk w tygodniu = 5 tygodni (koniec maja 2016 r.). Nie znajduje więc oparcia w rzeczywistości twierdzenia Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 29 marca 2016 r., że procedura przetargowa została przewleczona „(...) nie została zakończona w przewidywanym terminie (...)”. Należy wręcz wskazać, że od samego początku Zamawiający przewidywał konieczność prowadzenia prac związanych z przedmiotowym zamówieniem w II kwartale 2016 r., Zamawiający wykazał się daleko idącym niedbalstwem nie zasięgając informacji na temat możliwości przerobowych Zakładu Remontowo-Produkcyjnego w II kwartale 2016 r., a jedynie w I kwartale 2016 r. Mając na uwadze powyższe wskazał, że nie doszło do zmiany okoliczności, które byłyby niezależne od Zamawiającego i na tyle ekstraordynaryjne, by można było przypisać im przymiot istotnej zmiany okoliczności.

Ib. Interes publiczny. Zgodnie ze zdaniem doktryny i judykatury, na Zamawiającym ciąży obowiązek wskazania, o jaki interes publiczny chodzi oraz wykazania, że jest on na tyle ważny, że postępowanie musi być unieważnione (zob. J. Nowicki [w:] A. Bazan, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2015). Zamawiający w piśmie z dnia 29 marca 2016 r. nie wskazuje żadnego interesu publicznego w unieważnieniu postępowania. Z pisma tego wywnioskować można jedynie, że interes ten Zamawiający upatruje w możliwości realizacji prac przez Zakład Remontowo-Produkcyjny działający w strukturach Zamawiającego. Niemniej jednak piśmiennictwo i judykatura KIO wskazują, że interes publiczny nie może zawężyć się do interesu zamawiającego, a tym bardziej do jeszcze niepewnego interesu zamawiającego (wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r., KIO 256/13). Nie ulega wątpliwości, że realizacja prac przez własną jednostkę działa w interesie ekonomicznym Zamawiającego, co nie może zostać przyrównane do interesu publicznego, o którym mowa w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, by Zakład Remontowo-Produkcyjny miał rzeczywiście wykonywać prace będące przedmiotem zamówienia, toteż

interes własny Zamawiającego, o ile w ogóle istnieje, jest jedynie interesem niepewnym, a więc tym bardziej nie jest tożsamy z interesem publicznym. Powyższe potwierdza również wyrok S.N. z dnia 18 listopada 1993 r. (III ARN 49/93), w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że w państwie prawnym nie ma miejsca dla mechanicznie i sztywno pojmowanej zasady nadrzędności interesu ogólnego nad interesem indywidualnym. Oznacza to, że w każdym indywidualnym przypadku działający organ ma obowiązek wskazać, o jaki interes ogólny (publiczny) chodzi, i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczeń uprawnień indywidualnych obywateli. Podkreślił, że przedmiotem postępowania nie są usługi publiczne, rozumiane jako wykonywanie zadań statutowych dla potrzeb ludności (wyrok KIO z dnia 4 marca 2014 r., KIO 293/14; KIO 294/14). Ze względu na niejasność pojęcia interesu publicznego, zasadnym będzie wskazanie, że pewne próby jego zdefiniowania podejmował Trybunał Konstytucyjny – uchwałą TK z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96 (przywołania w postanowieniu KIO z dnia 7 listopada 2008 r. (KIO/W 3/08) oraz wyrok TK z dnia 9 listopada 2010 r., K 13/07 (przywołany w wyroku KIO z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2777/11).

Mając na uwadze powyższe, w niniejszej sprawie nie można mówić o istnieniu na tyle ważnego interesu publicznego (w żadnym miejscu niewskazanego przez Zamawiającego), by uzasadniał on ograniczenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Co istotne, naruszeniem interesu publicznego nie będą także zdarzenia powstałe wskutek niedbalstwa zamawiającego. Zamawiający musi także wykazać, że przy zachowaniu należytej staranności nie mógł wcześniej przewidzieć istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leżą w interesie publicznym, przy czym interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego (J. Nowicki [w:] A. Bazan, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2015). Zamawiający w piśmie z dnia 29 marca 2016 r. podnosi, że „Zamawiający posiada własny Zakład Remontowo-Produkcyjny (...)”. Oznacza to, że w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający posiadał wiedzę o istnieniu ww. podmiotu, był to podmiot znajdujący się w strukturach Zamawiającego i Zamawiający mógł precyzyjnie określić w jakim terminie ww. Zakład będzie w stanie realizować prace (będzie miał moce przerobowe). Zamawiający zaniechał wskutek niedbalstwa uzyskania powyższych informacji, skutkiem czego na obecnym etapie postępowania nie ma on możliwości powoływania się na okoliczności, które istniały już w momencie wszczęcia postępowania. Judykatura wskazuje, że nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Inne niż wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeby zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia nie może być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania. Dopiero wykazanie, że wykonanie

zamówienia będzie godzić w interes publiczny może powodować, że środki nań przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone. Interes publiczny musi być przy tym na tyle istotny, aby uzasadniał jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania (wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2015 r., KIO 686/15) oraz wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2013 r. (KIO 764/13), wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r. (KIO 304/13).

