

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch S.A., Apator Rector Sp. z o.o., Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o., Eurosystem S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Dystrybucja S.A., 30-390 Kraków, ul. Zawia 65L**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sygnity S.A., KPG S.A., Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Informatyczne Compass S.A., 02-486 Warszawa, al. Jerozolimskie 180** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
2. kosztami postępowania obciąża **Tauron Dystrybucja S.A., 30-390 Kraków, ul. Zawia 65L** 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 **Comarch S.A., Apator Rector**

Sp. z o.o., Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o., Eurosystem S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Tauron Dystrybucja S.A., 30-390 Kraków, ul. Zawila 65L** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch S.A., Apaton Rector Sp. z o.o., Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o., Eurosystem S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Tauron Dystrybucja S.A., ul. Zawila 65L, 30 - 390 Kraków wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „Dostawę i wdrożenie systemu informatycznego do Zarządzania Majątkiem Sieciowym (ZMS) w Spółkach Enion S.A. i EnergiaPro S.A. oraz świadczenie usługi serwisu systemu.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10.07.2010 r. pod numerem 2010/S 132-203293.

W dniu 13.03.2012 r. Odwołujący - Wykonawca: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienie: Comarch S.A. - Lider konsorcjum - Pełnomocnik Wykonawców, Aleja Jana Pawła II 39 A, 31 - 864 Kraków, Apator Rector Sp. z o.o. - Członek konsorcjum, ul. Sulechowska 1, 65 -022 Zielona Góra, Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o. - Członek konsorcjum, ul. Odrzańska 7, 30-408 Kraków Eurosystem S.A. - Członek konsorcjum, ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów powziął wiadomość o unieważnieniu przedmiotowego postępowania uchwałą Zarządu Spółki Zamawiającego nr 80/VII/2012 z dnia 8.03.2012 r.w związku z wystąpieniem istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania oraz wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W tym samym dniu Odwołujący złożył wniosek o dostęp do dokumentacji postępowania, a Zamawiający wyznaczył termin zapoznania się z nią na dzień 19 marca 2012 roku. Zamawiający odmówił dostępu do: Raportu zgodności zakresu wdrożenia SZMS w GZE z planem wdrożenia SZMS w Tauron Dystrybucja opracowany przez KPMG Advisory Sp. z o.o. Sp.k., Wyników prac analitycznych, studialnych i obliczeniowych, Rachunku ekonomicznego oraz Wstępnej analizy wariantowej budowy SZMS w Tauron Dystrybucja S.A. i GZE (dawny VDP).

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 23.03.2012r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na uznaniu, że przedmiotowe postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie przepisu art 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, pomimo że nie wystąpiła istotna

zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;

2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która jest ofertą najkorzystniejszą;

3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2011 roku (KIO/2339/11, KIO/2287/11), w którym nakazano Zamawiającemu dokonanie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

4. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania udostępnienia Odwołującemu części dokumentacji postępowania, tj.:

- a) Raportu zgodności zakresu wdrożenia SZMS w GZE z planem wdrożenia SZMS w Tauron Dystrybucja opracowany przez KPMG Advisory Sp. z o.o. Sp.k.,
- b) Wyników prac analitycznych, studialnych i obliczeniowych,
- c) Rachunku ekonomicznego,
- d) Wstępnej analizy wariantowej budowy SZMS w Tauron Dystrybucja SA i GZE (dawny VDP);

5. niezgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2. naruszenie przepisu art 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty Konsorcjum Comarch, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Konsorcjum Comarch jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

3. naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 6) ustawy Pzp, poprzez uznanie, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, pomimo, że nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć,

4. naruszenie przepisu art. 96 ust 3 ustawy Pzp w związku z art 8 ust 1-3 ustawy Pzp poprzez odmowę udostępnienia części dokumentacji postępowania, tj.:

- a) Raportu zgodności zakresu wdrożenia SZMS w GZE z planem wdrożenia SZMS w Tauron Dystrybucja opracowany przez KPMG Advisory Sp. z o.o. Sp.k.,
- b) Wyników prac analitycznych, studialnych i obliczeniowych,
- c) Rachunku ekonomicznego,
- d) Wstępnej analizy wariantowej budowy SZMS w Tauron Dystrybucja SA i GZE (dawny VDP).

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i;

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
2. nakazanie Zamawiającemu prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert zgodnej z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2011 roku (KIO/2339/11, KIO/2287/11),
4. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Konsorcjum Comarch, jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
5. nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Konsorcjum Comarch wskazanej w odwołaniu części dokumentacji postępowania.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu na podstawie art. 186 ust 2 ustawy Pzp Odwołujący zażądał od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie z wskazanymi powyżej żądaniami odwołania.

Odwołujący wskazał, że unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od zasady trwałości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zakazem wykładni rozszerzającej.

Zarzucił Zamawiającemu brak spełnienia przesłanek unieważnienia postępowania określonych w art 93 ust 1 pkt. 6) ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego nie wystarczy, aby ziściła się jedna z przesłanek określonych w tym przepisie, aby Zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania.

Według Odwołującego nabycie licencji w ramach grupy kapitałowej nie mieści się w zakresie pojęcia „istotna zmiana okoliczności”.

Zwrócił uwagę, iż Zamawiający - kilkakrotnie wskazując na nabycie w ramach grupy licencji na ZMS – nie poinformował o tym, że w chwili wszczęcia postępowania posiadał już 2 (dwie) inne licencje na użytkowanie systemu ZMS, na co Zamawiający sam wskazywał w SIWZ - a mianowicie na:

1. System ZMS SID, wdrożony przez Apator Rector Sp. z o.o. w Tauron Dystrybucja Oddział Kraków,
2. System ZMS EL.GIS, wdrożony przez Globema Polska S.A. w Tauron Dystrybucja Oddział Tarnów.

Podniósł, że Zamawiający mając świadomość posiadania obydwu wyżej wymienionych licencji na system ZMS - i to system ZMS wdrożony u samego Zamawiającego, a nie - w podmiocie powiązonym pośrednio, posiadającym całkiem inną organizację - zdecydował się na wszczęcie odrębnego postępowania. Wywodził, że gdyby przyjąć argumentację Zamawiającego za prawidłową, to należałoby uznać, iż od 2010 roku prowadzi niepotrzebne nikomu postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, wskutek czego naraża na szkodę przedsiębiorstwo użyteczności publicznej.

Zarzucił, że Zamawiający nie wspomniał o powyższym fakcie w piśmie o unieważnieniu postępowania, ani nie wykazał także, dlaczego akurat system ZMS wdrożony w spółce zależnej od GZE S.A. miałby być lepszy i korzystniejszy dla Zamawiającego od systemów ZMS działających obecnie u Zamawiającego, czy też systemów określonych w ofertach nie podlegających odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego okoliczność braku takiej argumentacji jest bardzo istotna wobec oświadczeń, jakie sam Zamawiający składał w trakcie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał, że system ZMS funkcjonujący w spółce zależnej od GZE S.A. jest systemem spółki Sygnity S.A. Tymczasem Zamawiający w trakcie tego postępowania dwukrotnie stwierdził, iż system oferowany przez Konsorcjum Sygnity (funkcjonujący w spółce zależnej od GZE S.A.) nie spełnia wymagań SIWZ. W szczególności w piśmie z dnia 17 października 2011 roku Zamawiający stwierdził, iż Konsorcjum Sygnity: „przedstawiło Zamawiającemu niezgodną ze stanem faktycznym informację, iż oferowana aplikacja wraz z platformą GIS tj. SONET w wersji Oracle Spatial spełnia wymagania SIWZ”.

Odwołujący uważał, że Zamawiający nie wskazał też, w jaki sposób nabycie spółki GZE S.A. wraz ze spółkami zależnymi stało się ową „istotną okolicznością”, na którą

Zamawiający się powołuje. Oświadczył również, że nie kwestionuje okoliczności posiadania licencji na korzystanie z systemu ZMS przez spółkę zależną od GZE S.A.

Stwierdził, że fakt posiadania licencji na korzystanie z systemu ZMS przez spółkę zależną od GZE SA w żaden sposób nie przekłada się możliwość korzystania z tej licencji przez Zamawiającego - w szczególności zaś Zamawiający, nie jest uprawniony do korzystania z tego systemu ZMS.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający - jeśli chciałby korzystać z licencji na system ZMS autorstwa Sygnity S.A. obecnie użytkowanego przez spółkę zależną od GZE S.A. - musiałby nabyć takie licencje i nabyć usługi wdrożeniowe od firmy Sygnity S.A., która złożyła w niniejszym postępowaniu ofertę, która to oferta nie została uznana za najkorzystniejszą.

Zauważył także, iż Zamawiający nie wyjaśnił, w jakim trybie miałyby się to odbyć, a Odwołujący domniemywał, że Zamawiający - wobec unieważnienia niniejszego postępowania - chciałby takie licencje i usługi nabyć w trybie postępowania z wolnej ręki.

