

WYROK

z dnia 13 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW” Sp. z o.o., ul. Hagera 41, 41-800 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW” Sp. z o.o., ul. Hagera 41, 41-800 Zabrze** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW” Sp. z o.o., ul. Hagera 41, 41-800 Zabrze** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zakładu Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW” Sp. z o.o., ul. Hagera 41, 41-800 Zabrze** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Drażenie chodnika kamiennego nr 11 dla udostępnienia pokładów 325/1 i 326, wraz z przebudową chodnika badawczego nr 505 w Oddziale KWK „Bolesław Śmiały”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 stycznia 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 018-026662.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania. W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak wskazania uzasadnienia faktycznego dla unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 i 6 ustawy Pzp, w szczególności poprzez brak wskazania uzasadnienia faktycznego dla wykluczenia Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzuceniu jego oferty, z uwagi na rzekomy brak złożenia przez Odwołującego pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego oddającego niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, podczas gdy pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. Przedsiębiorstwa Robót Górniczych Bytom Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie o udzieleniu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia zostało złożone Zamawiającemu,
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, polegające na nieprawidłowym uznaniu, iż nie złożono w postępowaniu żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i w konsekwencji unieważnieniu postępowania, podczas gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu,
4. art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, polegające na unieważnieniu postępowania w powołaniu na „wprowadzenie przez Zamawiającego programu oszczędnościowego polegającego między innymi na utrzymaniu miejsc pracy poprzez angażowanie do robót górniczych załogi własnej zamiast wykonawców zewnętrznych”, podczas gdy okoliczność ta (podana przez Zamawiającego) nie wskazuje na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

5. z ostrożności Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie polegające na braku wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, co do roli P.R.G. Bytom Sp. z o.o. przy wykonywaniu zamówienia objętego postępowaniem, w sytuacji powzięcia przez Zamawiającego ewentualnych wątpliwości w tym przedmiocie,
6. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy Zamawiający nie wzywał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W szczególności Zamawiający nie wzywał do wykazania, iż Odwołujący będzie dysponował zasobami podmiotów trzecich do realizacji zamówienia, albowiem wezwanie Zamawiającego do złożenia li tylko pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udzielenia zasobów Odwołującemu w sposób nieprawidłowy ogranicza możliwość wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przez Odwołującego.
7. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców przejawiające się w różnym podejściu Zamawiającego do poszczególnych wykonawców, w szczególności poprzez wielokrotne wzywanie innych wykonawców do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu szczegółowo wskazując powód żądania a pomijanie takich działań w przypadku Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: 1. unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego, 2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, 3. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, 4. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert Odwołującego, 5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz 6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że Zamawiający lakonicznie wskazał na powody unieważnienia postępowania i wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie uzasadnił zupełnie swojego stwierdzenia o niezłożeniu przedmiotowego zobowiązania podmiotu trzeciego. Taki brak uzasadnienia jest, zdaniem Odwołującego, niezrozumiały albowiem rzeczony oświadczenie (zobowiązanie) zostało ponad wszelką wątpliwość złożone.

Podobnie, zdaniem Odwołującego, przedstawia się kwestia braku uzasadnienia rozstrzygnięcia unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Poza nic niemówiącym stwierdzeniem zawartym w pkt 6 pisma Zamawiającego z dnia 21.08.2013 r., zdaniem Odwołującego, nie wiadomo, w jaki sposób przytoczona okoliczność ma wypełniać przesłanki wskazane w art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze, kontrola rozstrzygnięcia Zamawiającego jest bardzo utrudniona a wręcz niemożliwa.

Zdaniem Odwołującego, stanowisko Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty jest błędne, a co więcej zupełnie niezrozumiałe. W aktach postępowania znajduje się bowiem zobowiązanie złożone przez Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Bytom Sp. z o.o. w Chorzowie (dalej także P.R.G. Bytom Sp. z o.o. bądź Udostępniający) do udzielenia Odwołującemu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia (zobowiązanie z dnia 12 lutego 2013 r.) oraz zobowiązanie tego samego podmiotu do udziału P.R.G. Bytom Sp. z o.o. jako podwykonawcy Odwołującego przy wykonywaniu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem (zobowiązanie z dnia 7 lutego 2013 r.). Oba wyżej wymienione zobowiązania P.R.G. Bytom Sp. z o.o. zostały złożone przez Odwołującego w formie określonej przez Zamawiającego w SIWZ w pkt VI.4 in fine oraz XI.7. Jedynym logicznym uzasadnieniem stanowiska Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, jest uznanie, iż rzeczzone oświadczenia (zobowiązania) P.R.G. Bytom Sp. z o.o. uległy zagubieniu.

Odwołujący podniósł, iż zobowiązanie P.R.G. Bytom Sp. z o.o. z dnia 7 lutego 2013 r. do współpracy z Odwołującym (jako podmiotu biorącego udział w realizacji zamówienia) zostało złożone wraz z ofertą. W zakresie zobowiązania P.R.G. Bytom Sp. z o.o. z dnia 12 lutego 2013 r. do udzielenia Odwołującemu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia Odwołujący wyjaśnił, iż zobowiązanie (oświadczenie) to zostało złożone w dniu 9 maja 2013 r. za pismem przewodnim datowanym na dzień 8 maja 2013 r., w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 7 maja 2013 r. Oświadczenie P.R.G. Bytom Sp. z o.o. z dnia 12 lutego 2013 r. zostało złożone w terminie wyznaczonym pismem Zamawiającego i zawiera wszystkie elementy wymagane przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania tej spółki. Zobowiązanie P.R.G. Bytom Sp. z o.o. z dnia 12 lutego 2013 r. w pełni koresponduje z treścią złożonego przez Odwołującego (wg wzoru jak w załączniku nr 3 do SIWZ) Wykazu wykonanych/wykonywanych usług oraz referencjami dla wskazywanych prac.

Odwołujący wyjaśnił, że podmiot udzielający Odwołującemu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, tj. P.R.G. Bytom Sp. z o.o. będzie również podwykonawcą Odwołującego w zakresie wykonywania prac objętych niniejszym postępowaniem. Okoliczność powyższa wynika jednoznacznie z treści oświadczenia (zobowiązania) P.R.G. Bytom Sp. z o.o. z dnia 7 lutego 2013 r. oraz wykazu części zamówienia, jakie wykonawca

zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom, które to dokumenty złożono wraz z ofertą. Odwołujący i P.R.G Bytom Sp. z o.o. jednoznacznie wskazali, iż P.R.G. Bytom Sp. z o.o. będzie bezpośrednio zapewniał robociznę przy wykonywaniu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. W konsekwencji Odwołujący wskazał, iż udział podmiotu udzielającego mu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia będzie w pełni zapewniony, albowiem nie ma pełniejszego i bardziej komplementarnego sposobu na udzielenie zasobów niż bezpośredni udział udzielającego w wykonywaniu prac objętych zamówieniem jako podwykonawcy.

Odwołujący podniósł, iż stanowisko Zamawiającego jest o tyle niezrozumiałe, że już po wezwaniu Zamawiającego z dnia 7 maja 2012 r. i złożeniu przez Odwołującego pisma z dnia 8 maja 2013 r., Zamawiający zaprosił Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej nr A-722-2013, która to aukcja odbyła się w dniu 14 maja 2013 r. (aukcję unieważniono na skutek orzeczenia KIO, sygn. akt 1188/13).

Zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do zobowiązania P.R.G. Bytom Sp. z o.o. do udzielenia Odwołującemu zasobów, winien był skorzystać z procedury przewidzianej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp bądź art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z których to przepisów Zamawiający nad wyraz aktywnie korzystał w przypadku innego wykonawcy, tj. Bytomskiego Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Ar-Go” Sp. z o.o. z Bytomia.

Odwołujący podniósł, że hipotetycznie przyjmując, iż rzeczywiście Odwołujący nie złożył przedmiotowego oświadczenia (zobowiązania) to sam fakt braku takowego oświadczenia (zobowiązania) nie może prowadzić do wniosku, iż Odwołujący ostatecznie nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Gdyby bowiem Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to Zamawiający miał obowiązek wzywać Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Za takie wezwanie nie można uznać pisma z dnia 7 maja 2013 r., albowiem pismo to nie wzywa do wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przez Odwołującego, lecz li tylko do złożenia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udzielenia zasobów Odwołującemu. Co zresztą Odwołujący uczynił. Oczywistym bowiem jest, iż katalog sposobów wykazania, iż wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego nie ogranicza się jedynie do pisemnego oświadczenia tegoż podmiotu lecz może być wykazany innymi okolicznościami przez wykonawcę.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, w sytuacji braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie postępowania przez Zamawiającego w powołaniu na art. 93. ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czyli ze

względu na brak złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu, nie było zasadne.

W dalszej części Odwołujący podniósł, że mając na uwadze treść art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należy uznać, że okoliczność wskazana przez Zamawiającego nie mogła stanowić przyczyny unieważnienia postępowania. Treść wymienionej podstawy unieważnienia postępowania pozwala uznać, że Zamawiający rozpoczął samodzielne wykonywanie wszelkich robót górniczych, w tym robót stanowiących przedmiot postępowania, albowiem nastąpiło wprowadzenie programu polegającego na angażowaniu do robót górniczych załogi własnej zamiast wykonawców zewnętrznych. To oznacza, że jest on zainteresowany zarówno wykonaniem przedmiotowego zamówienia, jak i prowadzeniem postępowania o jego udzielenie. Zatem, tak wykonanie zamówienia, jak i prowadzenie postępowania o jego udzielenie nadal leżą w interesie publicznym (podobnie wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygnatura akt KIO/734/11).

Nadto Odwołujący podniósł, że rozpoczynając wykonywanie przedmiotu postępowania za pomocą własnej załogi zamiast wykonawców zewnętrznych, Zamawiający dokonał jedynie zmiany sposobu wykonania przedmiotowego zamówienia a nie zaniechania w ogóle jego realizacji. Taka okoliczność nie może zaś stanowić podstawy do uznania, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym (wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r., sygnatura akt: KIO 304/13). Odwołujący powołał się również na wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2013 r., sygnatura akt: KIO 764/13, w którym Izba wskazała, że „dyspozycja art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, nie przewiduje jako przyczyny unieważnienia postępowania zamiaru zamawiającego powierzenia zadań objętych postępowaniem innemu podmiotowi niż wyłonionemu w trybie procedury ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Odwołujący podniósł, iż z treści pisma Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2013 r. wynika, że przesłankę „istotnej zmiany okoliczności”, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, miało stanowić wprowadzenie programu oszczędnościowego. W dniu 22 września 2009 r. Sąd Okręgowy w Nowym Sączu wydał wyrok, w którego uzasadnieniu wyraźnie podał, że „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 (...)” (sygn. akt III Ca 418/09). Pogląd ten został, jak wskazuje Odwołujący, podzielony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku wydanym w dniu 27 października 2010 r., sygnatura akt: KIO 2228/10, KIO 2245/10 (wskazany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej został wydany w toku postępowania odwoławczego, którego stroną była również Kompania Węglowa S.A.)

Na marginesie Odwołujący podniósł, że w dniu 10 kwietnia 2013 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 070-116929, zostało

opublikowane ogłoszenie Zamawiającego o zamówieniu na „Drażenie wyrobisk górniczych w KW S.A. Oddział KWK Sośnica – Makoszowy”. W dniu 31 lipca 2013 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, pod numerem 2013/S 147-256499, zostało z kolei opublikowane ogłoszenie Zamawiającego o udzieleniu tego zamówienia. Na najwyższą uwagę, zdaniem Odwołującego, zasługuje jednak fakt, że w dniu 19 lipca 2013 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, pod numerem 2013/S 139-242648, zostało opublikowane ogłoszenie Zamawiającego o zamówieniu na „Drażenie chodnika kamiennego nr 3a dla udostępnienia pokładu 326, wraz z przebudową odcinka chodnika badawczego nr 325 w Oddziale KWK Bolesław Śmiały”. Treść zarówno wyżej wymienionych ogłoszeń o zamówieniach, jak i SIWZ udostępnianych przez Zamawiającego w postępowaniach wszczętych na skutek opublikowania tych ogłoszeń pozwala uznać, że przedmiot tychże postępowań, w szczególności zaś postępowania na „Drażenie chodnika kamiennego nr 3a dla udostępnienia pokładu 326, wraz z przebudową odcinka chodnika badawczego nr 325 w Oddziale KWK Bolesław Śmiały” jest bardzo podobny, jeżeli nie wręcz tożsamy z przedmiotem niniejszego postępowania.

W tym stanie rzeczy Odwołujący stwierdził, że wprowadzenie programu oszczędnościowego przez Zamawiającego nie stanowiło żadnej przeszkody dla wszczęcia i prowadzenia przez Zamawiającego innych postępowań o udzielenie zamówień, co istotne o przedmiotach bardzo podobnych do przedmiotu niniejszego postępowania. Co więcej, nawet gdyby przyjąć, że wprowadzenie programu oszczędnościowego było następstwem znalezienia się przez Zamawiającego w złej sytuacji finansowej, to Odwołujący wskazuje na wyrok wydany przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 27 października 2010 r. (sygn. akt: KIO 2228/10, KIO 2245/10). Z treści uzasadnienia tego orzeczenia wyraźnie wynika, że powoływanie się przez zamawiającego na złą sytuację finansową, która miała by uniemożliwić prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku, gdy zamawiający prowadzi jednocześnie inne postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiocie zbliżonym do postępowania, które zostało unieważnione, nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o treść art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, przesłanka „istotnej zmiany okoliczności” może zostać uznana za spełnioną wyłącznie wtedy, gdy taka zmiana okoliczności ma charakter obiektywny, całkowicie niezależny od woli zamawiającego. Powyższe znajduje pełne potwierdzenie w treści uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2011 r. (sygnatura akt KIO/734/11). Treść pisma Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2013 r. jednoznacznie zaś pozwala stwierdzić, że zaistnienie zmiany okoliczności, w postaci pojawienia się „programu oszczędnościowego”, było skutkiem zachowania Zamawiającego. Program ten został bowiem wprowadzony przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Do oferty Odwołującego został dołączony *Wykaz wykonanych usług*, w którym wskazano dwie usługi referencyjne, wykonane przez Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Bytom sp. z o.o. Nadto, załączono również *Zobowiązanie do współpracy* z dnia 7 lutego 2013 r., z którego treści wynika, że Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Bytom sp. z o.o. zobowiązało się do udziału w charakterze podwykonawcy w realizacji niniejszego zamówienia, w zakresie opisanym w ofercie. Zaś, z *Wykazu części zamówienia jakie wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom*, załączonego do oferty, wynika, że wykonawca ten będzie uczestniczył w realizacji niniejszego zamówienia „poprzez zapewnienie robocizny.”

Pismem z dnia 7 maja 2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, „do uzupełnienia złożonej oferty o pisemne oświadczenie podmiotu, to jest Przedsiębiorstwa Robót Górniczych Bytom sp. z o.o. zawierające zobowiązanie do oddania do dyspozycji Waszej firmie niezbędnych zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia które zostały wskazane w wykazie – strona nr 26 oferty.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 8 maja 2013 r.) Odwołujący przedłożył *Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia*, pochodzące od Przedsiębiorstwa Robót Górniczych Bytom sp. z o.o. Zobowiązanie zostało przedłożone w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2013 r. Zamawiający poinformował Odwołującego m.in. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, „w związku z niespełnieniem art. 26 ust. 2b polegającym na braku pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego oddającego niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuca się ofertę tego Wykonawcy.” Nadto, Zamawiający poinformował, że unieważnia postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy Pzp, „ze względu na fakt, iż nie złożono oferty niepodlegającej odrzuceniu oraz z powodu wprowadzenia przez Zamawiającego programu oszczędnościowego polegającego między innymi na utrzymaniu miejsc pracy poprzez angażowanie do robót górniczych załogi własnej zamiast wykonawców zewnętrznych.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, zdaniem Izby, okazał się nieuzasadniony. Odwołujący swoje stanowisko opiera na twierdzeniu, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie jest bardzo lakoniczne. Jednakże powyższe nie może świadczyć o trafności sformułowanego zarzutu. Wskazany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek podania uzasadnienia prawnego i faktycznego podjętej decyzji, nie określa zaś zakresu informacji, jakie należy w uzasadnieniu wskazać. Zresztą trudno wyobrazić sobie, żeby tego rodzaju regulacja była możliwa. Stąd też zdaniem Izby, jedynie zupełny brak uzasadnienia albo wskazanie okoliczności, z których nie można wywieść, jaki w istocie jest powód podjęcia określonej decyzji, może świadczyć o naruszeniu przedmiotowego przepisu.

W okolicznościach niniejszej sprawy, nie budzi wątpliwości, że Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i unieważnieniu postępowania, które z pewnością nie było rozbudowane, ale odnosiło się do istoty sprawy. Jakkolwiek uzasadnienie podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania nie zostało zrzecznie sformułowane, biorąc pod uwagę treść normy wysłowionej w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i odwołanie się do niej bezpośrednio w uzasadnieniu podjętej decyzji, niemniej jednak w istocie okoliczność powołana w hipotezie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp legła u podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jednocześnie z treści uzasadnienia, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wynika, że Odwołujący nie złożył w ogóle zobowiązania podmiotu trzeciego, ale że nie złożył pisemnego zobowiązania. Pominięcie tej okoliczności doprowadziło Odwołującego do fałszywych wniosków.

Co się zaś tyczy powodów unieważnienia postępowania, stwierdzić należy, iż analogiczne jak w przypadku wykluczenia Odwołującego z postępowania, przyczyny te podane są w sposób oszczędny, niemniej jednak nie budzi wątpliwości, jaka okoliczność stanowiła podstawę podjętej decyzji. Zdaniem Izby, w świetle przepisu art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, okoliczności przytoczone przez Zamawiającego należy uznać za wystarczające dla uznania, że obowiązek podania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego został zrealizowany.

Natomiast za uzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i to już na etapie składania ofert. Analiza dokumentów załączonych do oferty prowadzi do wniosku, że Odwołujący dla wykazania spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia skorzystał z potencjału podmiotu trzeciego - Przedsiębiorstwa Robót Górniczych Bytom sp. z o.o. W *Wykazie wykonanych usług* powołał się na doświadczenie tegoż Wykonawcy. Jednocześnie, ze zobowiązania do współpracy wynika, że podmiot

udostępniający wiedzę i doświadczenie będzie podwykonawcą Odwołującego przy realizacji niniejszego zamówienia. W ramach podwykonawstwa będzie wykonywał bezpośrednio roboty, stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia (robocizna), zaś Odwołujący zapewni narzędzia i sprzęt, co z kolei jednoznacznie wynika z *Wykazu części zamówienia jakie wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom*.

Zdaniem Izby, wobec powołanych okoliczności, za absolutnie nieuzasadnione należy uznać stanowisko, że z dokumentu z dnia 7 lutego 2013 r. nie wynikał fakt udostępnienia potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia. W pierwszej kolejności należy bowiem zauważyć, że z mocy przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jeśli wykonawca powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia. Zatem, z uprawnieniem do skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego wiąże się obowiązek wykazania, że w ramach realizacji konkretnego zamówienia potencjał tego podmiotu będzie mógł być wykorzystany. Nie chodzi bowiem tylko o blankietową zgodę na udostępnienie zasobów dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale również o zapewnienie możliwości skorzystania z tegoż potencjału w ramach realizacji zamówienia.

Odwołując się do metod wykładni oświadczeń woli (art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp) nie sposób twierdzić, że w świetle przedłożonych przez Odwołującego wraz z ofertą dokumentów, Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W sposób uprawniony powołał się bowiem na wiedzę i doświadczenie Przedsiębiorstwa Robót Górniczych Bytom sp. z o.o. i wykazał, ponad wszelką wątpliwość, na możliwość wykorzystania tych zasobów w ramach realizacji niniejszego zamówienia. Mianowicie, treść przedstawionego *Zobowiązania do współpracy*, wskazuje na bezpośredni udział podmiotu udostępniającego w wykonywaniu zamówienia, co więcej z *Wykazu części zamówienia jakie wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom*, wynika w jakim zakresie podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Na uwagę zasługuje fakt, że podmiot udostępniający będzie bezpośrednio wykonywał roboty, na które (co do rodzaju) powołano się dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Okoliczność, że w treści zobowiązania zabrakło odwołania się wprost do udostępnienia wiedzy i doświadczenia nie może stanowić o niewykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. *Wykaz wykonanych usług* i *Zobowiązanie do współpracy* są dokumentami nierozzerwalnie powiązаныmi i interpretowanie ich bez dostrzeżenia zachodzącego między nimi związku jest niedopuszczalne. W *Zobowiązaniu do współpracy* wprost wskazano na sposób udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego (podwykonawstwo) i rzecone zobowiązanie wyczerpuje dyspozycję normy, zawartej w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Słuszny okazał się również zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający odrzucił bowiem ofertę Odwołującego na mocy wskazanego przepisu, na skutek podjęcia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Tym samym Zamawiający potwierdził, że nie dostrzega różnicy pomiędzy uznaniem *ex lege* oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp) od obowiązku zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji, w której pomimo wykluczenia z postępowania lub niezaproszenia do składania ofert wykonawca składa ofertę.

Brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego ofertę za odrzuconą czyni zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp trafnym. W okolicznościach niniejszej sprawy nie zaktualizowała się bowiem przesłanka, której wystąpienie jest niezbędne do unieważnienia postępowania w oparciu o wskazany przepis, a mianowicie, że w niniejszym postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Stwierdzone naruszenia pozwalają uznać zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp za uzasadniony, jednakże Izba na przykładzie pisma z dnia 28 lutego 2013 r. nie dopatrzyła się nierównego traktowania wykonawców. Odmienny przedmiot wezwania związany z różnymi wadliwościami, stwierdzonymi w ofertach wykonawców, zdaniem Izby, miał wpływ na sposób sformułowania wezwania.

Izba dostrzegła zaś podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przedmiotowy przepis kreuje dla zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. W ocenie Izby, wdrożenie programu oszczędnościowego, a co za tym idzie, wykonanie niniejszego zamówienia siłami własnymi, stanowi istotną zmianę okoliczności, która przesądza, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, a jednocześnie nie można jej było przewidzieć. Należy zauważyć, że postępowanie zostało wszczęte w styczniu 2013 r., w okresie, w którym co prawda był obserwowany pewien zastój na rynku węgla kamiennego, jednakże sytuacja ta nie była na tyle zła, że jak wyjaśnił Zamawiający, iż prognozy co do planowanych efektów ekonomicznych nie były realizowane. Pogłębiająca się dekoniunktura spowodowała jednak, że od maja br. KWK Bolesław Śmiały notuje stratę, zaś w KWK Pokój, Piekary i Brzeszcze, ze względu na panującą sytuację, Zamawiający zamierza utrzymywać tylko ruch i w konsekwencji alokować pracowników tam zatrudnionych. Częściowo przedmiotowe przemieszczenie pracowników miało już miejsce, do KWK Bolesław Śmiały oddelegowano

kilkudziesięciu pracowników z innych kopalń, jednakże jest to proces długotrwały i niezwykle trudny, biorąc pod uwagę, że alokacja dotyczy kilkunastu tysięcy pracowników i napotyka opór organizacji związkowych. Dodatkowo, został zgłoszony wniosek o ogłoszenie upadłości Zamawiającego.

W tych okolicznościach stwierdzenie, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności nie powinno budzić wątpliwości. Wprowadzenie programu oszczędnościowego, wskazywane jako powód unieważnienia postępowania, jest z pewnością skutkiem wskazanych okoliczności. Zaś wystąpienie tychże okoliczności powoduje, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Zwrócić bowiem należy uwagę, że powołany interes publiczny nie jest jedynie utożsamiany z interesem ekonomicznym Zamawiającego. Nie można bowiem pomijać, że prowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia, w sytuacji, w której pracownicy Zamawiającego ze względu na spadek popytu na węgiel kamienny i spadek wydobywania, nie wykonują swoich obowiązków a jednocześnie są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia przeciwko interesowi publicznemu. Udzielenie zamówienia oznaczałoby konieczność zwolnienia pracowników Zamawiającego, ewentualnie wydatkowania środków w sposób nieuzasadniony. To z kolei, biorąc pod uwagę, że Zamawiający jest największym pracodawcą na Śląsku a górnictwo jest jedną z głównych gałęzi gospodarki, spowodowałoby daleko idące skutki, w postaci zachwiania rynku pracy i wzrostu bezrobocia na tym terenie. Jednocześnie mając na uwadze fakt, że jedno miejsce zatrudnienia w górnictwie w istotny sposób przekłada się na zatrudnienie w sektorach okołogórnicznych, nie sposób dostrzec, że prowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego leży w interesie publicznym.

Jednocześnie Izba stoi na stanowisku, że przywołanych okoliczności nie sposób było przewidzieć. Zamawiający z jednej strony, chcąc zapewnić ciągłość prowadzenia działalności w dotychczasowym zakresie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale jednocześnie w styczniu br. nie miał podstaw przewidywać, że sytuacja na rynku będzie się pogarszać, co spowoduje tak niską sprzedaż, że KWK Bolesław Śmiały będzie generować straty. Jednocześnie wszczęcie kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, nawet na tożsamy przedmiot zamówienia, w warunkach niniejszej sprawy nie świadczy o pozorności okoliczności, które legły u podstaw unieważnienia postępowania. Wskazywana przez Zamawiającego konieczność alokacji pracowników z innych kopalń a jednocześnie jej zakres powodują, że musi to być proces rozłożony w czasie, a jednocześnie nie może być zagrożona ciągłość działalności Zamawiającego. To z kolei powoduje, że alokacja pracowników ma wpływ na celowość prowadzenia postępowania, nie zawsze zaś te działania mogą być podejmowane w zbieżności czasowej.

Co do powoływanego przez Odwołującego argumentu, że wykonywanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia samodzielnie świadczy o tym, że jest

zainteresowany prowadzeniem postępowania, a wykonanie zamówienia leży w interesie publicznym stwierdzić należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, realizacja usług, stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia, siłami własnymi Zamawiającego nie przesądza o celowości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Fakt, że Zamawiający w ramach swoich mocy jest w stanie wykonać zamówienie nie uzasadnia udzielenia zamówienia publicznego (zawarcia umowy odpłatnej) podmiotowi zewnętrznemu. Nie zawsze też, jak w okolicznościach niniejszej sprawy, udzielenie zamówienia, a więc zlecenie wykonania odpłatnej usługi, leży w interesie publicznym.

Nadto, zauważyć należy, że przywołane przez Odwołującego orzecznictwo jest nieadekwatne do okoliczności niniejszej sprawy. Wyartykułowana przez Izbę teza w wyroku z dnia 13 lutego 2013 r., sygnatura akt: KIO 304/13, że zmiana sposobu realizacji nie może stanowić podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o wskazany przepis odnosi się do sytuacji, w której zamawiający unieważnił postępowanie mając na względzie okoliczność, że modyfikacja zakresu zamówienia w kolejnym postępowaniu przyniesie określone oszczędności. Oznacza to, że Zamawiający unieważnił postępowanie z powodu zmiany koncepcji jego prowadzenia, a z taką sytuacją w niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia.

Izba podziela również pogląd, wyrażony w wyroku KIO z dnia 18 kwietnia 2013 r., sygnatura akt: KIO 764/13, że przyczyną unieważnienia postępowania nie może być chęć udzielenia zamówienia innemu podmiotowi niż ten, który został wybrany w trybie ustawy Pzp. Jednakże stanowisko to zostało zaprezentowane w okolicznościach, w których spółka pracownicza, która powstała w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę po terminie składania ofert i oferta ta okazała się tańsza.

Należy zgodzić się również ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie, że interesu publicznego nie należy utożsamiać z interesem ekonomicznym zamawiającego, jednakże, o czym była mowa wyżej, z taką sytuacją, w ramach niniejszego postępowania, nie mamy do czynienia.

Trafność decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp powoduje, że biorąc pod uwagę przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględnienie odwołania, mimo stwierdzonych wyżej naruszeń nie jest możliwe.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący:

.....

.....