

Sygn. akt: KIO/UZP 114/07

WYROK
z dnia 25 stycznia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo**

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25.01.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **OPA-CARBO Sp. z o.o., Bytom, ul. Elżbiety 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 56** protestu z dnia 12.12.2007r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego „K. B. VOLT” Sp. z o.o., Ornontowice, ul. Zamkowa 10** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i unieważnić czynność unieważnienia postępowania.

2. Kosztami postępowania obciąża **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 56**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **OPA-CARBO Sp. z o.o., Bytom, ul. Elżbiety 7**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 5040 zł 0 gr (słownie: pięć tysięcy czterdzieści złotych zero groszy) przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 56** na rzecz **OPA-CARBO Sp. z o.o., Bytom, ul. Elżbiety 7**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **OPA-CARBO Sp. z o.o., Bytom, ul. Elżbiety 7**

U z a s a d n i e n i e

Wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług elektrycznych na powierzchni kopalni prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne uznanie, że doszło do spełnienia przesłanek wymienionych w przedmiotowym artykule, co skutkowało unieważnieniem postępowania.

Podniósł on, iż w toku postępowania złożył ofertę wraz z wymaganymi dokumentami, a pismem z dnia 7.12.2007r. został poinformowany o unieważnieniu postępowania w niniejszym przetargu. Zamawiający w uzasadnieniu powołał się na art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp podnosząc, że łączny koszt utrzymania ruchu urządzeń elektrycznych wynosi obecnie o 297 900 zł mniej, niż najniższa kwota roczna zaproponowana w przetargu publicznym. Zamawiający stwierdził więc, że podpisanie umowy na warunkach finansowych znacznie mniej korzystnych od dotychczasowych, nie leży w interesie publicznym i interesie kopalni.

Oprotestowując tę decyzję Wykonawca wskazał, że Zamawiający unieważnia przetarg, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Do unieważnienia przetargu musi zatem dojść po spełnieniu łącznie wszystkich przesłanek określonych w przepisie – wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub wykonaniu zamówienia i braku możliwości wcześniejszego przewidzenia zmiany tych okoliczności. Odwołujący podniósł, że Zamawiający wskazał jako przesłankę unieważnienia jedynie brak interesu publicznego (oraz nie mający znaczenia prawnego brak interesu kopalni) w zawarciu umowy.

Wykonawca Podkreślił, że w sprawie nie nastąpiła żadna zmiana okoliczności, a sam Zamawiający przewidywał koszt utrzymania urządzeń i wskazał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 7.300.000 zł netto czyli wyższą od zaoferowanej przez Odwołującego tj. kwoty 6.447.000 zł netto. Jedynym przepisem, który przewiduje unieważnienie postępowania ze względu na cenę jest art. 96 ust. 1 pkt 4, który nie pozwala na unieważnienie w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa od kwoty, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Unieważnienie postępowania ze względu na cenę z powołaniem się na pkt 6 art. 93 ust. 1 ocenił jako próbę obejścia prawa.

Odnosząc się do argumentów zawartych w rozstrzygnięciu protestu, Odwołujący podniósł, że nie wnoszą one nowych elementów, gdyż informacje o liczbie pracowników wykonujących prace utrzymania ruchu są bez znaczenia w świetle zapisów siwz, a wskazywanie, że są to byli pracownicy popierani przez organizacje związkowe może budzić obawy w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy. Poza tym okoliczność ta była również znana wcześniej. Także fakt połączenia KWK Budryk z Jastrzębską Spółką Węglową S.A. uznał za bezzasadny chociażby z tego powodu, że plany połączenia były znane przed ogłoszeniem przetargu. Odwołujący zakwestionował ponadto argument o ewentualnych skutkach finansowych prowadzonej w kopalni akcji protestacyjnej, która to okoliczność również nie była podstawą unieważnienia postępowania. Zważywszy na konieczność utrzymania ruchu urządzeń elektrycznych na powierzchni niezależnie od etapu zmian struktury organizacyjnej i połączenia spółek nie stanowią zatem, w ocenie Odwołującego, podstawy unieważnienia.