Odwołujący wskazał, że nie tylko Zamawiający nie wskazał żadnego interesu publicznego, który uzasadniałby unieważnienie postępowania, a nadto nie istnieje obiektywnie żaden interes publiczny, który mógłby stanowić podstawę do uznania unieważnienia postępowania za zasadne. Na marginesie powyższego wskazał, że dla oceny przedmiotowej sprawy prawnie irrelevantna jest sytuacja ekonomiczna i gospodarcza gałęzi gospodarki, którą zajmuje się Zamawiający. Po pierwsze dlatego, że słaba koniunktura na węgiel utrzymuje się od bardzo długiego czasu, a więc nie jest to okoliczność nieznaną Zamawiającemu, po drugie dlatego, że możliwość zmniejszenia wydatków przez Zamawiającego nie świadczy jeszcze o tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Powyższe przyjął S.O. w Nowym Sączu w wyroku z dnia 22 września 2009 r. (III CA 418/09) wskazując, że nie można utożsamiać interesu publicznego z interesem ekonomicznym zamawiającego, nawet jeśli zamawiającym jest podmiot świadczący usługi leczenia ludności. Z kolei podobnie jak górnictwa, zadłużenie podmiotów leczniczych jest również powszechnie znane, co więcej usługi leczenia ludności można byłoby w określonych okolicznościach nazwać interesem publicznym, jako realizujące działania dla szerokich kręgów społeczeństwa.

lc. Brak możliwości wcześniejszego przewidzenia. Zgodnie z zaprezentowanymi powyżej wyjaśnieniami Odwołujący wskazał, że wszelkie okoliczności podane w piśmie Zamawiającego z dnia 29 marca 2016 r. możliwe były do wcześniejszego przewidzenia. Nie można uznać za nieprzewidywalne faktu istnienia w strukturach Zamawiającego Zakładu Remontowo-Produkcyjnego („Zamawiający posiada własny Zakład...”), nie można uznać za niemożliwe do przewidzenia terminów udzielenia i realizacji zamówienia („...procedura przetargowa nie została zakończona w przewidywanym terminie...”), można było przewidzieć, a przede wszystkim zasięgnąć informacji o możliwości wykonywania robót przez Zakład w II kwartale 2016 roku („...posiada już w II kwartale 2016 r. moce przerobowe...”), Zamawiający nie udowadnia, że nie można było przewidzieć przesunięcia planowanego do wykonania na potrzeby KWK Piast remontu sekcji 112 szt. Sekcji obudowy zmechanizowanej, bowiem decyzję o powyższym podjął sam Zamawiający, a więc była ona do przewidzenia, podobnie jak do przewidzenia (bowiem powszechnie znany od długiego czasu) był kryzys na rynku węgla („wobec kryzysu na rynku węgla”). Nie można stwierdzić, by kryzys na rynku węgla i związane z nim ustalenie niższych planów wydobywczych dla

KWK Piast były okolicznościami wcześniej niemożliwymi do przewidzenia, bowiem w obliczu powszechnie znanego kryzysu są to arbitralne decyzje Zamawiającego, których nikt mu nie narzucił – wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r., KIO/UZP 606/11). Dla przykładu zmianą niemożliwą do przewidzenia może być zmiana przepisów obowiązującego prawa, niezależna od działań Zamawiającego, natomiast zmiana prawa jest czynnikiem zewnętrznym, niezależnym od woli zamawiającego, a sam fakt częstych zmian w przepisach nie przesądza zaliczenia ich do kategorii zdarzeń przewidywalnych, podobnie jak fakt występowania jakichkolwiek powiązań pomiędzy zamawiającym a inicjatorem zmian (wyrok KIO z dnia 9 maja 2012 r., KIO 815/12; KIO 826/12; KIO 837/12). Odwołujący wskazał, że wszelkie decyzje podjęte przez Zamawiającego nie mogą zostać uznane za niemożliwe do przewidzenia, skoro wynikały one bezpośrednio ze zwykłych warunków prowadzenia działalności, a w tym również powszechnie znanego i istniejącego kryzysu na rynku węgla. Mając na uwadze powyższe wskazał, że nie zaistniał jakiegokolwiek brak możliwości wcześniejszego przewidzenia okoliczności, które w opinii Zamawiającego miałyby uzasadniać unieważnienie postępowania. Konkludując powyższe, Odwołujący wskazał, nie wystąpiły żadne przesłanki umożliwiające Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z redakcją przepisu, zdaniem doktryny i judykatury, nawet niewystąpienie choćby jednej z podstaw wskazanych w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp uniemożliwia Zamawiającemu powołanie się na ww. normę i unieważnienie postępowania w oparciu o cytowany przepis. Wniósł jak w *petitum* odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości. Na wstępie odniósł się do zarzutu Odwołującego, że w informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie wykazał żadnej z przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp.

W orzecznictwie przyjmuje się, że wspomniany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek podania uzasadnienia prawnego oraz faktycznego podjętej decyzji, nie określa zaś zakresu informacji, jakie należy w uzasadnieniu wskazać. Jedynie zupełny brak uzasadnienia albo wskazania okoliczności, z których nie można wywieść, jaki w istocie jest powód podjęcia określonej decyzji, może świadczyć o naruszeniu wspomnianego przepisu.

Zamawiający podał podstawę prawną unieważnienia oraz uzasadnienie faktyczne. Z treści pisma wynika, jakie były powody podjęcia decyzji o unieważnieniu. Powody te wypełniają wszystkie przesłanki art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp. Wykonawcy nie mogli mieć żadnych wątpliwości, z jakich powodów doszło do unieważnienia postępowania.

Ad 1. Nie podzielił argumentacji Odwołującego, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie zaszły istotne zmiany okoliczności uzasadniające unieważnienie

postępowania. Podstawową zmianą w stosunku do zakładanej w momencie wszczynania postępowania było uwolnienie mocy przerobowych Zakładu Remontowo-Produkcyjnego dalej „Zakład” w II kwartale 2016 r., które stanowiło faktyczną zmianę o charakterze istotnym, która była niezależna od samego Zamawiającego oraz spowodowana zdarzeniem nie występującym w normalnym toku spraw.

Spółka KW S.A. przechodzi proces restrukturyzacji. Celem tego procesu jest wdrożenie planów naprawczych mających zapobiec likwidacji kopalń, a co za tym idzie tysięcy miejsc pracy. W związku ze stale pogłębiającym się kryzysem na rynku węgla plan naprawczy ulega zmianom. Podstawowym założeniem planu jest utworzenie Polskiej Grupy Górniczej (Nowej Kompanii Węglowej).

Filarem planu naprawczego KW S.A. jest wdrożenie programu oszczędnościowego. Program ten jest dostosowywany do aktualnie panujących warunków rynkowych. Przejęcie przez Zakład wykonania zamówienia polegającego na modernizacji 130 obudów jest elementem tego planu.

Zamawiający podniósł, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w grudniu 2015 r. W tym czasie najwyższa cena węgla według ARA Index wynosiła 49,53 USD za tonę. W marcu 2016 r., kiedy postępowanie zostało unieważnione cena węgla wynosiła i już 44,51 USD za tonę (dane na dzień 29 marca 2016 r. – dzień unieważnienia). Przez okres około 4 miesięcy cena węgla spadła o 5,02 USD za tonę, biorąc pod uwagę rosnące koszty wydobycia, stanowiło dużą stratę dla KW S.A. Wahania na rynku wydobycia i sprzedaży węgla są na tyle wysokie, że Zamawiający nie jest w stanie ich przewidzieć. Jako przykład wskazał okoliczność, że jeszcze na początku 2016 r. cena węgla wynosiła prawie 49 USD za tonę. Działanie Zamawiającego stanowiło odpowiedź na pogłębiającą się dekoniunkturę na rynku węgla. Zamawiający nie mógł przewidzieć tak wysokiego tąpnięcia ceny węgla jak w marcu 2016 r. Zmieniająca się sytuacja na rynku węgla kamiennego jest okolicznością zewnętrzną, niezależną od zamawiającego, która w sposób bezpośredni wpływa na jego sytuację.

Cena oferty Odwołującego to 11 352 900,00 zł. Wykonanie prac przez Zakład stanowi dla KW S.A. koszt o wiele niższy niż cena, za jaką Odwołujący wykonałby umowę. Zamawiający unieważniając postępowanie, nie chciał pomnażać zysków tylko maksymalnie ograniczyć straty i ratować miejsca pracy.

Zamawiający wskazał, że nie można zgodzić się z Odwołującym, że niepotrzebnie wszczynał postępowanie skoro dysponował Zakładem, który mógł zostać zaangażowany do pracy w każdym czasie. Praca Zakładu jest ustalana z wyprzedzeniem w Harmonogramach remontów i modernizacji obudów zmechanizowanych z wykorzystaniem mocy przerobowych wydziałów produkcyjnych (dalej: „Zakład”).

Zgodnie z Harmonogramem z dnia 7 grudnia 2015 r. za okres od stycznia 2015 r. do grudnia 2017 r., praca Zakładu w okresie od daty wszczęcia postępowania do II kwartału 2016 r. została zaplanowana w następujący sposób: -styczeń 2016 r. – remont i modernizacja w KWK Halemba-Wirek, -luty-marzec 2016 r. – remont i modernizacja KWK Chwałowice, -kwiecień 2016 r. – remont i modernizacja KWK Bielszowice, -kwiecień 2016 r. – remont KWK Rydułtowy Anna, -kwiecień-czerwiec 2016 r. – remont KWK Piast.

Przed rozpoczęciem każdej procedury mającej na celu wykonanie remontu obudowy KWK zainteresowana pozyskaniem usługi jest zobowiązany do uzyskania stanowiska Zakładu co do możliwości jego wykonania. Tak też procedura została pomiędzy Oddziałami Spółki przeprowadzona. Negatywne stanowisko w sprawie możliwości realizacji zostało wyrażone w korespondencji z lipca 2015 r.

Powołując się na powyższe, Zamawiający wszczynając postępowanie miał świadomość, że w okresie od I do II kwartału 2016 r. Zakład nie będzie mógł być angażowany do innych prac wewnętrznych. Z tego względu została podjęta decyzja o ogłoszeniu przetargu dotyczącego modernizacji i remontu sekcji obudów zmechanizowanych w KWK Marcel. W związku z tym nie ma racji Odwołujący twierdząc, że już w momencie ogłaszania przetargu Zamawiający wiedział, że prace objęte zamówieniem będą mogły zostać wykonane przez Zakład.

W związku ze spadającymi cenami węgla oraz postępującą dekoniunkturą, w marcu 2016 r. KW S.A. została zmuszona do podjęcia natychmiastowej decyzji o zmniejszeniu wydobycia węgla w kopalni „Piast”, wstrzymaniu robót przodkowych jak również zbrojeniu ścian.

W KWK Piast w I kwartale 2016 r. sprzedaż węgla planowano na 1 076 593 ton, w II kwartale sprzedaż spadła do 632 819 ton. W II kwartale stan zwałów węgla wynosił 1 015 289 ton. W związku z tym stan zwałów węgla znacznie przekroczył poziom sprzedaży.

Przyczyną są bardzo wysokie zapasy węgla u odbiorców, niska produkcja energii elektrycznej, zima cieplejsza od średniej wieloletniej. Taki stan stwarza również zagrożenia dla realizacji wolumenów sprzedaży w III i IV kwartale 2016 r. Ilość zwałów węgla jest większa niż maksymalna pojemność placu zwałowego KWK Piast, co wielokrotnie koszty magazynowania węgla. Przekroczenie stanu pojemności zwałów kopalni powoduje konieczność przeniesienia zasobów węgla na rzecz innej, a gdy jest to niemożliwe do wstrzymania ruchu kopalni. Powodem są rosnące koszty utrzymania zwałów węgla przy malejącej sprzedaży i rosnących kosztach wydobycia.

W tym stanie rzeczy niezbędne było dokonanie zmiany planu. W efekcie odsunięto w czasie uruchomienie ściany wydobywczej 729 w KWK Piast: na 2017 r. Harmonogram biegu ścian tworzony w Oddziale KWK Piast w maju 2015 r. zakładał rozpoczęcie eksploatacji ściany w miesiącu sierpień 2016 r. Przed uruchomieniem ściany,

w Harmonogramie Zakładu z dnia 7 grudnia 2015 r. planowano przeprowadzenie w tym celu remontów obudowy zmechanizowanej przez Zakład w okresie kwiecień – czerwiec 2016 r. (II kwartał 2016 r.). W następstwie zmiany Harmonogramu biegu ścian spowodowanej wyżej opisanymi okolicznościami, eksploatację ściany przesunięto na 2017 r., a remont na okres od października do grudnia 2016 r. (IV kwartał 2016 r.).

W ten sposób Zakład, który miał wykonać remont na potrzeby uruchomienia ściany 729 w II kwartale 2016 r. został zaangażowany do prac w IV kwartale 2016 r. Biorąc pod uwagę, że rozstrzygnięcie przetargu 29 marca 2016 r. zbiegło się w czasie z uwolnieniem mocy przerobowych Zakładu (remont na potrzeby uruchomienia ściany 729 miał zacząć się na początku kwietnia 2016 r.), co było okolicznością, której Zamawiający nie mógł przewidzieć, podjęto decyzję o unieważnieniu postępowania.

Powyższe obrazuje jak dynamicznie zmieniająca się sytuacja na rynku węgla zmuszała Zamawiającego do ciągłej zmiany Harmonogramu. Zmiany te obiektywnie nie są do przewidzenia, a zależą w całości od czynników zewnętrznych.

W świetle powyższego, Zamawiający powziął informację o możliwościach przerobowych Zakładu w II kwartale 2016 r., w chwili gdy zdecydowano o przesunięciu w czasie remontu przy udziale Zakładu na potrzeby otwarcia ściany 729 – co miało miejsce dopiero pod koniec marca 2016 r. Zakład dowiedział się, że w II kwartale 2016 r. będzie zdolny wykonać prace na rzecz Zamawiającego pod koniec marca 2016 r. tzn. wtedy gdy podjęto decyzję o przesunięciu w czasie eksploatacji ściany 729.

Zamawiający wskazał wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2016 r. potwierdzający prawo zamawiającego do unieważnienia postępowania z uwagi na zaistnienie okoliczności faktycznych tożsamyh z tymi, jakie miały miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

W przywołanej sprawie Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. (dalej JSW) unieważniła postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Postępowanie wszczęto 22 grudnia 2015 r. (niniejsze postępowanie 29 grudnia 2015 r.). Uwzględniało ono aktualne w tamtym czasie ustalenia co do obsługi odstawy urobku i zabezpieczenia środków finansowych, ujęte w planie techniczno-ekonomicznym (niniejsze postępowanie uwzględniało obowiązujący w dacie wszczęcia Harmonogram).

W marcu 2016 r. (decyzja o przesunięciu w czasie eksploatacji ściany 729, która uwolniła moce przerobowe Zakładu zapadła również w marcu 2016 r.). JSW zdecydowała o przekierowaniu odstawy urobku na inną odstawę w ten sposób „odzyskując swoich pracowników”. Decyzja ta wynikała ze zmieniającej się sytuacji finansowej spółki, wymagającej uaktualnienia planu techniczno-ekonomicznego, (unieważnienie niniejszego postępowania miało również swoje źródło m.in. w zmianie kondycji finansowej spółki i konieczności dostosowania Harmonogramu do sytuacji na rynku).

W takich okolicznościach Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania i wykonaniu zamówienia własnymi siłami. KIO uznała, że zmiana okoliczności była nieprzewidywalna, odnosząc tę cechę do zwykłych warunków prowadzenia działalności, w których czynniki zewnętrzne nie mają przesądzającego wpływu na wykonanie zamierzonych planów.

Powołując się na wyrok KIO, przewidywalność w zakresie prowadzonej działalności winna być oceniana przez pryzmat konkretnej branży. Inaczej podejmowane są decyzje w branży górniczej a inaczej w innych branżach, mniej narażonych na wpływ globalnego rynku. Działalność KW S.A. jest stale narażana na zmieniające się warunki rynkowe (czynniki zewnętrzne). W rezultacie funkcjonowanie spółki i podejmowane decyzje biznesowe, organizacyjne są narażone na ciągłe zmiany. Decyzja o przesunięciu w czasie eksploatacji ściany 729 w KWK Piast była jedną z takich decyzji.

Ad 2. Wbrew temu co twierdzi Odwołujący, z informacji o unieważnieniu postępowania wynika, jaki był interes publiczny w unieważnieniu postępowania. Zamawiający przytoczył wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lipca 2009 r., sygn. akt I Ca 1187/09, zgodnie z którym przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 nie wymaga zaistnienia okoliczności „potwierdzonych urzędowo”, ale okoliczności, które z obiektywnego punktu widzenia należy ocenić jako uzasadniające tezę, że dalsza procedura przetargowa nie służy interesowi publicznemu”. W niniejszym postępowaniu takie okoliczności miały miejsce.

Zlecenie prac na rzecz Zakładu nie było działaniem na rzecz interesu prywatnego, lecz publicznego. Interesem tym było realizowanie planu naprawczego KW S.A. przez wdrażanie działań oszczędnościowych, które miały doprowadzić do zapewnienia ciągłości w działaniu spółki zapewniającej bezpieczeństwo energetyczne kraju. Plan ten ma doprowadzić do zachowania dotychczasowych miejsc pracy, aby zapobiec m.in. akcjom protestacyjnym. KW S.A. w marcu 2016 r. była zmuszona do zintensyfikowania poszukiwania oszczędności, z uwagi na: regularnie spadające ceny węgla, rosnące koszty wydobycia, zmniejszającą się sprzedaż węgla przy zwiększającej się ilości zwalów węgla, których składowanie w coraz wyższym stopniu podrażało koszty funkcjonowania spółki.

Zamawiający jest stroną porozumienia z dnia 17 stycznia 2015 r. zawartego między stroną rządową a Międzyzwiązkowym Komitetem Protestacyjno-Strajkowym, zakładowymi organizacjami związkowymi działającymi w Kompanii Węglowej S.A. oraz Zarządami Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A., Kompanii Węglowej S.A., Węglokoks S.A.

Udzielenie zamówienia byłoby sprzeczne z przyjętym porozumieniem oraz utrudniłoby realizowanie jego postanowień. Nie można wykluczyć, że groziłoby koniecznością przeprowadzenia zwolnień grupowych, ponieważ sytuacja finansowa KW S.A. nie pozwala na opłacanie pracowników, którzy nie zarabiają na siebie. Zgodnie z postanowieniami tego porozumienia przejście pracowników KW S.A. na rzecz Nowej

Kampanii Węglowej ma odbywać się w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy. Udzielenie zamówienia spowodowałoby konieczność wstrzymania przeniesienia części pracowników pozostających bez pracy.

Ponadto związki zawodowe KW S.A. wystąpiły do zarządu z żądaniem, aby miesięczne wynagrodzenie w KW S.A. jak i poszczególnych kopalniach oraz zakładach utrzymywało się na poziomie z 2015 r. Termin realizacji żądania wyznaczono na dzień 19 lutego 2016 r. (na około miesiąc przed unieważnieniem postępowania), pod rygorem rozpoczęcia sporu zbiorowego. Udzielenie zamówienia naraziłoby KW S.A. na dodatkowe koszty, oraz groziło nie spełnieniem żądań związków zawodowych. Powyższe żądanie przyczyniło się do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania.

KW S.A. jest też stroną porozumienia zawartego w dniu 6 lutego 2014 r. z organizacjami związków zawodowych. Zgodnie z § 10 porozumienia KW S.A. została zobowiązana do zagwarantowania zatrudnienia pracownikom do 2020 r. Na podstawie § 12 tego porozumienia KW S.A. odstąpiła od likwidacji od przekształcenia Zakładu w spółkę prawa handlowego.

Gdyby Zamawiający nie udzielił zamówienia na rzecz Zakładu skupiającego 321 pracowników, KW S.A. nie byłaby w stanie utrzymać tych miejsc pracy, ponieważ po pierwsze spółka musiałaby zapłacić cenę oferty na rzecz Odwołującego, a po drugie opłacić 321 pracowników, nieświadczących pracy. KW S.A. straciłaby na tym podwójnie: spółka zleciłaby zamówienie na rzecz Wykonawcy w sytuacji, gdy Zakład tę samą pracę wykonałby dużo taniej (należy pamiętać, że Zamawiający miał obiektywnie możliwość wykonania zamówienia własnymi siłami) oraz spółka musiałaby opłacić pracowników, nie otrzymując w zamian ekwiwalentu w postaci świadczenia pracy. Sytuacja finansowa KW S.A. nie pozwala na utrzymywanie pracowników, którzy nie pracują. W takim przypadku zachodzi konieczność ich zwolnienia, co naruszy postanowienia porozumienia z rządem oraz organizacjami związkowymi.

Podpisanie umowy z Wykonawcą w prostej linii doprowadziłoby Zakład do stanu nierentowności. W ten sposób KW S.A. musiałoby zlikwidować Zakład i spółka naraziłaby się na zarzut naruszenia zawartego porozumienia.

Zamawiający podkreślił, że KIO uznała unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w związku z realizacją programu oszczędnościowego. KW S.A. udzieliła zamówienia zamiast oferentowi, własnemu zakładowi, w tym przypadku był to Zakład Górniczych Robót Inwestycyjnych. Przyczyny unieważnienia w tym postępowaniu były bliźniaczo podobne do tych, które wystąpiły w niniejszym przetargu – wyrok KIO z dnia 13 września 2013 r., KIO 2104/13; wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 428/16.

Podsumowując, Zamawiający wskazał, że decyzja o unieważnieniu postępowania nie była podjęta z tego powodu, że Zamawiający nie chce współpracować z wykonawcą za

podaną cenę. W dacie wszczęcia postępowania Zamawiający posiadał środki finansowe, które pozwoliłyby mu udzielić zamówienia na rzecz Odwołującego. Zamawiający unieważniając postępowanie działał w celu ochrony miejsc pracy w KW S.A. i zapobiegnięcia rozpoczęciu sporu zbiorowego, wykonania postanowień porozumień oraz dostosowywania polityki finansowej spółki do pogłębiającego się kryzysu na rynku węgla.

Ad 3. Z argumentacji przedstawionej w ad 1 wynika, że nie było możliwe do przewidzenia wystąpienie żadnej z okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania. Po pierwsze, Zamawiający ogłosił przetarg na wykonanie prac, które nie mogłyby zostać zrealizowane przez Zakład, ponieważ w okresie gdy przetarg był ogłaszany Zakład w I oraz II kwartale 2016 r. był już zarezerwowany do wykonania prac remontowych. Uwolnienie mocy przerobowych Zakładu nastąpiło na skutek wystąpienia okoliczności, których Zamawiający nie mógł obiektywnie przewidzieć. Nie można obciążać Zamawiającego obowiązkiem, aby ten ze 100% skutecznością przewidział, na ile kryzys na rynku węgla będzie postępował, szczególnie jeśli prognozy są różne. Jak wskazano wyżej ceny węgla rosły i spadały.

Decyzja, aby przesunąć w czasie eksploatację ściany 729, której skutkiem było pozostawienie Zakładu bez pracy, stanowiła następstwo zdarzeń rynkowych, niezależnych od Zamawiającego tylko sytuacji globalnego handlu. Nie można twierdzić, że Zamawiający nie dochował należytej staranności, ponieważ nie wiedział, w jakim okresie Zakład będzie zdolny do pracy. Z treści pisma wynika, że Zamawiający tworzy Harmonogramy remontów i modernizacji z wykorzystaniem własnych wydziałów produkcyjnych, uwzględniając potrzeby poszczególnych oddziałów Spółki. Ogłaszając przetarg, Zamawiający miał prawo przypuszczać, że Harmonogram ten nie ulegnie zmianie. W tamtym okresie nic nie wskazywało na to, że sytuacja na rynku węgla będzie tak dramatyczna.

Po drugie, stale zmienia się sytuacja pracownicza oraz finansowa w KW S.A. W okresie ogłaszania przetargu nie było jeszcze zagrożenia wszczęcia sporu zbiorowego oraz kondycja finansowa spółki była lepsza niż w dacie unieważnienia postępowania.

Po trzecie, Zamawiający w § 16 ust. 5 pkt 1 Załącznika nr 5 do SWIZ przewidział wypowiedzenie umowy *ex nunc* (od teraz) z zachowaniem okresu wypowiedzenia wynoszącego nie mniej niż 30 dni i nie więcej niż 90 dni, określonego w odrębnym oświadczeniu, w przypadku ograniczenia produkcji lub reorganizacji w jednostkach organizacyjnych Zamawiającego, powodujących możliwość wykorzystania uwolnionych środków produkcji lub potencjału ludzkiego do samodzielnej realizacji przez Zamawiającego świadczeń objętych umową. Wskazane przepisy Istotnych postanowień zostaną wprowadzone do umowy, uprawniając Zamawiającego do wypowiedzenia umowy wykonawczej w przypadku wystąpienia okoliczności takiej, jaka zaistniała w analizowanym stanie faktycznym. Zatem, każdy wykonawca składając w postępowaniu ofertę na realizację

zamówienia znał warunki realizacji zamówienia i liczył się z ryzykiem wcześniejszego rozwiązania umowy w przypadku uwolnienia środków produkcji lub potencjału ludzkiego Zamawiającego umożliwiające mu samodzielną realizację świadczeń objętych umową.

Twierdzenia Odwołującego dot. tego, że Zamawiający nie powinien był zlecić zamówienia na rzecz Zakładu pozostają w sprzeczności z powyższym opisem SIWZ. Zamawiający już w SIWZ przewidywał, że na skutek okoliczności od niego niezależnych mogą pojawić się wolne moce przerobowe jego Zakładu. Odwołujący jako profesjonalista powinien być świadom, że taka okoliczności może mieć miejsce. Zapis ten wpisywał się w ogólną politykę oszczędności przyjętą w spółce. Jej założeniem jest w miarę możliwości wykonywanie wszystkich prac własnym sumptem, chyba, że jest to obiektywnie niemożliwe.

Nawet jeśli zostałaby zawarta umowa z Odwołującym, to Zamawiający miałby prawo do wypowiedzenia tej umowy. Skoro zaistniały przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, łącznie z przesłanką dot. uwolnienia mocy przerobowych Zakładu, KW S.A. podjęła decyzję o unieważnieniu postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał spełnienie ustawowych wymagań, uprawniających go do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec nie wystąpienia okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Na podstawie dowodów przedłożonych przez zamawiającego, Izba ustaliła następujące okoliczności.

Zamawiający dysponuje zasobem 11 kopalń i 4 zakładów produkcyjnych, których zadaniem jest wykonywanie robót związanych z prowadzoną działalnością. Zadaniem zakładów produkcyjnych, w tym Zakładu Remontowo-Produkcyjnego, zwanego dalej w skrócie „ZRP” jest przeprowadzanie remontów i modernizacji sekcji obudowy zmechanizowanej dla potrzeb poszczególnych kopalni. Rodzaj, zakres i kolejność robót określa plan rzeczowy przedstawiany w formie harmonogramów remontów i modernizacji. Planowana w 2015 r. z wykonaniem w I kwartale 2016 r. modernizacja i remont 130 sekcji obudowy zmechanizowanej dla potrzeb KWK „Marcel” nie została przyjęta przez ZRP do realizacji w związku z pełnym wykorzystaniem mocy przerobowych. Brak mocy przerobowych znajduje potwierdzenie w harmonogramach.

„Harmonogram biegu ścian 2015-2016 r.” z 15 maja 2015 r., KWK Piast wskazuje: remont sekcji kwiecień – czerwiec, zbrojenie ściany lipiec i bieg ściany sierpień – grudzień 2016 r.

„Harmonogram remontów i modernizacji obudów zmechanizowanych zgodnie z wykorzystaniem mocy przerobowych wydziałów produkcyjnych od stycznia 2015 do grudnia 2017 roku” z 7 grudnia 2015 r., KWK Piast wskazuje: remont sekcji w okresie kwiecień-czerwiec 2016 r.

„Harmonogram biegu ścian 2016-2017 r.” z marca 2016 r., KWK Piast wskazuje bieg ściany od kwietnia do listopada 2017 r.

„Harmonogram remontów i modernizacji obudów zmechanizowanych zgodnie z wykorzystaniem mocy przerobowych wydziałów produkcyjnych od stycznia 2016 do grudnia 2017 roku” z 22.03.2016 r., KWK Piast wskazuje remont sekcji w okresie październik – grudzień 2016 r.

Z powyższego wynika, że w marcu 2016 r. zmieniono bieg ściany KWK Piast z okresu sierpień – grudzień 2016 r., na kwiecień – listopad 2017 r., a remont sekcji z I kwartału na IV kwartał 2016 r., czego skutkiem jest zwolnienie mocy przerobowych ZRP w II kwartale 2016 r.

Wobec braku mocy przerobowych, zamawiający podjął uchwałę Zarządu KW S.A. nr 881/15 z 24 listopada 2015 r. o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia, na podstawie ustawy Pzp, w celu zrealizowania zamówienia przez wykonawcę zewnętrznego.

„Harmonogram remontów i modernizacji obudów zmechanizowanych zgodnie z wykorzystaniem mocy przerobowych wydziałów produkcyjnych od stycznia 2015 do grudnia 2017 roku” został zweryfikowany przed publikacją ogłoszenia w TED - ogłoszenie przesłano 16 grudnia 2015 r., publikacja nastąpiła w dniu 19 grudnia 2015 r.

Na skutek zmiany harmonogramów biegu ściany i remontu obudowy, Zakład Remontowo-Produkcyjny zawiadomił Biuro Zamówień Publicznych i Przetargów zamawiającego o możliwości wykonania remontu i modernizacji 80 szt. sekcji obudowy zmechanizowanej BW 20/41 POz dla KWK „Marcel” w terminie do końca II kwartału 2016 r. (pismo z dnia 22.03.2016 r.).

Wskazane okoliczności techniczne stanowiły przyczynę podjęcia przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia. Zamierzono powierzenie wykonania modernizacji i remontu przedmiotu zamówienia obecnego postępowania, własnemu Zakładowi Remontowo-Produkcyjnemu.

Zamawiający złożył do akt sprawy, oprócz wskazanych harmonogramów i zawiadomienia z dnia 22.03.2016 r., inne dowody, w sumie 10, niektóre wielostronicowe, z których wynika sytuacja związana z drastycznym spadkiem cen węgla, zmniejszonym wydobyciem węgla m.in. w KWK Piast oraz podejmowanymi czynnościami restrukturyzacyjnymi, w tym pismo – wystąpienie Organizacji Związkowych KW S.A. Oddział „Ziemowit” z dnia 22 marca 2016 r. skierowane do Prezesa Zarządu Kompanii Węglowej

S.A. wnioskujące o pilne spotkanie dotyczące zmian w PTE w zakresie wydobycia i sprzedaży w związku z bieżącą sytuacją w KWK „Ziemowit” oraz KWK „Piast”.

Nastąpiło zawarcie porozumień mających na celu m.in. ochronę zatrudnienia pracowników, w tym 321 pracowników Zakładu Remontowo-Produkcyjnego, porozumienia: z 6 lutego 2014 r., z 17 stycznia 2015 r., z 17 lipca 2015 r., z 19 kwietnia 2016 r., Biznes Plan zakładający utrzymanie zatrudnienia. Utrzymanie zatrudnienia stanowi gwarancję realizacji porozumień.

Zmiana biegu ściany i przesunięcia remontu sekcji obudowy zmechanizowanej KWK Piast spowodowały, że aktualnie w II kwartale br. pracownicy ZRP pozostają bez możliwości świadczenia pracy.

Odwołujący złożył do akt 4 wydruki ze stron internetowych Gazety Wyborczej i serwisu lokalnego – przekazy medialne na temat doraźnych sytuacji w niektórych kopalniach.

Izba zważyła.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Przepis art. 93 ust. 3 ustawy zobowiązuje zamawiającego do równoczesnego zawiadomienia o unieważnieniu postępowania wszystkich wykonawców – w zależności od etapu unieważnionego postępowania – w tym przypadku tych, którzy złożyli oferty – z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia.

Zamawiający unieważnił postępowanie, podając w zawiadomieniu z dnia 29 marca 2016 r. następujące uzasadnienie faktyczne i prawne.

„W zakresie zadania nr 1 - Modernizacja i remont 130 sekcji obudowy zmechanizowanej (typu BW 20/41 POz i BW 20/41 POz/3) bez hydrauliki sterowniczej dla KW S.A. Oddział KWK Marcel unieważnia się postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, ponieważ wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający posiada własny Zakład Remontowo-Produkcyjny, który jest wyspecjalizowany w modernizacjach i remontach sekcji obudów zmechanizowanych. W chwili podejmowania przez Zamawiającego decyzji o uruchomieniu postępowania nr 221500512 Zakład ten, wobec wykonywanych i zaplanowanych do wykonywania remontów obudów zmechanizowanych, poinformował KWK Marcel (pismo ZRP/TPA/1393/2015 r. z 10.07.2015 r.), iż nie może się podjąć w I kwartale 2016 r. remontu

i modernizacji obudowy dla tej kopalni, ze względu na pełne wykorzystanie mocy przerobowych. Ponieważ prowadzona przez Zamawiającego procedura przetargowa nie została zakończona w przewidywanym terminie oraz zawarcie umowy i wykonanie zadania nie doszło do skutku w I kwartale 2016 r. Zakład Remontowo-Produkcyjny posiada już w II kwartale 2016 r. moce przerobowe, co więcej dodatkowo uwolnione wobec przesunięcia planowanego do wykonania na potrzeby KWK Piast remontu sekcji 112 szt. sekcji obudowy zmechanizowanej Glinik 12/24POz, wynikającego ze zmiany na koniec 2016 r. terminu uruchomienia ściany, w której mają być zainstalowane, co jest spowodowane ustaleniem niższych planów wydobywczych dla KWK Piast wobec kryzysu na rynku węgla.”

Izba nie podzieliła zastrzeżeń odwołującego, co do zakresu i treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania. Przepis ustawy zobowiązujący zamawiającego do zawiadomienia wykonawców o czynności unieważnienia postępowania, nie określa zakresu informacji jakie zamawiający powinien zamieścić w zawiadomieniu, nie zobowiązuje też do załączenia dowodów potwierdzających okoliczności faktyczne wskazane w zawiadomieniu.

Zamawiający zamieścił informacje dotyczące uzgodnień w sprawie wykonania zadania w zakresie własnych struktur wykonawczych, wskazał zmiany jakie miały miejsce w związku ze zmianą planów realizacyjnych Zakładu Remontowo-Produkcyjnego dot. KWK Piast oraz przyczynę zmian – niższego wydobycia wobec kryzysu na rynku węgla.

Treść zawiadomienia nie budzi wątpliwości co do okoliczności stanowiących podstawę unieważnienia postępowania, co czyni, że zawiadomienie należało uznać jako odpowiadające normie art. 93 ust. 3 ustawy Pzp.

W wyniku analizy dowodów złożonych na rozprawie oraz wyjaśnień stron i pełnomocników, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie wobec braku podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Wskazany przepis stanowiący, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, zawiera normę obligującą zamawiającego do podjęcia czynności, obwarowaną wymaganiami kumulatywnego spełnienia przesłanek wskazanych w przepisie.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów oraz piśmiennictwie przyjmuje się odnośnie istotnej zmiany okoliczności, że zmiana w rozumieniu wskazanego przepisu, powodująca skutek w postaci unieważnienia postępowania, to pewne wydarzenia lub okoliczności mające wpływ na prowadzone postępowanie lub przedmiot zamówienia.

Wymagane jest by zmiana okoliczności wystąpiła już w czasie podejmowania decyzji

o unieważnieniu, gdyż niewystarczające jest samo zagrożenie zmianą, konieczne jest by unieważnienie postępowania było reakcją na zdarzenie, które już nastąpiło (Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 11 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 45/2008).

Istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania (Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 1 grudnia 2003 r., sygn. akt V Ca 224/03).

Przez istotną zmianę okoliczności należy rozumieć zaistnienie pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, że kontynuowanie postępowania przetargowego nie leży w interesie publicznym (Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 7 lipca 2009 r., sygn. akt V Ca 1187/2009).

Oдноśnie interesu publicznego, w doktrynie wskazuje się, że kategoria interesu publicznego jest pojęciem nieostrym, niedookreślonym. Trybunał Konstytucyjny w uchwale z 12 marca 1997 r., sygn. akt W 8/96, wskazał pojęcie interesu publicznego uznając, że za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.

Interes publiczny powinien być postrzegany jako cel, dla którego zaspokojenia miało być realizowane zamówienie, który to cel zaspokaja konkretnie wskazane potrzeby społeczne (wyrok KIO z 29 marca 2011 r., sygn. akt KIO 601/11).

Interes publiczny jest potrzebą ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, grupy zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą (wyrok KIO z 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 262/08).

Przesłanka nieprzewidywalności zmiany okoliczności, ziszcza się wówczas, gdy zamawiający w czasie ogłaszania postępowania nie był w stanie przewidzieć zmiany okoliczności i nie mógł spodziewać się, że takie zdarzenia nastąpią.

Oceniając zastosowanie normy art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, z uwzględnieniem zasad interpretacyjnych przepisu wynikających z powołanego orzecznictwa jako podstawy unieważnienia postępowania, Izba uznała, że zostały ziszczone przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Złożone przez zamawiającego dowody oraz merytoryczne wyjaśnienia stron i pełnomocników, potwierdzają, że zmiany eksploatacyjne w KWK Piast wpłynęły na zmiany techniczne w zakresie modernizacji i remontu sekcji obudowy zmechanizowanej, będącej przedmiotem zamówienia.

Izba podziela stanowisko odwołującego, że sytuacja w górnictwie jest znana, szczególnie z przekazów medialnych wskazujących brak możliwości lokowania swoich produktów, zagrożenie rentowności poszczególnych kopalń, ale fakt ten nie stanowi dowodu

potwierdzającego, że pewnych zdarzeń nie można było przewidzieć w takim znaczeniu, że np. dwuletni plan modernizacji i remontów nagle zdezaktualizuje się. Wpływ nagłych zmian eksploatacyjnych KWK Piast na plan remontów i modernizacji nie był możliwy do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania, a zamawiający zachował staranność weryfikując przed podjęciem czynności harmonogram z dnia 7 grudnia 2015 r. i uzyskując potwierdzenie, że moce przerobowe ZRP są stabilne.

Zmiana okoliczności jest z pewnością zmianą istotną, bo poza faktem wykonania zamówienia jako takiego, zmiana ta gwarantuje utrzymanie zatrudnienia pracowników ZRP niemal w całości (odwołujący oświadczył na rozprawie, że do wykonania zamówienia zaoferował 250 osób).

Zmiana okoliczności miała charakter nieprzewidywalny, jako, że kategoria przewidywalności referuje się do zwykłych warunków prowadzenia działalności, w których czynniki zewnętrzne nie mają przesądzającego wpływu na wykonanie zamierzonych planów (wyrok z 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 606/11).

Zamawiający wszczynając postępowanie miał podstawy przypuszczać, że w wyniku rozstrzygnięcia postępowania będzie mógł zrealizować usługę w sposób opisany w SIWZ.

Izba podziela wskazane przez strony orzecznictwo, w tym poglądy wyrażone w wyrokach: z dnia 13 września 2013 r., sygn. akt 2104/13; z dnia 5 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 428/16 – wskazujące, jak niżej.

Prowadzenie postępowania celem zrealizowania zamówienia przez wykonawcę zewnętrznego w sytuacji, gdy wystąpiła możliwość wykonania zamówienia własnymi siłami, przy jednoczesnym obowiązku zapewnienia pracy osobom zatrudnionym przez zamawiającego, nie leży w interesie publicznym.

Interes publiczny w ujęciu zadań zamawiającego, to realizacja zadań ustawowych (statutowych), dla których realizacji podmiot został utworzony. Zatem, interes publiczny w badanej sprawie winien być oceniany z uwzględnieniem potencjału kadrowego, sytuacji finansowej i uwarunkowanej nimi możliwości realizacji zamówienia.

Prowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia w sytuacji, w której pracownicy zamawiającego ze względu na zmianę sposobu realizacji zadań, są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia, przeczy interesowi publicznemu. Udzielenie zamówienia oznaczałoby konieczność redukcji zatrudnienia, ewentualnie wydatkowania środków w nieuzasadniony sposób.

Izba podzieliła też stanowisko przedstawione w wyroku Izby z dnia 3 września 2013 r., sygn. akt KIO 2006/13, w którego uzasadnieniu wskazano m.in.: -nawet niewielka zmiana przedmiotu zamówienia, która ma wymierne znaczenie dla zamawiającego, może wywoływać uzasadnione podstawy do unieważnienia postępowania; -niezasadnym byłoby nakazywanie zamawiającemu nabycia określonych dóbr, które będzie posiadał w wyniku

pozyskania z realizacji innej umowy (przesłanka związana z interesem publicznym, rozumianym jako ograniczenie bądź uniknięcie wydatkowania środków publicznych w zakresie, w jakim nie jest to niezbędne); -wydatkowanie środków publicznych powinno następować przy optymalnym doborze metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, co z kolei gwarantuje efektywność i uzyskiwanie jak najlepszych rezultatów przy określonych nakładach; -żądania odwołującego sprowadzające się do próby kontynuowania postępowania w kształcie dotychczasowym, niewątpliwie musiałyby doprowadzić do znacznych szkód majątkowych ze wszystkimi tego konsekwencjami dla zamawiającego.

W wyroku z 7 lipca 2009 r., sygn. akt V Ca 1187/09, oddalającym skargę wykonawcy kwestionującego unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał, że *„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 zamówienia. (...) Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 nie wymaga zaistnienia okoliczności „potwierdzonych urzędowo”, ale okoliczności, które z obiektywnego punktu widzenia należy ocenić jako uzasadniające tezę, iż dalsza procedura przetargowa nie służy interesowi publicznemu.”*

Reasumując powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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 zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł.

Przewodniczący: