

Sygn. akt: KIO 2900/20

WYROK

z dnia 7 grudnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2020 roku przez **Wykonawcę Techem – Techniki Pomiarowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu Oddział w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie**

przy udziale Wykonawcy G. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Smart Metering G. M. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt. KIO 2900/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Wykonawcę Techem – Techniki Pomiarowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu Oddział w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Techem – Techniki Pomiarowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu Oddział w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Odwołującego Techem – Techniki Pomiarowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu Oddział w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem

wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Bielany m. st. Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Dostawa wraz z montażem wodomierzy w budynkach mieszkalnych A i B przy ul Szegedyńskiej 13A”, nr sprawy: 42/KT/2020/W. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2018, poz. 1986 z późn. zn.) zwanej dalej „Ustawą” lub „Pzp”, o wartości zamówienia poniżej 214 000 Euro. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 września 2020 nr 585650-N-2020.

Dnia 6 listopada 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie prze wykonawcę Techem – Techniki Pomiarowe Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu Oddział w Warszawie (zwanego dalej Odwołującym) od czynności Zamawiającego z dnia 2 listopada 2020 r. dotyczącej wyboru oferty firmy Smart Metering G. M. w przedmiotowym postępowaniu .

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujących przepisów prawa:

- 1) poprzez dokonanie czynności z dnia 2 listopada 2020 r. dotyczącej wyboru oferty firmy Smart Metering G. M. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie „Dostawy wraz z montażem wodomierzy w budynkach mieszkalnych A i B przy ul. Szegedyńskiej 13A” nr sprawy: 42/KT/2020/W:
 - a) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy.
 - b) naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 1) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP poprzez bezpodstawny wybór oferty wykonawcy Smart Metering G. M. w wyniku braku unieważnienia przetargu, mimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu, gdyż jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia
 - c) naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 6) ustawy PZP poprzez bezpodstawny wybór oferty wykonawcy Smart Metering G. M. w wyniku braku unieważnienia przetargu, mimo iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży

w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć - w wyniku otwarcia ofert i dokonanych zapytań Zamawiający powziął wiedzę, że istnieje możliwość istotnego zaoszczędzenia środków mieszkańców Wspólnot Mieszkaniowych przeznaczonych na przedmiotowe zamówienie - zamiast kwoty 300 tys. złotych, może ona zostać wykonana za niespełna 200 tys. złotych

- d) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy PZP poprzez bezpodstawny wybór oferty wykonawcy Smart Metering G. M., mimo, że oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 PZP.
- 2) poprzez dokonanie czynności z dnia 29 października 2020r., dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego, tj. firmy „Techem”- Techniki Pomiarowe Sp. z o.o. Oddział w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie Dostawy wraz z montażem wodomierzy w budynkach mieszkalnych A i B przy ul. Szegedyńskiej 13A” nr sprawy: 42/KT/2020/W naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że treść oferty Odwołującego odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a Zamawiający niezgodnie z wyjaśnieniami przekazanymi na żądanie Zamawiającego przyjął, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu wyboru w postępowaniu oferty Odwołującego, tj. firmy TECHEM - Techniki Pomiarowe Sp. z o.o.
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1) lub pkt. 6).

W wyniku czynności i zaniechań Zamawiającego opisanych powyżej, został naruszony interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i w konsekwencji nastąpiło poniesienie ewentualnej szkody powstałej w wyniku utraty zakładanego zysku, jaki mógłby Odwołujący osiągnąć w wyniku uzyskania zamówienia. W przypadku prawidłowo przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oferta Odwołującego, która spełnia wszystkie warunki określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Z kolei w przypadku zasadności odrzucenia oferty Smart Metering G. M., wszystkie oferty podlegałyby odrzuceniu, więc konieczne jest unieważnienie przetargu z tej przyczyny. Powyższe powoduje, że Zamawiający w wyniku przeprowadzenia nowego postępowania wybrałby najkorzystniejszą ofertę firmy TECHEM, co nie naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody w postaci utraconego zysku. Te same argumenty przemawiają za interesem

prawnym Odwołującego w przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy PZP. Wówczas również w nowym postępowaniu najkorzystniejsza oferta Odwołującego pozwoliłaby mu na uniknięcie szkody z tytułu utraty zysku, a jednocześnie uchroniła mieszkańców (interes publiczny) przed tak znacznym uszczerbkiem majątkowym jak w przypadku oferty firmy Smart Metering G. M. .

