

WYROK
z dnia 28 grudnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołania z dnia 13 grudnia 2010 r. wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum: T- matic Systems Sp. z o.o., Arcus S.A., z adresem lidera konsorcjum: ul. Łżecka 26, 02-135 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, Oddział Rzeszów, 35-065 Rzeszów, ul. 8 - go Marca**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum: T- matic Systems Sp. z o.o., Arcus S.A., z adresem lidera konsorcjum: ul. Łżecka 26, 02-135 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm: T- matic Systems Sp. z o.o., Arcus S.A., z adresem lidera konsorcjum: ul. Łżecka 26, 02-135 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm: T- matic Systems Sp. z o.o., Arcus S.A., z adresem lidera konsorcjum: ul. Łżecka 26, 02-135 Warszawa na rzecz**

zamawiającego **PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, Oddział Rzeszów, 35-065 Rzeszów, ul. 8 - go Marca**, stanowiącej uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, Oddział Rzeszów, ul. 8 - go Marca 8, 35-065 Rzeszów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na wdrożenie systemu Smart Metering (SM) opartego na technologii PLC na niskim i średnim napięciu wraz z dostawą/wymianą i instalacją urządzeń oraz uruchomieniem dwukierunkowej komunikacji z licznikami. Wartość przedmiotowego zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 7 sierpnia 2010 r. pod numerem - 2010/S 152-235521.

W dniu 13 grudnia 2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum spółek: T- matic Systems Sp. z o.o., Arcus S.A., z adresem lidera konsorcjum: ul. Łżecka 26, 02-135 Warszawa, którego liderem jest T – matic Systems Sp. z o.o. wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ bezpośredni) odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, o której to czynności Zamawiający zawiadomił Odwołującego pismem przesłanym pocztą, nadanym w dniu 2 grudnia 2010 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 12 grudnia 2010r.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz innych przepisów wynikających pośrednio i bezpośrednio z uzasadnienia odwołania i żądał unieważnienia czynności Zamawiającego - bezpodstawnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że stosownie do przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Analizując powyższy przepis podkreślał, iż upoważnia on Zamawiającego do unieważnienia postępowania w sytuacji łącznego spełnienia przesłanek to jest: istotnej zmiany okoliczności i utraty interesu publicznego do dalszego prowadzenia postępowania, czego wcześniej nie można było przewidzieć. Przedmiotowy przepis stanowi zatem, iż

powinno wystąpić zdarzenie nadzwyczajne, nieoczekiwane na które Zamawiający nie ma wpływu, które to zdarzenie poprzez istotną zmianę okoliczności wpłynęło na wypełnienie kolejnej przesłanki, a zatem brak interesu publicznego. Podnosił, iż unieważnienie postępowania jest to decyzja, która w zasadzie powinna być zawsze wyjątkowym działaniem Zamawiającego i nie może być decyzją arbitralną.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący podnosił, że w uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, iż unieważnia przedmiotowe postępowanie cyt.: „w związku z dokonaną w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konsolidacją spółek dystrybucyjnych w grupie kapitałowej PGE S.A. i ich przejęciem przez nowo utworzony podmiot PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie nastąpiła konieczność zweryfikowania prowadzonych przez dotychczas istniejące spółki postępowań przetargowych pod kątem ujednoczenia standardów i osiągnięcia planowanych efektów tych postępowań na szczeblu Spółki konsolidującej”. Zdaniem Odwołującego nie sposób nie zauważyć, iż już samo uzasadnienie Zamawiającego nie wypełnia w istocie żadnej przesłanki, która nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Dodatkowo wskazywał, iż owe przesłanki muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w momencie wszczęcia postępowania. Przesłankę wystąpienia istotnej zmiany okoliczności należy zaliczyć do kategorii przesłanek zobiektywizowanych, co oznacza, że Zamawiający przy zachowaniu należytej staranności istotnej zmiany okoliczności nie mógł przewidzieć, co nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu, bowiem Zamawiający konsolidację Spółek mógł przewidzieć, co więcej w momencie wszczęcia postępowania miał świadomość takiej konsolidacji. Zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2003 r. (sygn. akt: V Ca 2224/03) "istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie ".

Odwołujący podnosił, że żadna zatem z przyczyn wskazanych przez Zamawiającego nie ma nieprzewidywalnego w momencie wszczęcia postępowania i trwałego charakteru. Ponadto Zamawiający w swoim piśmie uzasadnia unieważnienie przedmiotowego postępowania koniecznością zweryfikowanie prowadzonych postępowań w celu ujednoczenia standardów i osiągnięcia planowanych efektów. Ujednoczenie standardów i osiągnięcie efektów nie jest tożsame z interesem publicznym. Jak niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie i w doktrynie interesu publicznego nie można utożsamiać z interesem Zamawiającego (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 30.08.2006r. o

sygn. akt: IX GA 115/06).

W myśl uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. „za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Wykazując spełnienie powyższej przesłanki unieważnienia, Zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania.

Unieważnienie postępowania dotyczy zatem zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Zamawiający przy unieważnieniu postępowania musi wykazać, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz że przy zachowaniu należytej staranności nie można było jej wcześniej przewidzieć (vide: wyrok KIO z dnia 27 lutego 2009 r., sygn. akt : KIO/UZP 176 /09). Odwołujący przywoływał także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 lipca 2005 r. (sygn. akt: V Ca 419/05), stosownie do którego cyt: „Zamawiający może unieważnić postępowanie w trybie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy tylko w przypadku kumulatywnego zaistnienia tam przywołanych przesłanek”, co nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podkreślał, że Zamawiający w momencie wszczynania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie tylko miał świadomość, ale był w zaawansowanym stadium konsolidacji, która w jego ocenie stanowi podstawę unieważnienia postępowania. W dniach 25-27 stycznia 2010 r. spółki Grupy Kapitałowej PGE zaakceptowały plany połączenia przygotowane w ramach Programu Konsolidacji Grupy.

Podkreślał, że Zamawiający w tym samym czasie prowadzi inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wszczynane w podobnym czasie - i nie unieważnił ich.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż podany Odwołującemu powód unieważnienia przedmiotowego postępowania jest w istocie pozorny, na co wskazuje między innymi także fakt, iż Zamawiający w chwili obecnej prowadzi inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym stanie rzeczy odwołanie jest zasadne, a Odwołujący, który ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, bowiem jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania w związku z bezpodstawnym unieważnieniem przez Zamawiającego postępowania może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Z uwagi na okoliczność, że Odwołujący był jedynym uczestnikiem postępowania, nie

zachodziły przesłanki z art. 185 ustawy Pzp, a zatem nie powstał obowiązek wezwania do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Na rozprawie Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego wedle załączonego rachunku. Wskazywał, że Odwołujący nie posiada interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, W dniu 12 listopada 2010 r. upłynął bowiem termin związania Odwołującego ofertą. Złożenie przez Odwołującego w dniu 17 listopada 2010 r. faxem oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą należy uznać za niewywołujące skutków prawnych z uwagi na fakt, że zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp przedłużenie terminu związania ofertą możliwe jest wyłącznie z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, a jeżeli nie jest to możliwe z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Ponadto oświadczenie takie powinno zostać złożone przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą. Mając na względzie okoliczność, iż Odwołujący złożył takie oświadczenie po upływie terminu związania ofertą oraz bez przedłużenia ważności wadium (wniesienia nowego wadium), zdaniem Zamawiającego, uznać należy, iż okres związania ofertą upłynął bezskutecznie w dniu 12 listopada 2010 r. Brak zaś ważnych ofert jest sam w sobie przyczyną unieważnienia postępowania wymienioną w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w szczególności uwzględniając okoliczność, iż oferta Odwołującego była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu. Ponadto Zamawiający podnosił, iż fakt konsolidacji, jakkolwiek planowanej, nie mógł zostać przez Zamawiającego przewidziany co do daty, w którym ona nastąpi, jak również co do dokonania samego połączenia. Skonsolidowanie spółek dystrybucyjnych w ramach grupy PGE wymagało dokonania analizy tych zamówień, które mają charakter strategiczny dla przyszłej działalności operatorów systemu dystrybucyjnego, jakim jest Zamawiający. W tym kontekście interes publiczny musi być rozumiany, mając na uwadze, iż zamówienie odbywa się w sferze zamówień sektorowych, w których nie są wydatkowane środki pieniężne ze sfery finansów publicznych. W postępowaniach sektorowych angażowane są środki przedsiębiorców działających w szeroko rozumianej sferze publicznej, inaczej niż ma to miejsce w w przypadku zamówień dokonywanych w klasycznym reżimie. Interes ten musi być zatem powiązany także z interesem Zamawiającego, który w zakresie wydatkowania środków finansowych podlega kontroli nie tylko organów publicznych, ale także akcjonariuszy, w tym Skarbu Państwa. Dokonana przez Zamawiającego analiza doprowadziła do wniosku, iż należy unieważnić przedmiotowe zamówienie tak, by ewentualne plany dotyczące wdrożenia technologii Smart Meeteringu zyskały opinię wszystkich podmiotów, które stały się uczestnikami procesu konsolidacji, biorąc pod uwagę, iż będzie to system funkcjonujący w ramach jednego podmiotu. Zamawiający podkreślał, że

trudno jest uznać za prawidłowe prowadzenie postępowania i dopuszczenie np. do funkcjonowania kilku systemów w ramach jednej spółki, odpowiadającej za prawidłowe działanie systemu dystrybucyjnego energii elektrycznej na znacznym obszarze kraju. W tym stanie rzeczy, zdaniem Zamawiającego, dopełniona została przesłanka, iż dalsze prowadzenie postępowania narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie (wskazywał na powoływany przez Odwołującego wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 1 grudnia 2003 r., sygn. akt V Ca 2224/03).

Odwołujący w piśmie procesowym złożonym na rozprawie przez Odwołującego zawarł on dodatkową argumentację przemawiającą, jego zdaniem, za uwzględnieniem odwołania. Wskazywał, że zmiana, na którą powołuje się Zamawiający, nie jest zmianą powodującą, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Zamawiający nie udowodnił jakiegokolwiek związku unieważnienia postępowania z interesem publicznym. Zamawiający utożsamił interes spółki z interesem publicznym, co jest bezpodstawne i błędne. Wskazywał na wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 10 kwietnia 2009 r., zgodnie z którym: „Powołanie się na powyższą przesłankę unieważnienia wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem „interes publiczny”, który nie musi być tożsamy z interesem Zamawiającego, Powołując się na tą przesłankę unieważnienia, Zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymagał dokonania przez niego unieważnienia postępowania. Tylko w ten sposób będzie bowiem w stanie udowodnić, że przesłanka ta rzeczywiście wystąpiła. Należy więc przyjąć, że inne niż wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeby Zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na wykonanie zamówionej inwestycji nie może być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania” (sygn. akt IX Ga 30/08). W przedmiotowym przypadku zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wykazał, jaki wpływ na interes publiczny ma okoliczność, na którą się powołuje. Interes spółki w przedmiotowym przypadku nie jest bowiem interesem publicznym, a ponadto Zamawiający nie wykazał nawet negatywnego wpływu, jaki wywarłoby zaniechanie unieważnienia postępowania na interes spółki. Odwołujący podnosił, iż Zamawiający, pomimo stwierdzenia wskazującego na uniwersalny charakter podstawy unieważnienia, nie unieważniał innych równoległe prowadzonych postępowań. W tym zakresie Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodu z dokumentów urzędowych: ogłoszenia o zamówieniu z dnia 26 sierpnia 2010 r. dotyczącego postępowania na „Rozbudowę systemu dyskowego o macierz dyskową klasy HP XP24000 i wdrożenie architektury Disaster Tolerance oraz ogłoszenia z dnia 2 grudnia 2010 r. o wyniku przedmiotowego postępowania. Zdaniem Odwołującego wynika z tego jednoznacznie, że inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego były prowadzone i kończone zawarciem umowy, pomimo że toczono je równoległe z przedmiotowym postępowaniem. Zamawiający nie unieważniał ich pomimo, iż powinien był

to uczynić, ponieważ sytuacja była identyczna jak w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym, w opinii Odwołującego, Zamawiający nie wykazał jakiegokolwiek związku z interesem publicznym kontekście podanej przyczyny unieważnienia postępowania. Odwołujący podkreślał ponadto, że okoliczność, na którą powołuje się Zamawiający, była mu znana przed wszczęciem postępowania oraz w trakcie jego prowadzenia, jak również nie wykazał on, że nie mógł jej przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności. Odwołujący podnosił, że uchwała w sprawie połączenia PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. oraz PGE Górnictwo i Energetyka S.A. z siedzibą w Łodzi oraz PGE Energia S.A. z siedzibą w Lublinie została podjęta w styczniu 2010 r. (na dowód Odwołujący załączył Plan Połączenia PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. oraz PGE Górnictwo i Energetyka S.A. z siedzibą w Łodzi oraz PGE Energia S.A. z siedzibą w Lublinie oraz uchwałę w sprawie połączenia tych spółek). Zamawiający zarówno w momencie wszczęcia postępowania, jak i w trakcie jego prowadzenia dysponował wiedzą o prowadzonej konsolidacji, która doprowadziła w konsekwencji do przejścia praw i obowiązków z PGE Dystrybucja Rzeszów sp. z o.o. na PGE Dystrybucja S.A z siedzibą w Lublinie Oddział Rzeszów jako Zamawiającego. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nawet nie uprawdopodobnił, że nie mógł przewidzieć połączenia spółek, ani tym bardziej nie uprawdopodobnił, dlaczego decyzja „o konieczności weryfikacji (...)” była nieprzewidywalna. Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 176/09, w którym wskazano: „Do zastosowania powołanego przepisu konieczne jest stwierdzenie, że zmiana rzeczywiście wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Powyższa przesłanka unieważnienia postępowania stanowi wyraz ochrony interesu publicznego, wyrażającego się w gospodarnym i efektywnym wydatkowaniu środków publicznych. Dotyczyć to może sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności już po wyborze najkorzystniejszej oferty realizacja danego zamówienia byłaby niecelowa lub w skrajnych wypadkach wiązałyby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. W takiej sytuacji zamawiający, mając na uwadze interes publiczny, posiada możliwość unieważnienia postępowania. Przesłanka powyższa dotyczy zatem zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Zamawiający musi przy tym wykazać, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz że przy zachowaniu należytej staranności nie można było jej wcześniej przewidzieć”. Podnosił ponadto, iż na konieczność wykazania przez Zamawiającego braku możliwości przewidzenia zmiany okoliczności wskazano także w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 7 maja 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 628/10: „Odnośnie zaistnienia przesłanki braku możliwości przewidzenia zmiany okoliczności, Izba uznała, iż powyższa przesłanka nie została również wykazana. Zamawiający wskazał na rozprawie, że nie mógł przewidzieć, że kwota kontraktowania z NFZ na rok 2010 ulegnie zmniejszeniu w

stosunku do lat ubiegłych. Po pierwsze, w ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał powyższej okoliczności żadnymi dowodami. Po drugie, wszczynając postępowanie o zamówienie Zamawiający w roku 2009 na usługę sprzątnania na okres 36 miesięcy nie miał wiedzy, co do wysokości środków, które zostaną mu przyznane w ramach kontraktu z NFZ w latach 2010, 2011, 2012. Zatem jako profesjonalista, przy zachowaniu należytej staranności, biorąc pod uwagę długość trwania kontraktu, Zamawiający powinien przewidzieć możliwość zmiany kwoty kontraktowania z NFZ. Ponadto Izba zważyła, biorąc pod uwagę oświadczenie pełnomocnika Zamawiającego złożone na rozprawie, że do tej pory Zamawiający samodzielnie utrzymywał czystość w swoich obiektach przy pomocy własnych pracowników oraz z wykorzystaniem nabywanych przez siebie środków czystości, a więc miał możliwość należytego przewidzenia kosztów realizacji usługi.”

Odwołujący podkreślał, że żaden z koniecznych elementów związanych z przesłanką, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie zaistniał. Z uwagi na powyższe czynność unieważnienia postępowania jest bezwzględnie wadliwa, a Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej i udzielić zamówienia Odwołującemu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym dokumentację postępowania, odwołanie, jak również wyjaśnienia i pisma złożone przez strony na rozprawie, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczono od niego wpis, jak również nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania określone ustawą Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne. Izba dopuściła również dowód z odwołania oraz pism złożonych przez strony na rozprawie, tj. odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Odwołującego z dnia 23 grudnia 2010 r. wraz z załącznikami oraz stanowisk i oświadczeń Stron złożonych ustnie do protokołu. Izba stwierdza jednak, iż załączony przez Odwołującego do pisma z dnia 23 grudnia 2010 r. plan połączenia nie dotyczy Zamawiającego, a innych spółek z grupy PGE, zatem pozostaje bez związku z niniejszym postępowaniem. Ponadto Zamawiający nie kwestionował, iż proces połączenia rozpoczął się w styczniu 2010 r.

Izba wskazuje, iż z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówieni oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia

przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Są to przesłanki materialno-prawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Badanie przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp następuje na moment wniesienia odwołania, a zatem ustaleniu Izby podlega okoliczność, czy w dacie wniesienia odwołania Odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz czy poniósł lub może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przesłanki te muszą występować kumulatywnie.

W odniesieniu do powyższego Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych.

Po pierwsze Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ pkt III. Terminy określił, iż wykonawca jest związany ofertą przez okres 60 dni, a bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się z wraz z upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert określony został na 14 września 2010 r. g. 8.00. Ponadto Zamawiający wymagał wniesienia wadium. Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, przy czym zgodnie z treścią gwarancji termin jej ważności upływał 14 listopada 2010 r.

Z uwagi na powyższe termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu upłynął 12 listopada 2010 r. W dniu 14 listopada 2010 r. zgodnie z treścią gwarancji upłynęła ważność wniesionego wadium. W dniu 17 listopada 2010 r. Odwołujący przesłał do Zamawiającego faxem oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą do 31 grudnia 2010 r., nie przedłużając ważności wadium ani nie wniósł nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Zarówno w dacie wniesienia odwołania, jak i obecnie oferta nie była i nie jest zabezpieczona wadium. Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo iż prowadził procedurę badania oferty. Decyzję o unieważnieniu postępowania przekazał 2 grudnia 2010 r. pocztą, zaś w dniu 3 grudnia 2010 r. dokonał zwrotu wadium.

W odniesieniu do powyższych ustaleń Izba stoi na stanowisku, iż Odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, ponieważ nie wykazał, iż zostały spełnione przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a Odwołanie podlega z tej przyczyny oddaleniu.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał ani spełnienia przesłanki, iż ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia ani też przesłanki, iż poniósł lub może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Bezsporną między Stronami okolicznością było, iż Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w pierwotnym okresie związania ofertą. Bezsporne było także, iż

Odwołujący nie dokonał przedłużenia okresu związania ofertą w pierwotnym terminie związania. Oświadczenie w tym zakresie złożył dopiero dnia 17 listopada 2010 r. Co więcej należy uznać, w oparciu o brzmienie art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, iż jego oświadczenie w tej mierze nie było skuteczne, ponieważ przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo jeżeli nie jest to możliwe z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Tymczasem Odwołujący ani nie przedłużył ważności wadium ani też nie wniósł nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Art. 85 ust. 2 ustawy Pzp daje wykonawcy prawo do samodzielnego, dowolną ilość razy przedłużenia terminu związania ofertą. Z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą może wystąpić do wykonawcy także sam zamawiający, przy czym może to uczynić jedynie raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, o okres oznaczony nie dłuższy niż 60 dni. Tym samym to wykonawca, wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, bądź samodzielnie przedłużając ten termin podejmuje decyzję o swoim dalszym udziale w postępowaniu. To wykonawca jako podmiot profesjonalny zobowiązany jest do działania z należytą starannością poprzez podejmowanie działań zmierzających do utrzymania jego uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności, biorąc pod uwagę fakt, iż nie wymaga to współdziałania czy inicjatywy Zamawiającego. Odwołujący nie może w tej mierze zasłaniać się warunkami stawianymi przez instytucję udzielającą mu gwarancji wadialnej, ponieważ to wykonawca decyduje o formie wadium, a przepisy ustawy Pzp nie pozwalają na wybór oferty, która nie jest zabezpieczona wadium. Mówi o tym wyraźnie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który jednoznacznie nakazuje m.in. wykluczenie wykonawcy, który nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą albo nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. Przepis ten stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania zarówno w sytuacji, gdy nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, składając oświadczenie tej treści, jak i gdy wykonawca takiej zgody nie wyraża, nie składając stosownego oświadczenia w sytuacji, gdy to zamawiający zwraca się do wykonawców o przedłużenie tego okresu, a także w przypadku gdy z uwagi na brak takiej inicjatywy zamawiającego wykonawca nie wyraża takiej zgody samodzielnie (podobne stanowisko zaprezentowano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2010 r. sygn. akt KIO 2204/2010). Izba podkreśla, iż powoływane przez Odwołującego postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r. sygn. akt SK 22/08, zgodnie którym zawarcie umowy po upływie terminu związania ofertą nie ma wpływu na jej ważność, jest całkowicie nieadekwatny w przedmiotowej sprawie. Dotyczy on bowiem nie tylko poprzednio obowiązującego stanu prawnego, ale i odmiennego stanu faktycznego. W stanie faktycznym niniejszej sprawy nie został dokonany wybór oferty najkorzystniejszej, a ten, w ocenie Izby, nie może nastąpić w stosunku do oferty, co do której upłynął termin związania (por. uchwałę

Krajowej Izby Odwoławczej z 5 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/KD 46/10, w której m.in. wskazano: „Przeciwnie rozumienie przepisów dotyczących terminu związania ofertą stawiałoby pod znakiem zapytania celowość wprowadzenia do ustawy Pzp norm odnoszących się do terminu związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy wskazać, że dla ważności oferty nie wystarcza tylko fakt posiadania tak zatytułowanego dokumentu, ale konieczne jest również uzewnętrznienie woli kontrahenta wyrażające się zamiarem zawarcia umowy – zgodnie z art. 66 kc – jest to oświadczenie woli zawarcia umowy. Takiemu oświadczeniu – o związaniu się ofertą przez wykonawcę, ustawodawca dał istotne znaczenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przewidując w tym zakresie między innymi - określone sztywne terminy związania ofertą, wyznaczając zasady przedłużania takiego terminu (art. 85 ust. 2 ustawy Pzp), czy też wiążąc jednocześnie ten termin z zabezpieczeniem oferty (art. 85 ust. 4 ustawy Pzp)”. Tym samym należy uznać, iż ze względu na niepodjęcie przez Odwołującego w terminie wymaganym ustawą Pzp i w sposób przez nią określony czynności przedłużenia okresu związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, w dacie wnoszenia odwołania nie miał możliwości uzyskania zamówienia. Utracił zatem interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, jego oferta w razie ponownego badania i oceny ofert nie będzie mogła być uznana za najkorzystniejszą – on sam podlegać bowiem będzie wykluczeniu, a jego oferta uznana zostanie za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Okoliczność, iż Zamawiający nie dokonał tych czynności, a jedynie unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie zmienia stanu faktycznego istniejącego w niniejszej sprawie, zgodnie z którym Odwołujący nie ma już możliwości uzyskania niniejszego zamówienia i zawarcia umowy. Nie może bowiem oczekiwać, iż Zamawiający wbrew bezwzględnie obowiązującym przepisom prawa nakładającym na niego obowiązek wykluczenia wykonawcy, gdy zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz jednoznaczному stanowisku Zamawiającego, iż dokonana takiej czynności w razie powtórnego badania i oceny ofert, dokonana wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej pomimo iż on sam podlega wykluczeniu, a ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Nawet zresztą gdyby uznać, iż Odwołujący ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, ponieważ formalnie nie został wykluczony z postępowania, a jego oferta nie została uznana za odrzuconą, i tak w ocenie Izby nie wykazał drugiej z przesłanek wymaganych zgodnie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – tj. okoliczności, iż poniósł szkodę lub też może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przede wszystkim należy zauważyć, iż ani w Kodeksie cywilnym ani w ustawie Pzp pojęcie

szkody nie zostało zdefiniowane. Jednak trafny wydaje się pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy Pzp. Ponieważ Izba nie może orzekać o zarzutach, które nie były podniesione w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), związek przyczynowy dotyczy naruszeń ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. Jak podnosi się w piśmiennictwie następstwa objęte adekwatnym związkiem przyczynowym to następstwa normalne, typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności zdarzenia, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są one wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Jak można wywieść z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt V CSK 18/08) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia. Podobny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 czerwca 2010 roku, sygn. akt KIO/1081/10 oraz w wyroku z dnia 24 sierpnia 2010 roku, sygn. akt KIO/1719/10. Odnosząc powyższe rozważania do okoliczności niniejszej sprawy, należy stwierdzić, iż Odwołujący winien był wykazać, iż poniósł lub może ponieść szkodę wskutek niezgodnego z ustawą Pzp (art. 93 ust. 1 pkt 6 tej ustawy) unieważnienia postępowania. Odwołujący nie wykazał, że poniósł taką szkodę. Odwołujący podnosił, iż jego szkoda polega na poniesieniu kosztów sporządzenia oferty, przyjazdów na spotkania z Zamawiającym, poniesieniu kosztów wadium. Izba zauważyła, iż przedmiotowe koszty zostały przez Odwołującego poniesione bezskutecznie (tj. bez możliwości uzyskania zamówienia) nie tyle na skutek nieprawidłowego unieważnienia postępowania, co własnego zaniechania przedłużenia okresu związania ofertą i ważności wadium. Odwołujący nie ma bowiem możliwości uzyskania zamówienia niezależnie od podstawy unieważnienia postępowania. Odwołujący nie wykazał również, iż może ponieść szkodę wskutek zarzucanego naruszenia. Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia na skutek własnego zaniechania, a zatem nie zdołał on również wykazać poniesienia ani możliwości poniesienia szkody. Należy zatem uznać, iż Odwołujący nie ma możliwości wykazania przesłanki szkody będącej skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp albowiem ewentualna szkoda, którą mógłby ponieść Odwołujący byłaby skutkiem zaniedbania po stronie tegoż Odwołującego. Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w wyrokach z dnia 24 czerwca sygn. akt KIO 1066/10 oraz 8 września 2010 r. sygn. akt KIO/1787/10).

Wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a Odwołujący w postępowaniu nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając koszty pełnomocnika Zamawiającego zgodnie z rachunkiem (faktura VAT) złożonym do akt sprawy w maksymalnej przewidzianej ww rozporządzeniem wysokości .

Przewodniczący

.....