Wskazując powyższe zarzuty wniósł o nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania i nakazanie kontynuowania postępowania oraz dokonanie wyboru oferty zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, a następnie zawarcie stosownej umowy.

Odnosząc się do zarzutów odwołania podniesionych przez Odwołującego Zamawiający uznał, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Stwierdził, że świadczenie usług utrzymania ruchu urządzeń elektrycznych na powierzchni kopalni wykonywane jest przez firmę zewnętrzną zatrudniającą w pełnym wymiarze czasu pracy ok. 35 pracowników z odpowiednimi kwalifikacjami i 5 osób dozoru. Są to osoby posiadające wystarczającą wiedzę, w większości byli pracownicy kopalni. Podobne prace wykonywane są we wszystkich kopalniach Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. przez pracowników zatrudnionych w oddziałach urządzeń elektrycznych. W związku z przyłączeniem KWK „Budryk” S.A. do JSW S.A. prawdopodobne jest zatrudnienie pracowników w kopalni do wykonywania tych samych zadań, a podpisanie nowej umowy z firmą zewnętrzną zostałyby uznane za niekorzystne. Wskazał nadto, że burzliwy rozwój wydarzeń związanych z akcją protestacyjną i strajkiem w kopalni prawdopodobnie doprowadzi do weryfikacji planowanych kosztów w 2008 r. Strajk w kopalni i jego skutki są zdarzeniem nadzwyczajnym i niemożliwym do przewidzenia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł o unieważnienie przetargu oceniając, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, ponieważ w oparciu o specyfikację istotnych warunków zamówienia nie można dokonać wyboru oferty zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych. Wskazał, że Zamawiający w toku postępowania wezwał wykonawcę (Odwołującego) do przedstawienia dokumentu wystawionego przez podmiot uprawniony do kontroli systemu zarządzania jakością i potwierdzającego stosowanie systemu zarządzania jakością. Wezwanie to zostało oprotestowane przez Odwołującego ze wskazaniem, że pkt II.10 siwz nie określał, jaki dokument ma być dołączony co oferty. Zatem wykonawcy, w ocenie Protestującego, mieli dowolność w zakresie wyboru dokumentu potwierdzającego stosowanie systemu zarządzania jakością. Wyraźny obowiązek udokumentowania zapewnienia odpowiedniej jakości świadczonych usług nie został jednak nigdzie w SIWZ sprecyzowany, co stanowi naruszenie przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania. Specyfikacja, zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy powinna zawierać opis warunków udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków, wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W tym wypadku oznacza to, że w SIWZ winno znaleźć się wyszczególnienie dokumentów, ich rodzajów i nazw, jakimi mogą być potwierdzone wymagania jakościowe. Brak takiego wyszczególnienia powoduje, że wykonawcy wg własnego uznania i wiedzy składali dokumenty, które miały służyć potwierdzeniu spełniania przez nich warunków. Z tego względu Zamawiający, po upływie terminu składania ofert, winien uznać, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, wobec czego należy je unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i po wysłuchaniu stron na rozprawie zważył, co następuje.

Przesłanka unieważnienia postępowania przewidziana w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych zachodzi w razie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Skład orzekający podziela utrwalony w doktrynie pogląd, iż dla zastosowania powołanego przepisu należy stwierdzić po pierwsze, że zmiana faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, iż jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zamawiający powołując się na tę przesłankę musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym (W. Dzierżanowski w: Prawo zamówień publicznych, komentarz, wyd. II, Zakamycze 2005, s. 320.)

Uzasadniając decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp Zamawiający wskazał, że "łączny koszt utrzymania ruchu urządzeń elektrycznych wynosi obecnie o 297 900 zł mniej niż najniższa roczna kwota zaproponowana w przetargu publicznym. Podpisanie umowy na warunkach finansowych znacznie mniej korzystnych od dotychczasowych, nie leży w interesie publicznym i interesie kopalni". W rozwinięciu tego uzasadnienia zawartym w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazał, że świadczenie usług utrzymania ruchu urządzeń elektrycznych na powierzchni kopalni wykonywane jest przez firmę zewnętrzną, a podobne prace wykonywane są we wszystkich kopalniach Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. przez pracowników zatrudnionych w oddziałach urządzeń elektrycznych. W związku z przyłączeniem KWK „Budryk” S.A. do Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. prawdopodobne jest zatrudnienie pracowników w kopalni do wykonywania tych samych zadań, a podpisanie nowej umowy z firmą zewnętrzną zostałoby uznane za niekorzystne. Wskazał nadto, że burzliwy rozwój wydarzeń związanych z akcją protestacyjną i strajkiem w kopalni prawdopodobnie doprowadzi do weryfikacji planowanych kosztów w 2008 r. Podniósł, że strajk w kopalni i jego skutki są zdarzeniem nadzwyczajnym i niemożliwym do przewidzenia.

Zważywszy, że przesłanka unieważnienia postępowania może wystąpić na każdym etapie postępowania KIO dokonała oceny wszystkich okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego.

Wskazana przyczyna unieważnienia w piśmie z dnia 7.12.2007r. nie stanowi okoliczności uzasadniającej unieważnienie, z uwagi na fakt, że Zamawiający przed otwarciem ofert

wskazał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości wyższej od cen zaoferowanych przez wykonawców. W postępowaniu nie wykazano, że „obecny” koszt utrzymania urządzeń będzie takim samym kosztem w kolejnych latach i może być niższy od cen ofertowych. Również prawdopodobieństwo wykonywania usług przez pracowników w związku ze zmianą struktury organizacyjnej nie jest zdarzeniem, które nastąpiło powodując istotną zmianę okoliczności, lecz przewidywaną ewentualnością, podobnie jak możliwość konieczności weryfikacji planowanych kosztów w roku 2008 w wyniku szczególnych zdarzeń społecznych w kopalni. Przedstawione na rozprawie dodatkowe argumenty o sytuacji finansowej również dotyczą zdarzeń przyszłych i niepewnych.

Tym samym skład orzekający KIO uznał, że Zamawiający nie udowodnił łącznego zajścia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, które powodują unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o nakazanie zawarcia stosownej umowy jako niedopuszczalnego. Zgodnie z art. 191 ust. 5 ustawy Pzp, Izba nie może nakazać zawarcia umowy.

Odnosnie zarzutów Przystępującego do postępowania, który wniósł o unieważnienie przetargu, z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, ponieważ w oparciu o specyfikację istotnych warunków zamówienia nie można dokonać wyboru oferty zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, Izba stwierdziła, co następuje.

W specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarto stwierdzenie: „Pkt II.10. Dla zapewnienia odpowiedniej jakości świadczonych usług wymaga się od oferentów stosowania systemu zarządzania jakością zgodnie z normą PN-EN ISO 9001:2001 w zakresie zgodnym z przedmiotem przetargu”, natomiast w pkt II 12 tej specyfikacji: „Wymagane dokumenty wyszczególnione w pkt II 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10 należy dołączyć do oferty.” Zacytowana treść wskazuje, że istotnie, jak podniósł Przystępujący, w siwz nie dokonano wyszczególnienia dokumentów, ich rodzajów i nazw, jakimi mogą być potwierdzone wymagania jakościowe. Jednakże, wbrew stanowisku Przystępującego, KIO stwierdza, że brak szczegółowego opisu wymaganego dokumentu nie stanowi wady uniemożliwiającej prowadzenie postępowania, a w efekcie zawarcie ważnej umowy. W istocie Zamawiający wymagał od wykonawców stosowania systemu zarządzania jakością i dołączenia do oferty dokumentu „wyszczególnionego” m.in. w pkt II.10, mimo że w tym punkcie żaden dokument nie został wyszczególniony. Oznacza to żądanie dowodu spełniania warunków udziału, z dokumentu, który nie musi nosić cech dokumentu urzędowego w rozumieniu art. 244 § 1 i 2 kodeksu postępowania cywilnego.

Tym samym, mimo braku precyzji zacytowanych postanowień siwz, brak jest podstaw do twierdzenia, iż skutkują one wadą postępowania wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów pełnomocnika Odwołującego w wysokości 976 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*