Zamawiający niezgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Odwołującego przyjął, że jego oferta nie spełnia warunków SIWZ z przetargu. W swoim uzasadnieniu odrzucenia oferty oparł się na swoich odczuciach a nie przedstawionych faktach.

Zamawiający pozostawił bez rozpoznania wnioski Odwołującego o powtórny analizę odpowiedzi przekazanej na żądanie Zamawiającego w oparciu o fakty a nie własne odczucia i zamknął postępowanie poprzez ogłoszenie jego wyników na stronie internetowej. Do dnia dzisiejszego Odwołujący nie dostał odpowiedzi na zastrzeżenie odnośnie nieprawidłowego działania ze strony Zamawiającego.

W odpowiedzi na żądanie Zamawiającego odwołujący udzielił jednoznacznych i szerokich odpowiedzi na zadane pytania. Jednocześnie Oferent wskazał, że jeden z kryteriów zawartych w żądaniu Zamawiającego nie powinno być brane pod uwagę, ponieważ z jednej strony wyklucza z postępowania niektórych znaczących uczestników rynku dystrybucji wodomierzy i nie może być obiektywnym kryterium w ocenie tychże uczestników rynku, z drugiej strony niezależnie od spełnienia tego kryterium na rynek trafiają wodomierze różnych producentów, natomiast są sprzedawane pod jedną nazwą (firmy wprowadzającej wodomierze na rynek). Niemożliwe jest także, aby Zamawiający samodzielnie, bez udziału któregośkolwiek z potencjalnych oferentów mógł zakupić takie wodomierze bezpośrednio u producenta i dokonać samodzielnego procesu kompletnego oraz prawidłowego montażu wodomierza z nakładką radiową.

Naruszenie art. 91 ust 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy PZP.

Skutkiem swojego zaniechania Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez firmę Smart Metering G. M., która z punktu widzenia ekonomicznego jak i społecznego jest niekorzystna (wartość oferty złożonej przez firmę Smart Metering G. M. jest o 100% wyższa niż oferta złożona przez Oferenta oraz średnie ceny aktualnie obowiązujące na rynku wodomierzy).

Ponadto Odwołujący podnosi, że jeżeli oferowane przez niego wodomierze rzekomo nie spełniały kryteriów to również zaoferowane przez firmę Smart Metering G. M. wodomierze nie spełniają kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia - z tych samych względów. W tym przypadku należy odrzucić ofertę firmy Smart Metering G. M. lub dopuścić do rozpatrywania obydwie oferty.

Naruszenie art 91 ust. 1 w zw. z art. 93 ust 1 pkt 6) ustawy PZP - Interes publiczny

W podobnych Zamówieniach z reguły różnice w cenach ofert wahają się na poziomie 10-15% więc wybór sprowadza się do oceny technicznej rozwiązań zaproponowanych przez oferentów.

Jednakże w przypadku przeprowadzenia przetargu publicznego przez ZGN Bielany na wymianę wodomierzy w nieruchomości przy ul. Szegedyńskiej 13 A i B w ocenie Odwołującego doszło do naruszenia interesu publicznego - mieszkańców w/w Wspólnot. Na podstawie „wydumanych” kryteriów do przetargu nie dopuszczane są znaczące firmy na rynku a jedyna duża firma, która może spełnić kryteria przetargu jest dyskwalifikowana z tychże wydumanych i niepoprawnych kryteriów. Sumarycznie sytuacja wygląda w ten sposób, że odrzucana jest oferta za kwotę 187 600 PLN a przyjmuję się ofertę za kwotę 375 700 PLN.

Dnia 12 listopada 2020 r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca G. M. prowadzący działalność gospodarczą jako Smart Metering G. M. w Warszawie (dalej jako Przystępujący), wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 3 grudnia 2020 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący na posiedzeniu w dniu 3 grudnia 2020 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Izba w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Zamawiający niezgodnie

z wyjaśnieniami przekazanymi na żądanie przyjął, że treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazując iż zarzut został podniesiony z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp: *Odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeśli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację dotyczącą odrzucenia jego oferty drogą elektroniczną w dniu 29 listopada 2020 r. Z uwagi na to, iż wartość zamówienia nie przekracza wartości określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp termin na wniesienie odwołania dotyczący czynności zamawiającego z 29 października 2020 r. wynoszący 5 dni, upłynął w dniu 3 listopada 2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 6 listopada 2020 r., zatem z uchybieniem terminu określonego w ustawie (dla zarzutu dotyczącego czynności Zamawiającego z dnia 29 października 2020 r). Zatem cała argumentacja w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego, w tym również dowody złożone przez Przystępującego, zostały pozostawione przez Izbę bez rozpoznania, jako dotycząca zarzutu podniesionego z uchybieniem terminu na jego wniesienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 1) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP poprzez bezpodstawny wybór oferty wykonawcy Smart Metering G. M. w wyniku braku unieważnienia przetargu, mimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu, gdyż jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzut należy uznać za niezasadny.

Izba w pełni podziela stanowisko zawarte m.in. w wyrokach KIO 2577/20 z dnia 27 października 2020 r., KIO 1187/17 z dnia 26 czerwca 2017 r., KIO 2165/17 z 6 listopada 2017 r. zgodnie z którymi „Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowaną w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające

wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzą, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący”.

Wskazać należy, iż postawiony zarzut nie może mieć charakteru ogólnego, winien zostać skonkretyzowany, nakierowany na uwzględnienie odpowiadających mu żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny jego zasadności.

Przenosząc powyższe na realia rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że twierdzenia Odwołującego dotyczące konieczności odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz niekorzystnej pod względem ekonomicznym i społecznym nie zostały poparte żadną merytoryczną argumentacją. Brak jest w treści odwołania jakiegokolwiek uzasadnienia, wskazującego na czym polega zarzucana niezgodność oferty Przystępującego z wymaganiami SIWZ. Odwołujący nie wskazał również, na czym polegały czynności Zamawiającego, którym zarzucił naruszenie przepisów prawa, ani nie wykazał też dlaczego i na jakiej podstawie Odwołujący zarzuca im naruszenie przepisów prawa. Takich okoliczności nie wykazał również podczas rozprawy, nie wskazał żadnych elementów technicznych, które świadczyłyby o niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Nie miał również wiedzy, co dokładnie stanowi treść oferty Przystępującego, jaki typ wodomierzy oferuje Przystępujący i o jakich parametrach technicznych, odwołując się jedynie do własnych przypuszczeń na ten temat.

Żadne z powyższych wskazań, nie może stanowić podstawy do uznania, że treść oferty Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Twierdzenie Odwołujące, że skoro

jego oferta została odrzucona, to oferta Przystępującego również, z tych samych powodów winna być odrzucona, nie zasługuje na uwzględnienie.

Powyższe, w ocenie Izby nie jest wystarczające, aby stwierdzić na czym miałyby polegać niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, jakich czynności z którymi nie zgadza się Odwołujący i dlaczego uważa je za niezgodne z prawem dokonał Zamawiający, jak również nie wskazuje ewentualnych zaniechań Zamawiającego.

Ponadto, Odwołujący poza wskazaniem art. 91 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp, nie przedstawił żadnej argumentacji na potwierdzenie stawianych zarzutów.

Niezrozumiały jest zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp zgodnie z którym: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3.*

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Po odrzuceniu przez Zamawiającego oferty Odwołującego, w postępowaniu pozostały dwie oferty podlegające ocenie. Brak jest zatem podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Wobec powyższego, zarzuty nie mogły zostać uwzględnione.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 6) ustawy PZP poprzez bezpodstawny wybór oferty wykonawcy Smart Metering G. M. w wyniku braku unieważnienia przetargu, mimo iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć - w wyniku otwarcia ofert i dokonanych zapytań Zamawiający powziął wiedzę, że istnieje możliwość istotnego zaoszczędzenia środków mieszkańców wspólnot mieszkaniowych przeznaczonych na przedmiotowe zamówienie - zamiast kwoty 300 tys. złotych, może ona zostać wykonana za niespełna 200 tys. złotych, wskazać należy, iż zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, iż również w zakresie tego zarzutu, poza przywołaniem przepisów prawa zamówień publicznych, Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji faktycznej, wskazującej na zaistnienie okoliczności uzasadniających konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp: *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.*

Podkreślenia wymaga, że unieważnienie postępowania może wystąpić na podstawie wskazanego przepisu, wyłącznie w okolicznościach w nim wskazanych, odpowiadających trzem kumulatywnie występującym przesłankom zawartych w przepisie, tj. (1) wystąpienie istotnej zmiany okoliczności, (2) prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz (3) okoliczności tych nie można było przewidzieć .

Na podstawie orzecznictwa, doktryny i praktyki można wskazać, że dla dokonania czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ma znaczenie, że ocena zasadności czynności unieważnienia postępowania powinna być dokonana według stanu prawnego oraz okoliczności faktycznych istniejących w momencie dokonania danej czynności, z zastrzeżeniem, że przyczyny unieważnienia były niemożliwie do przewidzenia w dniu wszczęcia postępowania.

Za „zmianę okoliczności” należy rozumieć, zgodnie z przyjętą w orzecznictwie linią interpretacyjną, zaistnienie pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania przetargowego nie leży w interesie publicznym (S.O. w Warszawie 7 lipca 2009 r. V Ca 1187/2009). W wyroku z 29 maja 2012 r. (IV Ca 527/11) Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie uznał także, że dla zakwalifikowania zmiany jako istotnej potrzebna jest jej trwałość – rozumiana jako nieodwracalny stan. Z kolei Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 10 kwietnia 2008 r. IX Ga 30/08 orzekł, że zmiana okoliczności musi mieć charakter istotny, czyli faktycznie uniemożliwiający (a nie utrudniający) realizację zamówienia według dotychczasowych założeń, co bywa rozumiane jako zmiana będąca następstwem zdarzeń nadzwyczajnych, występujących rzadko (3 czerwca 2014 r. KIO 1001/14).

Zgodnie z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96 „*Prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym*”: za interes publiczny należy bez wątplenia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury czy porządku publicznego.

Interes publiczny jest potrzebą ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, grupy zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą i nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem Odwołującego, który poprzez dążenie do unieważnienia postępowania i ogłoszenia ponownego chce mieć możliwość złożenia oferty po raz kolejny.

Sformułowanie: *Czego nie można było wcześniej przewidzieć* należy rozumieć, że Zamawiający nie był w stanie przewidzieć, spodziewać się że takie zdarzenie zajdzie, w momencie ogłaszania przetargu. Jeżeli możliwym było przewidzenie wystąpienia takiej okoliczności, to wówczas zamawiający nie ma prawa unieważnić postępowania (9 kwietnia 2009 r. KIO/UZP 398/09).

W ocenie Izby, żadna z powyższych okoliczności (których spełnienie kumulatywne przesądza o konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 6 Pzp), stanowiących podstawę do unieważnienia postępowania nie została wykazana przez Odwołującego.

Powoływanie się na wybór oferty zgodnej z treścią SIWZ, której wartość jest zbliżona do wartości szacunkowej i mieszczącej się w środkach przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację zamówienia, nie może stanowić argumentu potwierdzającego, iż doszło do naruszenia interesu publicznego – mieszkańców wspólnoty mieszkaniowej, tylko dlatego, że oferta Odwołującego prawie o 100% tańsza została odrzucona. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ jej treść nie odpowiadała treści SIWZ, i jak przyznał na rozprawie, najprawdopodobniej ta niezgodność w zakresie braku wymaganych parametrów technicznych miała przełożenie na zaoferowaną, tak niską cenę. Nie można zatem twierdzić, że wybór oferty zgodnej z SIWZ stanowi naruszenie interesu publicznego, skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania, wręcz przeciwnie, to właśnie wybór oferty zgodnej z treścią SIWZ i zawarcie z wybranym w ten sposób wykonawcą umowy na realizację zamówienia publicznego, stanowi cel prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, podczas rozprawy Zamawiający potwierdził konieczność realizacji zamówienia według zasad określonych w SIWZ, jako niezbędną do wykonania potrzebę. Odwołujący nie wykazał wystąpienia jakiegokolwiek zmiany okoliczności, której skutkiem byłoby wystąpienie braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania, tym bardziej nie był w stanie wykazać, że potencjalnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć. Nie wskazał również na czym polega możliwość istotnego zaoszczędzenia środków mieszkańców wspólnoty mieszkaniowej.

Niewykazanie spełnienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przeczy możliwości unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut należy uznać zatem za niezasadny.

Za niezasadne Izba uznała również zarzuty polegające na naruszeniu:

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawny wybór oferty wykonawcy Smart Metering G. M., mimo, że oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 Pzp, oraz
- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na*

podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W analizowanym stanie faktycznym, Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

Powyższe okoliczności faktyczne w ocenie Izby nie dają podstaw, aby czynnościom Zamawiającego przypisać naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, oraz wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami prawa. Odwołujący również w zakresie powyższego zarzutu nie przedstawił żadnych dowodów, potwierdzających jego zasadność.

Zarzut należy uznać zatem za niezasadny.

W powyższych okolicznościach należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: