

Sygn. akt: KIO 2228/10

KIO 2245/10

## WYROK

z dnia 27 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Członkowie: Emil Kawa

Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 października 2010r.** w Warszawie odwołań z dnia 13 października 2010 r. i 15 października 2010 r., skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

**A. ELROW Sp. z o.o., 44-203 Rybnik, ul. Brzezińska 8a,**

**B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o., ELTRANS Sp. z o.o., 52-014 Wrocław, ul. Opolska 140,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**

przy udziale **ELROW Sp. z o.o., 44-203 Rybnik, ul. Brzezińska 8a** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2245/10 po stronie zamawiającego.

orzeka:

- A. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej**

**B. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o., ELTRANS Sp. z o.o., i dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej**

2. Kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A** koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ELROW Sp. z o.o., 44-203 Rybnik, ul. Brzezińska 8a**
  - B** koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o., ELTRANS Sp. z o.o., 52-014 Wrocław, ul. Opolska 140.**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty 37 734 zł 91 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy siedemset trzydzieści cztery złote dziewięćdziesiąt jeden groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
  - A** kwoty 19 134 zł 91 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto trzydzieści cztery złote dziewięćdziesiąt jeden groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **ELROW Sp. z o.o., 44-203 Rybnik, ul. Brzezińska 8a** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu na rozprawę przed KIO oraz zastępstwa procesowego,
  - B** kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o., ELTRANS**

**Sp. z o.o., 52-014 Wrocław, ul. Opolska 140** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego.

- 3) dokonać zwrotu kwoty 5000 złotych (pięć tysięcy złotych), tj. kwoty przewyższającej wartość należnego wpisu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o., ELTRANS Sp. z o.o., 52-014 Wrocław, ul. Opolska 140

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania „Modernizacja rozdzielni głównych 6 kV RG-I i RG-II na powierzchni zakładu górniczego w KW SA Oddział KWK Knurów Szczygłowice Ruch Szczygłowice”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 01 maja 2010r poz. 2010/S 85-128197.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone 4 oferty niżej podanych firm:

1. „ELEKTROBUDOWA” S.A. - cena brutto oferty: 10 018 640,00 zł
2. „ELROW” Sp. z o.o. - cena brutto oferty: 14 566 800,00 zł
3. Konsorcjum firm „Elektromontaż Energetyka” Sp. z o.o. i „ELTRANS” Sp. z o.o. - cena brutto oferty: 15 271 960,00 zł
4. „MARAT Rybnik” Sp. z o.o. - cena brutto oferty: 15 298 800,00 zł

Po zbadaniu i analizie ofert, a także wezwaniu do uzupełnień Zamawiający w piśmie z dnia 05.10.2010r. znak: ZZ/ZZT/10252/AT/2010 poinformował wykonawców o wykluczeniu z prowadzonego postępowania w trybie art. 24 ust.2 pkt 2 Ustawy Pzp firm „MARAT Rybnik” Sp. z o.o. oraz „ELEKTROBUDOWA” S.A., którzy nie przedłużyli terminu związania ofertą oraz ważności wadium i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzucił złożone przez nich oferty. Zamawiający odrzucił także ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie „Elektromontaż Energetyka” Sp. z o. o. i „ELTRANS” Sp. z o. o. jako niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, podając w uzasadnieniu, iż oferta tych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ, a wykonawcy nie odpowiedzieli na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów.

Ponadto w tym samym piśmie Zamawiający powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp dokonał czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, wskazując, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć. Zamawiający podając uzasadnienie unieważnienia prowadzonego postępowania w piśmie z dnia 5 października 2010 roku, przytoczył treść artykułu ustawy Pzp, nie wskazał okoliczności faktycznych uzasadniających unieważnienie postępowania.

Sygn. KIO 2228/10.

Z takim rozstrzygnięciem nie zgodził się Odwołujący Elrow sp. z o.o. i w dniu 13 października 2010 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazał, iż Zamawiający bezzasadnie dokonał czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania. Takie

działanie Zamawiającego uznał za sprzeczne z obowiązującymi przepisami Ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak podkreślił, aby Zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania na tej podstawie muszą zaistnieć łącznie 3 przesłanki: 1. zmiana okoliczności musi faktycznie zaistnieć, nie wystarczy możliwość jej zaistnienia, 2. zmiana musi być na tyle istotna, że musi powodować, iż dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, 3. zmiany okoliczności nie można było wcześniej obiektywnie przewidzieć (przy zachowaniu przez Zamawiającego należytej staranności). Koniecznym jest także udowodnienie przez Zamawiającego, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu należytej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, w wyniku czego kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia nie będzie leżało w interesie publicznym. Okoliczność, której nie można było przewidzieć należy wiązać ze zdarzeniem nadzwyczajnym, nieoczekiwanym, zewnętrznym, na które Zamawiający nie miał wpływu.

Odwołujący wskazał także na okoliczność, iż pismem datowanym na 01.10.2010 r. znak TI/IN-Sz/464/2010 (data pisma o unieważnieniu postępowania to 05.10.2010r.), Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z zapytaniem o cenę i przedstawienie wstępnej oferty cenowej w związku z planowaną modernizacją rozdzielni głównych 6 kv RG-I i RG-II na powierzchni zakładu górniczego w KW S.A. Oddział KWK „Knurów Szczygłowice” ruch „Szczygłowice” Podany w wyżej wymienionym piśmie przedmiot zamówienia jest taki sam, jak w unieważnionym postępowaniu. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że Zamawiający planuje zrealizować zamówienie i tym samym wydaje się być zasadny zarzut braku przesłanek faktycznych do unieważnienia postępowania.

Zatem Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał także na naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez nie podanie w zawiadomieniu z dnia 5 października 2010 r. uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp tj. unieważnienia procedury przetargowej w sytuacji braku przesłanek do unieważnienia. Potwierdzenie okoliczności, iż Zamawiający bezzasadnie unieważnił postępowanie przetargowe, oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Przede wszystkim Izba ustaliła, iż Zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie podał w zawiadomieniu z dnia 5 października 2010r. (nr ZZ/ZZT/10252/AT/2010) uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania.

Jak wielokrotnie podkreślano w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, obowiązek przedstawienia podstawy prawnej i faktycznej uzasadnienia dokonanej czynności zamawiającego wiąże się z zasadą jawności postępowania, zasadą zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji oraz ma na celu zapewnienie wykonawcom możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Należy podkreślić, że stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny i umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek, okoliczności wskazanych przez zamawiającego, a także skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania.

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie, w przypadku wystąpienia przesłanki unieważnienia postępowania, zamawiający był zobowiązany wskazać, w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji okoliczności faktycznych, które jego zdaniem uzasadniają tę decyzję. Tylko takie wskazanie Zamawiającego mogło umożliwić wykonawcy pełne odniesienie się do konkretnych przesłanek unieważnienia i skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania.

Jak wskazano powyżej, obowiązkiem zamawiającego jest jasne sformułowanie zarówno podstawy faktycznej i prawnej, na której dokonano unieważnienia postępowania. W niniejszej sprawie konsekwencją niepełnego podania podstawy unieważnienia postępowania był fakt, iż odwołujący nie mógł w odwołaniu w pełni odnieść się do okoliczności, które znane były tylko Zamawiającemu. O przyczynach takiej decyzji Odwołujący dowiedział się dopiero podczas trwania rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający unieważniając postępowanie przywołał treść art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Aby Zamawiający mógł unieważnić postępowanie na tej podstawie, konieczne jest wykazanie łącznego spełnienia trzech przesłanek:

- 1) wystąpienia istotnej zmiany 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.

Łączne spełnienie tych przesłanek powinno zostać wykazane przez Zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wskazywał na okoliczności dotyczące zmiany jego sytuacji finansowej. Zamawiający podnosił, iż okolicznością, która miała miejsce po rozpoczęciu procedury przetargowej, uzasadniająca unieważnienie postępowania, była zła sytuacja finansowa Zamawiającego. Na potwierdzenie tej okoliczności, Zamawiający przedłożył pismo Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Chorzowie z dnia 16 czerwca 2009r. (nr 060000/422/07/6340125123/DRD/U/N), w którym Zakład Ubezpieczeń Społecznych rozkłada na raty zadłużenie Zamawiającego z tytułu niezapłaconych składek emerytalnych. Jednakże, jak słusznie podniósł Odwołujący, o konieczności spłaty tego zadłużenia Zamawiający wiedział na blisko rok przed rozpoczęciem procedury przetargowej. Zatem powyższy dowód nie potwierdza spełnienia przesłanki unieważnienia postępowania. Nie wskazuje na okoliczność, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności, której nie można przewidzieć przed rozpoczęciem niniejszej procedury przetargowej.

W zakresie podniesionej przez Zamawiającego możliwości przeprowadzenia strajku przez pracowników Zamawiającego, co miało być okolicznością, jakiej Zamawiający nie mógł przewidzieć wszczynając niniejsze postępowanie, wskazać należy, że Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów istnienia tej okoliczności. Możliwość przeprowadzenia strajku przez pracowników jest potencjalną okolicznością, która może dotyczyć każdego pracodawcy i z którą teoretycznie każdy pracodawca powinien się liczyć. Aby jednak okoliczność ta mogła być uwzględniona w niniejszej sprawie, Zamawiający powinien wykazać, że jej prawdopodobieństwo jest realne i wykracza poza czysto teoretyczną, potencjalną możliwość. Zamawiający jednak tego nie uczynił. W szczególności Zamawiający nie przedstawił żadnych dokumentów świadczących o wszczęciu przez zakładowe organizacje związkowe działające u Zamawiającego sporu zbiorowego z Zamawiającym, który to spór jest zgodnie z ustawą o rozwiązywaniu sporów zbiorowych obligatoryjnym etapem przed wszczęciem akcji strajkowej.

Nie zostało także wykazane spełnienie przesłanki, iż prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

W interesie publicznym jak najbardziej leży wykonanie tego zamówienia. Jak zostało potwierdzone w trakcie rozprawy, Zamawiający rozpoczął procedury przetargowe na budowę generatora zasilanego metanem. Po zrealizowaniu tego zamówienia konieczne jest wykonanie rozdzielni, stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania przetargowego., aby generator ten mógł bezawaryjnie pracować. Gdyby rozdzielnie nie zostały zmodernizowane, mogłoby bowiem dojść do awarii mającej poważne skutki elektroenergetyczne i finansowe. Ponadto w ocenie Izby Zamawiający utożsamia interes publiczny z interesem własnym Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał żadnej okoliczności, która przesądzałaby o tym, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Ryzyko związane z prowadzoną przez Zamawiającego działalnością gospodarczą nie może zostać uznane za tożsame z interesem publicznym. Jest to bowiem działalność prowadzona przez Zamawiającego we własnym imieniu i na własny rachunek.

Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 22 września 2009r. (sygn. akt III CA 418/09, LEX nr 532695), iż *„Możliwość zmniejszenia wydatków przez zamawiającego nie świadczy jeszcze o tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Nie można bowiem utożsamiać interesu publicznego z interesem ekonomicznym zamawiającego (...).”*

Podnieść także należy, że w trakcie rozprawy przedstawiciel Zamawiającego oświadczył, iż Zamawiający prowadzi inne postępowania w przedmiocie zbliżonym do niniejszego postępowania. Oświadczenie to dodatkowo potwierdza, iż nie spełnione zostały przesłanki do unieważnienia niniejszego postępowania. Zamawiający uzasadniając w trakcie postępowania odwoławczego unieważnienie postępowania, powołał się na ogólne przyczyny dotyczące jego sytuacji finansowej. Fakt, iż Zamawiający prowadzi inne postępowania wskazuje, że sytuacja finansowa Zamawiającego nie jest na tyle zła, aby uniemożliwić mu prowadzenie innych postępowań.

Tym samym, w ocenie Izby brak było podstaw do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania.

W ocenie Izby pismo z dnia 1 października 2010r. skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego, w którym Zamawiający prosił o udzielenie informacji dotyczącej ceny oraz terminu, w jakim Odwołujący mógłby zrealizować zamówienie tożsame z przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu przetargowym. Pismo to w ocenie Izby stanowi dowód potwierdzający okoliczność, iż Zamawiający ma interes w wykonaniu zamówienia i w dalszym ciągu jest w dalszym ciągu zainteresowany jego realizacją.



Sygn. KIO 2245/10.

Zamawiający powiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie „Elektromontaż Energetyka” Sp. z o.o. i „ELTRANS” Sp. z o.o. o odrzuceniu oferty, zatrzymaniu wadium oraz o unieważnieniu postępowania przetargowego. Wykonawcy nie zgodzili się z takim rozstrzygnięciem i w dniu 15 października wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W uzasadnieniu odwołania wskazali następujące okoliczności:

Zamawiający w treści załącznika nr 5 do „Szczegółowego zakresu zamówienia” w pkt 3 tiret 4 żądał, aby prąd znamionowy w polach zasilających i sprzęgłowych oferowanych urządzeń wynosił min. 2000A. Odwołujący w złożonej ofercie, zdaniem Zamawiającego, nie określił w/wym. parametru, zaś na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów nie odpowiedział.

Odwołujący w złożonym odwołaniu wyjaśnił, iż kwestionowany parametr został w ofercie wskazany wielokrotnie poprzez podanie, iż prąd znamionowy w cyt. polach wynosi min. 2000A. Odpowiadało to zatem treści wymogów SIWZ. Jak wyjaśniał Odwołujący, dane dotyczące charakteru i podające parametr prądu znajdują się w treści opisu technicznego oferowanych rozdzielnic oraz w załączonych do oferty schematów rozdzielnic - dokumentach OF-163-10-01, OF-163-10-02 oraz OF-163-10-03 w których zawarto odnośne tabele podające żądane przez Zamawiającego parametry także w zakresie wymaganej wielkości 2000A. Opis techniczny oferowanych rozdzielnic oraz ww. schematy stanowiły integralną część oferty.

Zdaniem Odwołującego niezrozumiałe jest stosowanie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, skoro Zamawiający mógł ustalić żądane parametry w drodze analizy załączników do oferty (schematów OF-163-10-01, 02, 03).

Zdaniem Odwołującego, nawet w razie jakichkolwiek wątpliwości co do interpretacji treści tych załączników z innymi dokumentami oferty, zasadnym było zastosowanie zasad określonych art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp, czego Zamawiający nie uczynił.

Odwołujący podkreślił, że nie otrzymał wezwania do uzupełnienia dokumentów, na które powołuje się Zamawiający - ani w formie faksu, ani w formie pisemnej czy elektronicznej, zatem nie mógł sprostać jego żądaniom. Stwierdził ponadto, iż w przypadku otrzymania takiego wezwania odwołujący wypełniłby je niezwłocznie, szczególnie że niezuzupełnienie wezwania w sytuacji, gdy oferta odwołującego była najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, byłoby sprzeczne z jego interesami.

Odwołujący podnosił też, że urządzenie faksowe w jego siedzibie jest zawsze włączone i funkcjonuje prawidłowo, a zwłaszcza działało tak w spornym okresie. Każda korespondencja przychodząca do Wykonawcy jest zaś rejestrowana i odnotowywana w rejestrze

korrespondencji przychodzącej. Odwołujący twierdzi, iż otrzymał w tym czasie od Zamawiającego wyłącznie jedno pismo z dnia 02 sierpnia 2010 roku w przedmiocie przedłużenia ważności wniesionego w formie Gwarancji Ubezpieczeniowej wadium. Odpowiadając na to pismo w dniu 5 sierpnia 2010 roku odwołujący przedłożył Aneks nr 1 z dnia 05.08.2010r. do Gwarancji Ubezpieczeniowej.

W konsekwencji uznania, że wykonawca nie udzielił odpowiedzi na wezwanie, Zamawiający podjął decyzję o zatrzymaniu wniesionego wadium. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający uzasadniając swą decyzję z dnia 06 października 2010 roku o zatrzymaniu wadium wniesionego przez odwołującego w formie Gwarancji Ubezpieczeniowej nr 250001241088 z 02.06.2010r. wraz z aneksem z dnia 05.08.2010r., nie podał jakiemu wezwaniu uchybił odwołujący, nawet pomimo faktu, że z tejże okoliczności wywodzi skutki prawne w postaci zatrzymania wadium. Zatem Odwołujący stwierdził, iż uzasadnienie tej części decyzji uznać zatem należy za niekompletne - skoro Odwołujący nie otrzymał żadnego wezwania ze strony Zamawiającego, to nie mógł sprostać jego żądaniom, zaś tym które otrzymał (w przedmiocie wadium) sprostał niezwłocznie.

Zamawiający unieważnił przeprowadzone postępowanie przetargowe na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp, podając jako uzasadnienie, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, iż wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć.

Zamawiający nie podał okoliczności faktycznej. Brak jest zatem, zdaniem Odwołującego, jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że zaistniała jakakolwiek okoliczność mogąca powodować utratę interesu w udzieleniu przedmiotowego zamówienia. Nie możliwym jest stwierdzenie czy jest to okoliczność istotna oraz czy faktycznie nie można jej było przewidzieć w chwili wszczęcia postępowania.

Zamawiający zobligowany był na mocy art. 93 ust. 3 ustawy Pzp podać uzasadnienie faktyczne i prawne tak podjętej decyzji, czego nie uczynił ograniczając się do częściowego zacytowania przepisu ustawy (art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp). Zaprezentowana w treści pisma Zamawiającego z dnia 06 października 2010 roku argumentacja stanowiąca przytoczenie zapisu ustawy nie stanowi bowiem podstawy do unieważnienia postępowania. Zamawiający nie wskazał (nie mówiąc o udowodnieniu), że łącznie wystąpiły przesłanki warunkujące unieważnienie postępowania, określone w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał na okoliczność, iż zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie przyjmuje się zaś, że przepis ten ma zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy wystąpiła istotna, a więc znacząca zmiana okoliczności, powodująca, że prowadzone postępowanie lub wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym (a nie tylko interesie zamawiającego)

Zatem Odwołanie wniesione przez Odwołującego obejmuje także zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp a zwłaszcza art. 93 ust. 3 Ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego złożenie ofert przez „Marat Rybnik” Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ulica Brzezińska oraz „Elrow” Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ulica Brzezińska stanowić może czyn nieuczciwej konkurencji opisany art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. Jak twierdzi Odwołujący, podmioty powiązane są ze sobą zarówno kapitałowo jak też osobowo, a nawet posiadają wspólne biuro pod adresem przy ulicy Brzezińskiej 8a w Rybniku, jak też korzystają ze wspólnego numeru telefonu/faksu. Oferenci podają wspólny adres dla doręczeń korespondencji w sprawie o udzielenie niniejszego zamówienia, oraz wspólny (ten sam) numer faksu.

Podmioty te powiązane są ze sobą kapitałowo i osobowo w ten sposób, że łączą je osoby wspólników. W ten sposób m.in. „Marat Rybnik” sp. z o.o. jest udziałowcem firmy „Elrow” sp. z o.o. jak też odwrotnie - spółka „Elrow” sp. z o.o. jest udziałowcem firmy Marat Rybnik” sp. z o.o. Ponadto większościowym wspólnikiem (udziały o wartości 90% kapitałów zakładowych spółek) obu tych spółek - „Elrow” oraz „Marat Rybnik” jest pan Przemysław Małecki. Obecny (urzędującym) członkiem zarządu spółki „Marat Rybnik” jest pan Sławomir Małecki.

Złożone przez nich oferty pozostają spójne ze sobą (m.in. w identycznym doborze zaproponowanych urządzeń - tych samych producentów) oraz łądząco podobne w wielu miejscach i aspektach (m.in. w porządku wykazów umieszczonych w ofertach).

Odwołujący twierdzi, że złożenie wspomnianych ofert, a przez to udział tych oferentów jest co najmniej istotnym naruszeniem dobrych obyczajów, a w istocie również czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu cyt. przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czyn ten ma na celu utrudnienie pozostałym wykonawcom możliwość skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia, przez stworzenie sytuacji pośrednio powodującej narzucenie Zamawiającemu konieczności dokonania wyboru oferty jednego z tych przedsiębiorców, którzy pozostają w ścisłym związku gospodarczym i są powiązane kapitałowo oraz osobowo lub też takie narzucenie konieczności dokonywania wyboru oferty w mniej sprzyjających warunkach.

W przypadku, gdyby z postępowania zostali skutecznie wykluczeni inni oferenci, to z uwagi na dopuszczony w treści SIWZ sposób dokonywania oceny ofert, w tym dopuszczoną na późniejszym etapie postępowania możliwość licytacji, mogłoby dojść do sytuacji, w której Zamawiający mógłby mieć ograniczone pole wyboru, co w istocie oznaczałoby faktyczne zmuszenie do zawarcia umowy dla niego mniej korzystnej lub w mniej sprzyjających okolicznościach (przykładowo przez niewyrażenie zgody na związanie ofertą, lub też nieprzedłużenie ważności złożonego przez te spółki wadium)

Jak podkreśla Odwołujący, zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca ERLOW sp. z o.o. zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego. W uzasadnieniu przystąpienia wskazał na okoliczność, iż samo złożenie oferty przez wykonawców, którzy nawet pozostają w pewnym powiązaniu rodzinnym czy gospodarczym, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji nie skutkuje odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto, ajk podkreślił, Odwołujący nie wykazał, że zachowanie tych podmiotów w ramach postępowania miało wpływ na wynik postępowania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Potwierdzenie okoliczności, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy, w tym także bezzasadnie unieważnił postępowanie przetargowe, oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W ocenie Izby Zamawiający nie był uprawniony do wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazanie przez samego Odwołującego parametrów technicznych urządzeń to w istocie opis tego, jakie urządzenia oferuje Odwołujący, a więc opis przedmiotu zamówienia. Wskazuje na to jednoznaczne stwierdzenia Odwołującego: „*Oferta nasza dotyczy dostawy ...*” Opis ten nie może być zakwalifikowany jako dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Nie powinien być także zakwalifikowany jako dokument potwierdzający spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Dokumentami w takim rozumieniu mogą być np. wyniki badań laboratoryjnych, certyfikaty, z ich treści można bowiem pozyskać informację, porównać, czy parametry oferowanych

urządzeń są tożsame z wymaganymi przez Zamawiającego. W ofercie Odwołującego mamy do czynienia z sytuacją, w której Odwołujący sam przedstawia parametry, jakie spełniają urządzenia przez niego oferowane. Jest to zatem opis oferowanej dostawy. Zatem wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w niniejszym postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 było nieuprawnione.

Odwołujący podał parametry oferowanych urządzeń na załączonych schematach rozdzielnic. Można również przyjąć, iż wyjaśnienia nie były konieczne, gdyż treść wynikała z innego dokumentu. Treść oferty zawierająca parametry techniczne wyłączników na wyposażeniu pól rozdzielnic 6 kV jest również podana w innym dokumencie stanowiącym treść oferty tj. w załączonych schematach. Z powyższego wynika, iż zaoferowane urządzenia były zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego.

Zamawiający był uprawniony do żądania wyjaśnień. Jednak w przypadku braku wyjaśnień, Zamawiający nie był jednak uprawniony do zatrzymania wadium, gdyż ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje procedury zatrzymania wadium w przypadku niezłożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ustawy, a jedynie w przypadku niezłożenia dokumentów lub oświadczeń bądź pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Izba dała wiarę oświadczeniu przedstawiciela Odwołującego, złożonemu w trakcie rozprawy, iż faks jest całą dobę włączony i żadna korespondencja w tym zakresie nie dotarła do Odwołującego.

Zamawiający podjął wprawdzie próbę wyjaśnienia. Jednakże w tak istotnej sprawie Zamawiający mógł i powinien żądać potwierdzenia otrzymania faksu przez Odwołującego. Co więcej, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, w dniu 5 sierpnia 2010 roku Odwołujący przedłożył Aneks nr 1 z dnia 05.08.2010r. do Gwarancji Ubezpieczeniowej. Świadczy to, iż był zainteresowany dalszym udziałem w procedurze przetargowej, zatem logiczny jest wniosek, iż gdyby w tym samym czasie otrzymał prośbę o wyjaśnienia, takich wyjaśnień by udzielił.

Izba ustaliła także, iż Zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie podał w zawiadomieniu z dnia 5 października 2010r. (nr ZZ/ZZT/10252/AT/2010) uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania.

Jak wielokrotnie podkreślano w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, obowiązek przedstawienia podstawy prawnej i faktycznej uzasadnienia dokonanej czynności zamawiającego wiąże się z zasadą jawności postępowania, zasadą zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji oraz ma na celu zapewnienie wykonawcom możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Należy podkreślić, że stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny i umożliwiający wykonawcy odniesienie się do

konkretnych przesłanek, okoliczności wskazanych przez zamawiającego, a także skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania.

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie, w przypadku wystąpienia przesłanki unieważnienia postępowania, zamawiający był zobowiązany wskazać, w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji okoliczności faktycznych, które jego zdaniem uzasadniają tę decyzję. Tylko takie wskazanie Zamawiającego mogło umożliwić wykonawcy pełne odniesienie się do konkretnych przesłanek unieważnienia i skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania.

Jak wskazano powyżej, obowiązkiem zamawiającego jest jasne sformułowanie zarówno podstawy faktycznej i prawnej, na której dokonano unieważnienia postępowania. W niniejszej sprawie konsekwencją niepełnego podania podstawy unieważnienia postępowania był fakt, iż odwołujący nie mógł w odwołaniu w pełni odnieść się do okoliczności, które znane były tylko Zamawiającemu. O przyczynach takiej decyzji Odwołujący dowiedział się dopiero podczas trwania rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający unieważniając postępowanie przywołał treść art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Aby Zamawiający mógł unieważnić postępowanie na tej podstawie, konieczne jest wykazanie łącznego spełnienia trzech przesłanek:

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

Łączne spełnienie tych przesłanek powinno zostać wykazane przez Zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wskazywał na okoliczności dotyczące zmiany jego sytuacji finansowej. Zamawiający podnosił, iż okolicznością, która miała miejsce po rozpoczęciu procedury przetargowej, uzasadniająca unieważnienie postępowania, była zła sytuacja finansowa Zamawiającego. Na potwierdzenie tej okoliczności, Zamawiający przedłożył pismo Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Chorzowie z dnia 16 czerwca 2009r. (nr 060000/422/07/6340125123/DRD/U/N), w którym Zakład Ubezpieczeń Społecznych rozkłada na raty zadłużenie Zamawiającego z tytułu niezapłaconych składek emerytalnych. Jednakże, jak słusznie podniósł Odwołujący, o konieczności spłaty tego zadłużenia Zamawiający wiedział na blisko rok przed rozpoczęciem procedury przetargowej. Zatem powyższy dowód nie potwierdza spełnienia przesłanki unieważnienia postępowania.

Nie wskazuje na okoliczność, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności, której nie można przewidzieć przed rozpoczęciem niniejszej procedury przetargowej.

W zakresie podniesionej przez Zamawiającego możliwości przeprowadzenia strajku przez pracowników Zamawiającego, co miało być okolicznością, jakiej Zamawiający nie mógł przewidzieć wszczynając niniejsze postępowanie, wskazać należy, że Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów istnienia tej okoliczności. Możliwość przeprowadzenia strajku przez pracowników jest potencjalną okolicznością, która może dotyczyć każdego pracodawcy i z którą teoretycznie każdy pracodawca powinien się liczyć. Aby jednak okoliczność ta mogła być uwzględniona w niniejszej sprawie, Zamawiający powinien wykazać, że jej prawdopodobieństwo jest realne i wykracza poza czysto teoretyczną, potencjalną możliwość. Zamawiający jednak tego nie uczynił. W szczególności Zamawiający nie przedstawił żadnych dokumentów świadczących o wszczęciu przez zakładowe organizacje związkowe działające u Zamawiającego sporu zbiorowego z Zamawiającym, który to spór jest zgodnie z ustawą o rozwiązywaniu sporów zbiorowych obligatoryjnym etapem przed wszczęciem akcji strajkowej.

Nie zostało także wykazane spełnienie przesłanki, iż prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

W interesie publicznym jak najbardziej leży wykonanie tego zamówienia. Jak zostało potwierdzone w trakcie rozprawy, Zamawiający rozpoczął procedury przetargowe na budowę generatora zasilanego metanem. Po zrealizowaniu tego zamówienia konieczne jest wykonanie rozdzielni, stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania przetargowego., aby generator ten mógł bezawaryjnie pracować. Gdyby rozdzielnie nie zostały zmodernizowane, mogłoby bowiem dojść do awarii mającej poważne skutki elektroenergetyczne i finansowe. Ponadto w ocenie Izby Zamawiający utożsamia interes publiczny z interesem własnym Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał żadnej okoliczności, która przesądzałaby o tym, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Ryzyko związane z prowadzoną przez Zamawiającego działalnością gospodarczą nie może zostać uznane za tożsamy z interesem publicznym. Jest to bowiem działalność prowadzona przez Zamawiającego we własnym imieniu i na własny rachunek.

Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 22 września 2009r. (sygn. akt III CA 418/09, LEX nr 532695), iż „*Możliwość zmniejszenia wydatków przez zamawiającego nie świadczy jeszcze o tym, że wykonanie zamówienia nie*

*leży w interesie publicznym. Nie można bowiem utożsamiać interesu publicznego z interesem ekonomicznym zamawiającego (...)*”

Podnieść także należy, że w trakcie rozprawy przedstawiciel Zamawiającego oświadczył, iż Zamawiający prowadzi inne postępowania w przedmiocie zbliżonym do niniejszego postępowania. Oświadczenie to dodatkowo potwierdza, iż nie spełnione zostały przesłanki do unieważnienia niniejszego postępowania. Zamawiający uzasadniając w trakcie postępowania odwoławczego unieważnienie postępowania, powołał się na ogólne przyczyny dotyczące jego sytuacji finansowej. Fakt, iż Zamawiający prowadzi inne postępowania wskazuje, że sytuacja finansowa Zamawiającego nie jest na tyle zła, aby uniemożliwić mu prowadzenie innych postępowań.

Tym samym, w ocenie Izby brak było podstaw do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z brzmienia tego przepisu wynika, iż dla uznania danego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji nie musi wystąpić skutek w postaci naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, lecz wystarczające jest, aby powstało samo zagrożenie takiego naruszenia. Pozostałymi przesłankami uznania danego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji jest sprzeczność działania z prawem lub dobrymi obyczajami. Wskazać przy tym należy, iż katalog czynów nieuczciwej konkurencji wymienionych w art. 3 ust. 2 oraz art. 5 – 17d ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest katalogiem zamkniętym. Za czyny nieuczciwej konkurencji mogą zostać uznane także inne działania – nie wymienione wprost w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – pod warunkiem, że spełniają przesłanki wskazane w art. 3 ust. 1 tej ustawy.

Jednakże w ocenie Izby zarzut popełnienia przez „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. czynu nieuczciwej konkurencji nie jest uzasadniony. Odwołujący nie wykazał bowiem, że złożenie ofert przez spółki „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. stanowić miało czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w odwołaniu powołał się, że złożenie ofert przez „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. stanowić może zdefiniowany w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czyn polegający na utrudnieniu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez podejmowanie działań mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub



stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że złożenie w przetargu ofert przez dwa podmioty (nawet powiązane kapitało i osobowo) oznacza popełnienie przez te podmioty czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał, jakie działania podejmowane przez „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. miałyby wymuszać wybór na Zamawiającym lub też stwarzać warunki umożliwiające podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u tych spółek. W ocenie Izby prowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego jest jedną z gwarancji, iż taki rodzaj czynu nieuczciwej konkurencji nie zostanie popełniony.

Odwołujący nie wykazał także, że złożenie ofert przez „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. jest sprzeczne z prawem (nie zostały wskazane żadne przepisy, które miałyby zostać przez wykonawców „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. naruszone) lub dobrymi obyczajami – Odwołujący nie wskazał jakie obyczaje i w jaki sposób miałyby zostać naruszone. Odwołujący nie wykazał (ani też nawet nie podjął takiej próby), w jaki sposób złożenie ofert przez „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. miało zagrażać naruszeniu interesu Odwołującego. W szczególności Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób istnienie powiązań kapitałowych i osobowych pomiędzy spółkami „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. miałyby wpływać na wyniki prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o., ELTRANS Sp. z o.o., wnieśli wpis w wysokości 20 000 złotych, tj. w kwocie przewyższającej wartość należnego wpisu. Mając powyższe na uwadze zwrotowi na rzecz Odwołującego podlega kwota 5000 zł, przewyższająca należny wpis.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....