Powołał się również na fakt, że sam Zamawiający przewidział w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia możliwość rozwoju grupy kapitałowej - w szczególności przewidział konieczność udzielania licencji na rzecz innych spółek wchodzących w skład grupy kapitałowej Tauron i wymagał, aby wykonawcy podali cenę za takie dodatkowe licencje. Zauważył, że dwaj wykonawcy, których oferty nie podlegały odrzuceniu, tj. Konsorcjum Comarch i Konsorcjum Asseco, licencję tę wyceniło na 1 grosz. Tym samym - według Odwołującego - nie istnieje żadna oszczędność w zakresie nabywania samych praw licencyjnych (a tylko na ten aspekt wskazał Zamawiający w piśmie o unieważnieniu postępowania).

Odwołujący wskazał także, iż w trakcie postępowania nie zaszła w ogóle „istotna zmiana okoliczności”, która miałaby zdaniem Zamawiającego polegać na nabyciu licencji na użytkowanie systemu ZMS - a to wobec faktu, iż:

- Zamawiający już w chwili wszczęcia postępowania był w posiadaniu licencji na dwa inne systemy ZMS i nie uznał tej okoliczności za fakt uniemożliwiający wszczęcie niniejszego postępowania,

- System ZMS użytkowany w spółce zależnej od GZE S.A. nie spełnia oczekiwań Zamawiającego i był przez Zamawiającego dwukrotnie uznany za sprzeczny z SIWZ,

- Zamawiający nie jest obecnie uprawniony do korzystania z Systemu ZMS użytkowanego w spółce zależnej od GZE SA, zaś nabycie takich praw (licencje) i możliwości (wdrożenie) wiąże się z istotnymi kosztami,

- Zamawiający ma zapewnione obecnie nabycie licencji na inne podmioty grupy kapitałowej Tauron za kwotę 1 (jednego) grosza.

Odwołujący wywodził, że okoliczność istnienia w grupie kapitałowej Tauron trzeciej licencji na system ZMS nie jest istotną zmianą okoliczności i wystarczy do dwóch już posiadanych licencji na system ZMS dołożyć trzecią licencję - co nie zmienia uzasadnienia decyzji Zamawiającego podjętej w chwili wszczęcia postępowania.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, iż powoływanie się na nabycie w ramach grupy kapitałowej licencji firmy Sygnity S.A. nie zostało w żadnym stopniu powiązane z unieważnieniem postępowania, bowiem Zamawiający nie wykazał związku przyczynowego - w szczególności nie wskazał, iż wszczął procedurę wdrażania tych licencji czy chociażby - że Zamawiający już jest w posiadaniu licencji.

Nadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż „istotna zmiana okoliczności”, na którą powołuje się Zamawiający jest zmianą sposobu koncepcji wykonania przedmiotu zamówienia. Jednakże taka zmiana przez Zamawiającego swoich wewnętrznych koncepcji nie realizuje – zdaniem Odwołującego - przesłanek określonych w art. 93 ust 1 ustawy Pzp (które jako wyjątki od zasady muszą być interpretowane zawężająco).

Podkreślił przy tym, iż wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zobowiązał się do zawarcia z wykonawcą, którego oferta, zgodnie z przewidzianą procedurą udzielania zamówień, będzie ofertą najkorzystniejszą, umowy, a zatem obecnie Konsorcjum Comarch przysługuje w stosunku do Zamawiającego roszczenie wyrażające się m.in. możliwością żądania wydania przez sąd orzeczenia, o którym mowa w art 64 kodeksu cywilnego.

Poza tym podniósł, że Zamawiający nie wykazał przesłanki „niemożliwości wcześniejszego przewidzenia”.

Przypomniał, że jak wynika z raportów bieżących spółki giełdowej Tauron Polska Energia S.A. przedwstępna umowa sprzedaży spółki Górnośląski Zakład Elektroenergetyczny została zawarta w dniu 23 sierpnia 2011 r. i umowa ta była wynikiem złożenia przez Tauron Polska Energia S.A. w dniu 16 czerwca 2011 ostatecznej oferty, która opiewała na kwotę 4.625.954.624,00 (cztery miliardy sześćset dwadzieścia pięć milionów dziewięćset pięćdziesiąt cztery tysiące sześćset dwadzieścia cztery) złote, zaś w dniu 13 grudnia 2011 roku została zawarta wyłącznie rozporządzająca umowa sprzedaży - a to wobec faktu, iż skutek rozporządzający umowy z dnia 23 sierpnia 2011 roku obłożony był

warunkiem zawieszającym wydania przez Urząd Konkurencji i Konsumenta decyzji pozwalającej na dokonanie łączenia podmiotów objętych akwizycją.

Jako istotną okoliczność Odwołujący wskazał to, iż kupowany majątek znany był spółce Tauron Polska Energia S.A. najpóźniej w dniu 16 czerwca 2011 roku (dzień złożenia ostatecznej oferty), zaś w dniu 23 sierpnia 2011 roku strony ustaliły wszystkie warunki akwizycji (zawarcie umowy pod warunkiem zawieszającym). Powołał się przy tym na raport bieżący nr 44/2011 i 61/2011 oraz wydruk ze strony <http://media.tauron-pe.pl/PressOffice/text format.jsp?prs id=200309>.

Według Odwołującego Zamawiający stara się wszystkie skutki wywieść z samego faktu ziszczenia się warunku zawieszającego oraz, ignoruje fakt uprzedniego ustalenia wszystkich warunków akwizycji oraz fakt, że złożenia oferty w warunkach poprzedzonych szczegółowym badaniem kupowanej spółki, tzw. Due diligence. Zauważył, że Tauron Polska Energia S.A., publikując raport po zawarciu w dniu 13 grudnia 2011 roku umowy rozporządzającej, wskazał na okoliczność uprzedniego (tj. przed dniem 13 grudnia 2011 roku) dokonania badania due diligence, por. <http://media.tauron-pe.pl/PressOffice/text format.jsp?prs id=200309>.

Poza tym zaznaczył, że z pisma Zamawiającego wynika, że spółka-matka wobec Zamawiającego, tj. Tauron Polska Energia S.A. złożyła ofertę wartą 4,62 miliarda złotych nie wiedząc co de facto kupuje, nie przeprowadzając wcześniej sprawdzenia i oszacowania majątku kupowanych podmiotów. Takie twierdzenia Zamawiającego nie mogą się ostać i powoływane są wyłącznie w celu próby uzasadnienia unieważnienia postępowania.

Odwołujący dopatrywał się również braku w uzasadnieniu unieważnienia postępowania przesłanki polegającej na tym, że „prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym”.

Powołał się na uchwałę Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. akt W. 8/96) w myśl, której za interes publiczny należy bez wątplenia 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. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 9 listopada 2010 r., K 13/07, TK wskazał, iż „«interes publiczny» jest pojęciem niedookreślonym, którego funkcja w procesie stosowania prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego w możliwości

reagowania na sytuacje faktyczne doniosłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych.”

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien wskazać, jaki konkretnie interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania.

Podniósł, że jeśliby Zamawiający uznał, że na chwilę unieważnienia postępowania ma inne niż wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeby i istnieje w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia, to nie może być to samoistną przyczyną unieważnienia postępowania i dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny, może powodować, iż środki przeznaczone na ten cel nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone.

Według Odwołującego argumentacja Zamawiającego zawarta w piśmie unieważniającym postępowanie nie posiada jakiegokolwiek wyjaśnienia, jaki konkretnie interes publiczny doznałby uszczerbku poprzez realizację postępowania objętego zamówieniem publicznym, ani też, jaki konkretnie interes publiczny w ogóle wymaga unieważnienia samego postępowania.

Odwołujący uznał, że użyta argumentacja w zakresie możliwości korzystania z innych - zakupionych przez Tauron Polska Energia S.A. w ramach zakupu spółki GZE wraz ze spółkami zależnymi - licencji i przeznaczenie zaoszczędzonych środków na inwestycję w sieć energetyczną nie może być uznana za wskazanie takiego interesu publicznego.

Po pierwsze zwrócił uwagę, że to nie Zamawiający dokonał zakupu spółki GZE, a co za tym idzie stał się właścicielem akcji spółki GZE (a nie licencji] - tej transakcji dokonał podmiot trzeci. Na marginesie jednak dodał, że fakt pozostawania w tej samej grupie kapitałowej nie oznacza możliwości korzystania z wartości niematerialnych i prawnych (tutaj: licencji) należących do innych członków grupy bezpłatnie - wręcz przeciwnie - szczególnie podmioty z grupy kapitałowej muszą dbać o zawieranie umów w cenach rynkowych – jest, bowiem to przedmiotem ścisłej kontroli podatkowej Państwa.

Po drugie wskazał, że Zamawiający nie wykazał ani możliwości dysponowania licencjami, o których pisze w uzasadnieniu do unieważnienia postępowania, ani też ceny, którą zaoszczędzi, posługuje się jedynie wartością niedookreśloną.

Odwołujący zauważył również, że z użytej przez Zamawiającego argumentacji wynika, iż zasadniczo przedmiotem ochrony ma być nie interes publiczny, a interes

Zamawiającego właśnie - co jest niedopuszczalne z punktu widzenia zarówno wykładni przepisu art 93 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp i potwierdzone stanowiskiem judykatury.

Po trzecie - Odwołujący zwrócił uwagę, iż cena stanowi jedynie 65% kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, pozostałe 35% to kryteria oceny jakościowej rozwiązania. Wywodził, że skoro dla Zamawiającego cena nie była najistotniejsza (wtedy cena byłaby jedynym kryterium), zaś bardzo istotne były kryteria techniczne - to obecnie Zamawiający nie może skutecznie twierdzić, iż właśnie cena i związane z nią potencjalne oszczędności są uzasadnieniem dla jego działania.

Uważał, że Zamawiający powinien wskazać, jak zamierza wprowadzić do swego przedsiębiorstwa licencje użytkowane przez spółkę zależną od GZE oraz jakie oszczędności uzyska.

Twierdził, że same licencje muszą zostać zakupione wraz z wdrożeniem, a przy tym Zamawiający w całości pominął istotny element przedmiotu zamówienia, jakim jest paszportyzacja - która także miała służyć w pierwotnym zamiarze Zamawiającego interesowi publicznemu.

W zakresie ciężaru dowodzenia podniósł, iż to Zamawiający zobowiązany jest wykazać łączne zaistnienie przesłanek skutkujących unieważnieniem postępowania - gdyż to na Zamawiającym, zgodnie z art. 190 ust 1 ustawy Pzp oraz art. 6 kodeksu cywilnego spoczywa obowiązek wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Odwołujący uznał, że ważna dla rozstrzygnięcia sprawy jest kwestia „tożsamości” lub „zbliżoności” produktu posiadanego przez Vattenfall do przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego Zamawiający sam nie wie, czy licencje posiadane przez Vattenfall Distribution Poland S.A. są produktem „tożsamym” czy „zbliżonym” - w piśmie z dnia 13 marca 2012 roku Zamawiający używa alternatywy: „Vattenfall Distribution Poland S.A. posiada licencję na użytkowanie systemu informatycznego do zarządzania majątkiem sieciowym oraz świadczenia usług serwisu, a zatem na produkt tożsamy lub zbliżony”. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający powinien dokonać pełnej i dokładnej analizy problemu i dopiero wtedy wiedziałby, czy produkt posiadany przez Vattenfall Distribution Poland S.A. jest podobny czy też jest tożsamy, a wobec braku takiej wiedzy u Zamawiającego, co sam Zamawiający potwierdził używając w/w alternatywy, nie jest

możliwe skuteczne unieważnienie postępowania, gdyż Zamawiający nie ma wiedzy, na czym „zmiana okoliczności” miałyby polegać oraz - czy zmiana ta jest „istotna”.

Zarzucił również Zamawiającemu brak tożsamości między przedmiotem zamówienia a produktem posiadanym przez Vatenfall.

Wskazał, że przedmiotem zamówienia zgodnie z SIWZ jest dostawa i wdrożenie systemu informatycznego do Zarządzania Majątkiem Sieciowym w spółce Tauron Dystrybucja S.A. (wówczas działającej, jako odrębne spółki ENION SA i EnergiaPro) oraz świadczenie usługi serwisu systemu, przy czym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wymagań i harmonogramu rzeczowego zawarty został w Załącznikach nr 1, 2 i 4 do SIWZ i obejmował:

1. Organizacja i planowanie,
2. Analiza i projektowanie (PT),
3. Wdrożenie pilotażowe A: Oddział w Tarnowie - sieci WN, SN i nN,
4. Wdrożenie pilotażowe B: po jednym RD (rejonie dystrybucji) w Oddziałach w Krakowie, Wrocławiu, Jeleniej Górze - sieci WN, SN i nN,
5. Pozyskanie do SZMS danych nt sieci WN – dot. wszystkich Oddziałów ENION S.A. i EnergiaPro S.A.,
6. Rollout 1 (wdrożenie SZMS w pozostałych RD w trzech oddziałach: Oddziały w Krakowie, Wrocławiu, Jeleniej Górze) - sieci SN i nN,
7. Rollout 2 (wdrożenie SZMS w sześciu oddziałach: Oddziały w Będzinie, Bielsku-Białej, Częstochowie, Legnicy, Opolu, Wałbrzychu) - sieci SN i nN,
8. Zamykanie projektu,
9. Sprawowanie gwarancji,
10. Świadczenie serwisu obowiązkowego,
11. Świadczenie serwisu opcjonalnego,
12. Świadczenie wsparcia technicznego.

Zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia było nie tylko dostarczenie licencji i wdrożenie oprogramowania objętego licencją - ale także świadczenie usług inwentaryzacji i paszportyzacji oraz pozyskania map, a wynagrodzenie za te usługi stanowi istotną część ceny oferty i średnio wynosi ono 61,3% ceny całkowitej w złożonych 4 ofertach, zaś same licencje stanowią tylko średnio 10,6% ceny całkowitej w złożonych 4 ofertach, co wynika ze złożonych ofert.

W kontekście powyższego zauważył, iż unieważnienie postępowania Zamawiający opiera na fakcie „posiadania licencji” (przez inny podmiot niż Zamawiający, co należy podkreślać) na system ZMS, podczas gdy:

1. przedmiotem zamówienia nie było bynajmniej samo dostarczenie licencji, ale przede wszystkim było nim świadczenie usług. Zwrócił uwagę, że istotne jest, iż świadczenie usług paszportyzacji zawsze musi być wykonane, także w przypadku „posiadania licencji” na system ZMS, zaś to właśnie usługi paszportyzacji stanowią największą część zamówienia, zaś Zamawiający nie „posiada” wiążącą go umowy na świadczenie usług paszportyzacji.

2. wartość posiadanych przez spółkę zależną od GZE (podmiot inny niż Zamawiający) licencji (choć Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, iż nie będzie musiał i tak nabyć tą licencję na swoje potrzeby w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) stanowi niewielką część całości przedmiotu zamówienia.

3. Zamawiający wcale nie jest w posiadaniu licencji, których posiadanie przez spółkę zależną od GZE stanowi podstawę unieważnienia postępowania.

4. niezależnie od tego, jaki system ZMS będzie wdrażany u Zamawiającego (czy jeden z funkcjonujących w grupie kapitałowej Tauron, czy też jeden z objętych ofertami), Zamawiający zawsze zmuszony będzie ponieść koszty usług paszportyzacji, które to koszty są stałe, niezależne od rodzaju systemu ZMS.

Przekonywał, że nie ma tożsamości i dużego podobieństwa, pomiędzy „posiadanymi licencjami” a przedmiotem zamówienia. Według Odwołującego Zamawiający w piśmie z dnia 13 marca 2012 roku pominął celowo kwestię tego, że przedmiot niniejszego zamówienia w 90% były usługi i w ogóle nie odniósł się do tej kwestii, zaś samo unieważnienie postępowania oparł nie rzekomym „podobieństwie” licencji, podczas gdy licencje stanowią jedynie około 10% wartości przedmiotu zamówienia.

Wskazał również na brak uzasadnienia, aby duży podmiot przejmujący miał u siebie stosować produkty użytkowane w małym podmiocie przejmowanym (Tauron działa na obszarze 52 967 km², długość linii energetycznych 193 738 km[stan na dzień 2011.09.01 bez GZE] i jest kilka razy większy od GZE działającego na obszarze 4221 km², długość linii energetycznych 26 757 km - czyli Tauron jest ponad 8-krotnie większy od przejętego podmiotu GZE SA).

Jako niepewne z punktu widzenia logiki i biznesu ocenił, aby system użytkowany w małej spółce przejmowanej, miał stać się podstawowym system w całej grupie kapitałowej. Racjonalne wydaje się – w ocenie Odwołującego, iż to podmiot przejmujący wdraża swoje systemy informatyczne w spółkach przejmowanych, a nie - na odwrót.

Zarzucił, iż Zamawiający w piśmie o unieważnieniu z dnia 13 marca 2012 roku w ogóle nie pochylił się nad kwestią zasadności wykorzystania właśnie tego systemu ZMS w całej swojej grupie kapitałowej i nie podał ani jednego argumentu merytorycznego, uznając, że wdroży (nie wskazując podstawy prawnej - co istotne) u siebie system obecnie funkcjonujący w spółce zależnej od GZE SA.

Zwrócił także uwagę na wpływ ceny na wynik oceny ofert, w sytuacji, gdy oferta Konsorcjum Comarch otrzymała najwyższą ocenę w kryteriach poza-cenowych.

Podniósł również, że Zamawiający bezprawnie odmówił dostępu do części dokumentacji znajdującej się na stronie 404 protokołu (druk ZP-23) między innymi Raportu zgodności zakresu wdrożenia SZMS w GZE z planem wdrożenia SZMS w Tauron Dystrybucja opracowany przez KPMG Advisory Sp. z o.o. Sp.k. Zauważył, że Zamawiający w piśmie o unieważnieniu postępowania z dnia 13 marca 2012 roku powołał się również na prace analityczne, studialne i obliczeniowe i rachunek ekonomiczny, a także Opinię prawną, w której wskazano, jako merytoryczną podstawę decyzji Zamawiającego - „Wstępna analizę wariantową budowy SZMS w Tauron Dystrybucja S.A. i GZE (dawny VDP)”.

Wywodził, że dokumenty te powstały w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz to, że Zamawiający posłużył się nimi i oparł na nich swoją decyzję, a zatem dokumenty te stały się częścią dokumentacji postępowania. Podkreślił przy tym, iż zgodnie z przepisem art 96 ust 2 ustawy Pzp, także opinie biegłych i inne dokumenty czy informacje składane przez Zamawiającego stanowią załącznik do protokołu. Tym samym odmowa przez Zamawiającego dostępu do tych załączników do protokołu stoi w sprzeczności zarówno z zasadą jawności postępowania, jak i z zasadą równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący zaznaczył, że odwołanie jest dopuszczalne, a on ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Przypomniał, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 listopada 2011 roku (KIO/2339/11, KIO/2287/11) stwierdziła, iż oferta Konsorcjum Comarch jest najkorzystniejsza i nakazała wybór oferty, jako najkorzystniejszej.

W dniu 29.03.2012r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Wykonawca: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienie:

Sygnity S.A. - Lider konsorcjum, KPG S.A., Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Informatyczne Compass S.A.

Pismem z dnia 2.04.2012r. Zamawiający przedstawił własne stanowisko wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej załączników, zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 13.03.2012r., raportu zgodności zakresu wdrożenia SZMS w GZE z planem wdrożenia SZMS w Tauron Dystrybucja - Projekt pt: „Wsparcie wyboru Systemu Zarządzania Majątkiem Sieciowym” z dnia 31.01.2012r., zwanego dalej raportem, opracowania KPMG z dnia 30.03.2012r., oferty Odwołującego i Przystępującego, stanowiska Zamawiającego z dnia 2.04.2012r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień oraz pism i oświadczeń, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący zgodnie wnosili o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt. 6) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.), lecz nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 96 ust 3 ustawy Pzp w związku z art 8 ust 1-3 ustawy Pzp.

Przedmiotem rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego było zagadnienie czy Zamawiający dokonał czynności unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, to jest czy zostały spełnione łącznie wszystkie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt. 6)

cyt. wyżej ustawy uzasadniająca dokonanie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 13.03.2012 r. w sposób niedostateczny uzasadnił istnienie powyższych przesłanek do wzruszenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez jego unieważnienie, tym samym naruszając przepis art.93 ust.1 pkt. 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z brzmieniem powołanego wyżej przepisu art.93 ust.1 pkt. 6 ustawy 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.

Powyższy przepis ma charakter wyjątkowy i znajduje zastosowanie jedynie przy łącznym wystąpieniu wszystkich wymienionych wyżej przesłanek ustawowych połączonych związkiem przyczynowo – skutkowym.

W pierwszej kolejności Izba zbadała czy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powołanych w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 13.03.2012 r.

Jako istotne okoliczności Zamawiający wskazał w swoim zawiadomieniu o unieważnieniu przetargu między innymi koncentrację kapitałową Tauron Polska Energia S.A. i GZE S.A. i fakt wejścia w skład grupy GZE S.A. spółki Vattenfall Distribution Poland S.A., która posiada licencję na użytkowanie systemu informatycznego do zarządzania majątkiem sieciowym oraz świadczenia usług serwisu. Nadto poinformował wykonawców przy tej czynności, że produkt ten jest tożsamy lub zbliżony do tego, który stanowił przedmiot zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Analiza przedłożonego przez Zamawiającego raportu doprowadziła Izbę do wniosku, że produkt ten nie jest ani tożsamy, ani zbliżony do tego odpowiadającego wymaganiom SIWZ, co wynika z wniosków i podsumowania zawartych na stronie 4, 6-7, 9-12 raportu. Treść raportu wskazuje, że uzyskanie produktu odpowiadającego potrzebom Zamawiającego wymaga istotnych czynności dostosowawczych na określonym procentowo poziomie.

Izba w rozpoznawanej sprawie reprezentuje zapatrywanie, iż istotna okoliczność, która mogłaby być brana przez Zamawiającego pod uwagę musiałaby polegać na uzyskaniu przez niego prawa do systemu informatycznego bądź prawa z licencji na użytkowanie

takiego systemu, który swoim zakresem w pełni odpowiadałby wymaganiom określonym w sporządzonej przez niego SIWZ lub bardzo nieznacznie różnił się od takiego systemu.

W przeprowadzonym przez Izbę postępowaniu odwoławczym Zamawiający takich dowodów nie przedstawił, a raport jedynie potwierdza przekonanie Izby, że stworzenie takiego systemu lub jego rozwój wymagałby szeregu zabiegów, które wiążą się z przeprowadzeniem inwentaryzacji majątku Zamawiającego, który może być użyty przy realizacji przedmiotu zamówienia. Dopiero w następstwie powyższych czynności możliwe byłoby przeprowadzenie nowych procedur zarówno przygotowawczych, jak i przetargowych zmierzających do uzyskania w pełni funkcjonalnego systemu informatycznego zgodnego z potrzebami Zamawiającego.

Zamawiający nie posiada obecnie prawa do korzystania ze zintegrowanego systemu informatycznego zarządzania majątkiem sieciowym, a oświadczenie konkurenta Odwołującego konsorcjum Sygnity o udzieleniu mu licencji na oprogramowanie Sonet nie wskazuje pól eksploatacji wyłącznych praw autorskich do tego oprogramowania, wynagrodzenia autorskiego i innych elementów istotnych. Izba również przyjęła za wiarygodne twierdzenia Odwołującego, że wskazane w tym oświadczeniu oprogramowanie nie jest jedyne do wykonania przedmiotu zamówienia, bowiem również do jego wykonania będą wykorzystywane oprogramowania narzędziowe.

Zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący nie przedstawił żadnych umów na potwierdzenie uregulowania prawnego powyższych kwestii.

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, iż wszelkie kwestie związane z przekazaniem prawa dysponowania systemem informatycznym są w trakcie realizacji.

Nie przekonała Izby także argumentacja Zamawiającego o możliwości uzyskania bardzo znacznych oszczędności. Wprawdzie w raporcie na stronie 28 przedstawia się kalkulację umożliwiającą osiągnięcie znacznych oszczędności, jednak Izba nie uznała tej kalkulacji za przekonującą, bowiem nie uwzględniła ona ryzyk płynących z możliwości dokonania innej wyceny przez nowego wykonawcę kosztów wdrożenia SZMS dla TD oraz z uwagi na fakt, że przedstawiona pozycja kosztowa, z której wynikałaby oszczędność(l.p.0) nie zawiera szczegółowej kalkulacji wszystkich elementów cenotwórczych składających się na oczekiwaną oszczędność.

Z tego powodu Izba nie uznała hipotetycznej możliwości uzyskania oszczędności za element istotnej zmiany okoliczności.

Nie budzi także wątpliwości Izby, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było postępowaniem wszczętym w celu stworzenia systemu informatycznego umożliwiającego racjonalne zarządzanie majątkiem sieciowym dystrybutora energii i przez to lepsze zabezpieczenie potrzeb osób fizycznych i prawnych w zakresie dystrybucji energii elektrycznej.

Zatem w ocenie Izby prowadzenie tego postępowania o zamówienie publiczne bez wątplenia leży w interesie publicznym.

Sam Zamawiający przyznał, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w interesie publicznym, rozumianym, jako interes osób fizycznych i prawnych, odbiorców korzystających z usług dystrybucji energii, przy czym w tych okolicznościach jest ono zbędne, bowiem interes publiczny może być zaspokojony w inny sposób.

W ocenie Izby możliwe do uzyskania oszczędności mają charakter zakładanych, a nie są one pewne, co może pozostawać w kolizji z interesem publicznym, który wymaga od Zamawiających wydatkujących środki publiczne przedsięwzięć stabilnych i mało ryzykownych.

Nie przekonały Izby także argumenty Zamawiającego wynikające z podjętej uchwały o przeznaczeniu środków na inne cele związane ze zwiększeniem bezpieczeństwa zasilania klientów, jako niezwiązane z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Z faktu potencjalnej możliwości uzyskania oszczędności na inne cele użyteczności publicznej, które powinny być realizowane w normalnej działalności Zamawiającego nie można wyciągnąć wniosku, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

Natomiast Izba uznała, że okoliczności koncentracji kapitałowej, które zostały powołane w uzasadnieniu unieważnienia przetargu, Zamawiający nie mógł przewidzieć na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zważywszy, że od tej daty do chwili podpisania ostatecznej umowy w dniu 13.12.2011 r. nastąpił znaczny upływ czasu.

Reasumując w ocenie Izby Zamawiający w prowadzonym postępowaniu odwoławczym nie wykazał wystąpienia istotnej zmiany okoliczności w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Konsekwencją powyższego naruszenia prawa było nierówne potraktowanie Odwołującego, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą wobec Przystępującego, który przegrał przetarg, a pomimo tego niekorzystnego wyniku postępowania wykonawca ten liczył na uzyskanie zamówienia publicznego w inny sposób.

Jednocześnie Izba zapoznając się z treścią raportu doszła do wniosku, że szczegółowe informacje tam zawarte mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art.11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. Nr 47, poz. 211), a w szczególności informacje organizacyjne oraz posiadające wartość gospodarczą.

Co prawda Zamawiający wskazał raport na stronie 404 protokołu(druk ZP-23), jednak nie oznacza to, że został on ujawniony do publicznej wiadomości, a Zamawiający zastrzegł jego poufność w granicach przepisu art.8 ust.2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, 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).

Przewodniczący: