

**WYROK**  
**z dnia 10 marca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Agnieszka Trojanowska**

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2016r. przez wykonawcę TRANS-Żwir J.K., ul. Suwalska 6 A, 11-500 Giżycko, Gajewo w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Sinevia sp. z o. o., ul. Chałubińskiego 3a, 02-004 Warszawa

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania przetargowego,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Sinevia sp. z o. o., ul. Chałubińskiego 3a, 02-004 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TRANS-Żwir J.K., ul. Suwalska 6 A, 11-500 Giżycko, Gajewo tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego: Sinevia sp. z o. o., ul. Chałubińskiego 3a, 02-004 Warszawa na rzecz TRANS-Żwir J.K., ul. Suwalska 6 A, 11-500 Giżycko, Gajewo kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**.....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Sinevia sp. z o. o., ul. Chałubińskiego 3a, 02-004 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę kamienia łupanego (kruszywo budowlane) i piasku wraz z rozładunkiem na przebudowę PST w Wierzbiniach k. Orzysza”, nr ref: 34559.

W dniu 5 lutego 2016 roku Zamawiający udostępnił Odwołującemu: TRANS-Żwir J.K., ul. Suwalska 6 A, 11-500 Giżycko, Gajewo do wglądu dokumentację przedmiotowego postępowania przetargowego.

Po zapoznaniu się z dokumentacją przetargową, wykonawca TRANS-Żwir w dniu 9 lutego 2016 roku skierował do Zamawiającego stosowne zawiadomienie o dostrzeżonych – w jego ocenie - brakach w ofercie wykonawcy MAR-TRANS.

Wykonawca sformułował w/w zawiadomienie, bowiem nie zostały – w jego ocenie - dostrzeżone przez Zamawiającego braki w uzupełnieniu oferty przez wykonawcę MAR-TRANS, jak i dochodziło do przewlekania tego postępowania.

W dniu 16 lutego 2016 roku Odwołujący otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o unieważnieniu przedmiotowego przetargu, bowiem wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że w dniu 21 stycznia 2016 roku otrzymał pisemną wiadomość o limitach finansowych, w tym na wykonanie tego zadania do poziomu 1 mln PLN na 2016 r. i ze względu na brak wystarczających środków do kwoty określonej w tym przetargu, zmuszony był unieważnić postępowanie.

W dniu 17 lutego 2016 roku pełnomocnik Odwołującego skierował do Zamawiającego wniosek o udostępnienie treści pisma o limitach finansowych z dnia 21 stycznia 2016 roku, na które to pismo Zamawiający powołał się w Zawiadomieniu, uzasadniając swoją decyzję o unieważnieniu.

W dniu 19 lutego 2016 roku Zamawiający przesłał Odwołującemu treść pisma odnośnie limitów finansowych, na które powołał się w Zawiadomieniu.

Z uwagi na fakt, iż z przedmiotowego pisma nie wynikała - w ocenie Odwołującego - podstawa do unieważnienia Postępowania, pełnomocnik Odwołującego w dniu 19 lutego 2016 roku skierował do Zamawiającego wnioski o udostępnienie Załącznika do pisma z dnia 21 stycznia 2016 roku, o którym mowa w piśmie, bowiem – według Odwołującego - być może w Załączniku należało doszukiwać się podstawy unieważnienia Postępowania.

Zamawiający odmówił udostępnienia Załącznika z uwagi, iż jak wskazał został on przesłany „celem służbowego wykorzystania”.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem o unieważnieniu przetargu Odwołujący w dniu 25 lutego 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

1) niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania;

2) niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania wykluczenia wykonawców: M.J. Firma Handlowo-Usługowa MAR-TRANS z siedzibą w Barczewie (dalej jako „MAR-TRANS”), PHU „MAM” sp. j. J.J.M, Makarewicz z siedzibą w Elku (dalej jako „MAM”), Firma Budowlana EUROBUD G.F. z siedzibą w Nowogrodzie Bobrzańskim (dalej jako „EUROBUD”), Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe REMBET sp. z o.o. (dalej jako „REMBET”) z postępowania;

3) niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Powyższym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie Postępowania;

2) naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez nieujawnienie Odwołującemu wszelkich okoliczności faktycznych związanych z podjęciem przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania z dnia 16 lutego 2016 roku;

3) naruszenie art. 93 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechania podania w pełni uzasadnienia faktycznego unieważnienia Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp;

4) naruszenie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art 22 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania, iż wykonawcy MAR-TRANS i MAM nie wykazali spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a ich oferty podlegały odrzuceniu;

5) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MAM, wykonawcy EUROBUD oraz wykonawcy REMBET 2 postępowania, których to wykonawców termin związania ofertą upłynął i nie został przedłużony;

6) art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej i jedynej ważnej w postępowaniu;

7) z racji naruszenia w/w przepisów konsekwentne naruszenie art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp poprzez podjęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców, co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania - w tym podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych — zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców i wynikającą z nich zasadę przejrzystości — wyrażające się w szczególności na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców MAR-TRANS i MAM oraz na „pobieżnym” sporządzeniu uzasadnienia faktycznego, a de facto jego braku odnośnie podjętej przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania.

W związku z opisanymi naruszeniami Odwołujący wnosił o uwzględnienie w całości odwołania oraz na podstawie art. 180 ust. 3 ustawy Pzp wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania;
2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy MAR-TRANS z Postępowania oraz odrzucenia oferty wykonawcy MAM w Postępowaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert w Postępowaniu;
4. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego, jako jedynej ważnej w postępowaniu i najkorzystniejszej.

W swoim odwołaniu Odwołujący wskazał, że w dniu 5 lutego 2016 r. Zamawiający udostępnił mu do wglądu dokumentację postępowania, jednak brak w niej było w/w pisma z dnia 21 stycznia 2016 roku, jak i stosownego Załącznika do tegoż pisma.

#### **A) Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.**

Mając na uwadze przywołaną przez Zamawiającego podstawę prawną oraz jego uzasadnienie faktyczne Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, według Odwołującego, doszło do bezpodstawnego unieważnienia postępowania i dowolnego przyjęcia, że wykonanie zamówienia (dostawy) nie leży w interesie publicznym.

Odwołujący stanął na stanowisku, że Zamawiający w swym Zawiadomieniu nigdzie nie wykazał, aby interes publiczny odpadł.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie udowodnił, że jeszcze w okresie październik-grudzień 2015 roku realizacja dostawy kruszywa była konieczna w związku z przebudową PST w Wierzbiniach, a w lutym 2016 roku już nie.

W przekonaniu Odwołującego Zamawiający nie może zaprzeczyć, że interes publiczny w realizacji zamówienia istnieje, mimo rzekomego braku środków na jego realizację.

Podniósł okoliczność, że przebudowa PST w Wierzbiniach k. Orzysza jest kontynuowana.

Zwrócił uwagę, że równoległe umowy dotyczące inwestycji np. na dostawę betonu zostały zawarte i są realizowane.

Zauważył, że dla skorzystania z przesłanki, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający powinien wykazać, że cel, jaki zamierzał osiągnąć prowadząc postępowanie, nie jest już celem zaspokajającym potrzeby społeczne.

Zarzucił, że Zamawiający nie wskazał sytuacji dyskontynuacji prac nad przebudową PST, a brak zabezpieczenia przez niego w odpowiedni sposób środków na dostawę kruszywa w momencie wszczęcia postępowania przetargowego nie uzasadniał unieważnienia przetargu.

Zdaniem Odwołującego interes publiczny przeważa nad zasadą uczciwej konkurencji oraz uzasadnionych interesów wykonawców jedynie w nadzwyczajnych okolicznościach i interes Zamawiającego nie może być utożsamiany z interesem publicznym.

Wskazał również, iż okoliczność umniejszenia 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

Odwołujący stwierdził, że w interesie publicznym jest dostawa kruszywa pod przebudowę drogi, a także, że w przedmiotowej sprawie nie odpadł interes publiczny wykonania zamówienia i dyspozycja z przepisu 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie została zniszczona.

Wskazał, że nawet gdyby przyjąć, iż Zamawiający nie ma środków na realizację przedmiotu zamówienia, to taka okoliczność nie może być automatycznie utożsamiana ze spełnieniem się przesłanki o braku interesu publicznego w wykonaniu zamówienia.

W ocenie Odwołującego Zamawiający, nie mając pieniędzy wskutek zdarzeń nieprzewidywalnych, nie ma podstaw do unieważnienia postępowania i jest obowiązany udzielić zamówienia, chyba że jednocześnie wystąpią okoliczności opisane w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, dając tym samym podstawy do skorzystania z innej przesłanki unieważnienia.

Nadto, według Odwołującego - nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym, a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Poza tym Zamawiający ma obowiązek wykazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on niezwykle ważny.

Odwołujący podniósł również, że zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp i na którą w Zawiadomieniu powołuje się Zamawiający musi mieć charakter zewnętrzny wobec Zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego Zamawiającego.

Przykładowo zmiana taka może wynikać z aktu prawnego wiążącego Zamawiającego i stanowiącego źródło prawa, a Zamawiający w Zawiadomieniu nic takiego nie wykazał.

Zdaniem Odwołującego wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji decyzji Zamawiającego w przedmiocie ograniczenia realizacji projektu lub zakresu jego finansowania.

Odwołujący oświadczył, że mógłby się zgodzić z Zamawiającym, iż Zamawiający ma możliwość dokonywania przesunięć w planie finansowym, jeżeli najkorzystniejsza oferta przewyższa kwotę wskazaną w art. 86 ust 3 ustawy Pzp.

W przekonaniu Odwołującego kwota wskazana przez Zamawiającego w dniu otwarcia ofert jest wiążąca dla Zamawiającego i skoro cena najkorzystniejszej oferty nie przewyższa tej kwoty, Zamawiający nie ma podstaw do unieważnienia postępowania w trybie art 93 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, ani w trybie art 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Subsydiarnie podniósł, że na podstawie art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp — okolicznościami uzasadniającymi unieważnienie postępowania nie mogą być sytuacje, które mają źródło w błędnych decyzjach Zamawiającego podjętych w toku postępowania, za które ponosi on odpowiedzialność, w szczególności gdy wynika to z braku dochowania należytej staranności w przygotowaniu postępowania, lecz jedynie sytuacje wynikające ze zmiany okoliczności, do których nie można zaliczyć do popełnionych przez niego błędów.

Zdaniem Odwołującego brak rzetelności oraz sprawności Zamawiającego doprowadził do zwłoki w wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty TRAN-Żwir, a wybór tejże oferty mógł mieć miejsce jeszcze w roku ubiegłym lub na początku stycznia 2016 roku, zanim doszło do wprowadzenia rzekomych limitów finansowych w Postępowaniu.

Oświadczył, że przesłanki do wykluczenia wykonawców MAR-TRANS oraz MAM lub odrzucenia ich ofert zostały, bowiem spełnione już w ówczesnym czasie.

Dodatkowo zwrócił uwagę, że przyjęciem przez Zamawiającego zobowiązań wobec wykonawców jest nie tylko zawarcie umowy, lecz także już samo wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje się do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta, zgodnie z przewidzianą procedurą udzielania zamówień, będzie ofertą najkorzystniejszą, a wykonawcy przysługuje w stosunku do zamawiającego takie roszczenie wyrażające się m.in. możliwością żądania wydania przez sąd orzeczenia, o którym mowa w art. 64 Kodeksu cywilnego.

Dla Odwołującego nie ma tu znaczenia, że decyzja ta została podjęta na szczeblu centrali, a nie oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (jest to tylko wewnętrzny podział Generalnej Dyrekcji), a nawet szczeblu ministerialnym czy rządowym, bowiem na gruncie prawa unijnego wciąż jest to działanie „państwa członkowskiego”, które podjęło zobowiązanie wobec wykonawców.

Podsumowując zarzut bezpodstawnego unieważnienia postępowania Odwołujący wskazał, że Zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymagał dokonania przez niego unieważnienia postępowania, gdyż tylko w ten sposób będzie bowiem w stanie udowodnić, że przesłanka ta wystąpiła.

**B) zarzut naruszenia art 8 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust 1 pkt 6**



**ustawy Pzp poprzez nieujawnienie Odwołującemu wszelkich okoliczności faktycznych związanych z podjęciem przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania z dnia 16 lutego 2016 r.**

Odwołujący przyznał, że dotychczasowe czynności (do czasu wniesienia odwołania) Zamawiającego nie budziły jego zastrzeżeń w zakresie jawności.

Zamawiający prowadził Postępowanie przejrzystości udzielając TRANS-Żwir wszelkich wyjaśnień i dostępu do dokumentacji.

Odwołujący wyjaśnił, że dopiero z uwagi na zdawkowe i częściowe uzasadnienie Zawiadomienia, skierował do Zamawiającego wniosek o udostępnienie treści pisma o limitach finansowych z dnia 21 stycznia 2016 roku, na które to pismo Zamawiający powołał się w Zawiadomieniu.

Zwrócił uwagę, że w dniu 19 lutego 2016 roku Zamawiający przesłał Odwołującemu treść pisma odnośnie limitów finansowych, na które powołał się w Zawiadomieniu.

Zauważył również, że z uwagi na fakt, iż z przedmiotowego pisma nie wynikało - w ocenie Odwołującego - nic konkretnego, a tym bardziej podstawa do unieważnienia postępowania, pełnomocnik Odwołującego jeszcze w dniu 19 lutego 2016 r. skierował do Zamawiającego wniosek o udostępnienie Załącznika przywołanego w piśmie z dnia 21 stycznia 2016 r., jednak Zamawiający odmówił udostępnienia Załącznika z uwagi, iż jak wskazał został on przesłany „celem służbowego wykorzystania”.

Z uwagi na odmowę udostępnienia dokumentu, który najprawdopodobniej stanowił podstawę i integralną część do uzasadnienia decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, doszło w ocenie Odwołującego do naruszenia dyspozycji przepisu art. 8 ustawy Pzp.

**C) Zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechania podania w pełni uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.**

Zdaniem Odwołującego Zamawiający podejmując decyzje o unieważnieniu ma obowiązek szczegółowego podania wszystkich okoliczności uzasadniających unieważnienie, a więc określić interes publiczny, który chciał zaspokoić, opisać niespodziewane zdarzenie które zaszło, wykazać, iż ma ono charakter istotny a także, iż nie był w stanie przewidzieć jego zajścia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że uzasadnienie faktyczne sporządzone przez Zamawiającego i zaprezentowane w Zawiadomieniu składa się z zaledwie dwóch zdań, co oznacza, że de facto go nie sporządził.

Ponadto, zarzucił, że Zamawiający nie załączył do Zawiadomienia dokumentów, na które powołuje się w jego uzasadnieniu.

**D) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania, iż wykonawcy MAR-TRANS i MAM nie wykazali spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (kwestia braku przedstawienia wymaganych certyfikatów), a ich oferty podlegały odrzuceniu.**

W ramach tego zarzutu wskazał, że zarówno wykonawca MAR-TRANS, jak i wykonawca MAM nie wykazali spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP), nie przedłożyli bowiem stosownych certyfikatów wymaganych przez Zamawiającego i ujętych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Zauważył, że zgodnie z Częścią VI pkt 12 SIWZ Zamawiający w celu potwierdzenia że oferowane dostawy/usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, żądał zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym (atesty, deklaracje zgodności i certyfikaty).

Stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu stosowny certyfikat wraz z ofertą przedłożył jedynie wykonawca TRANS-Żwir, zaś Wykonawca MAR-TRANS żądanego certyfikatu wraz z ofertą nie przedłożył, podobnie wykonawca MAM.

Wyjaśnił, że w związku z tym Zamawiający pismem z dnia 21.10.2015 wezwał w/w wykonawców do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w powyższym zakresie, a w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca MAR-TRANS przedłożył w uzupełnieniu pierwszą stronę wystawionego przez Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego na rzecz Przedsiębiorstwa Produkcji Materiałów Drogowych „KRUSZBET” S.A., Certyfikatu Zgodności Zakładowej Kontroli Produkcji z dnia 17 października 2014 roku (dalej „Certyfikat”), zaś nie przedłożył on drugiej strony Certyfikatu, stanowiącej jego integralną część (Załącznik do Certyfikatu) określającej zakres certyfikacji.

Podniósł, że załącznik do Certyfikatu będący jego integralną częścią - który nie został

przedłożony pomimo wezwania Zamawiającego przez wykonawcę MAR-TRANS — określa, jakich wyrobów Certyfikat dotyczy, według jakich norm i w jakich asortymentach są kruszywa.

Odwołujący zaznaczył, że wykonawca MAM nawet nie próbował uzupełnić wymaganego przez Zamawiającego certyfikatu i przedłożył jedynie gołosłowne oświadczenie podmiotu, który miał pełnić rolę jego podwykonawcy w realizacji przedmiotu zamówienia postępowania i w związku z tym powinien on automatycznie podlegać wykluczeniu z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Z uwagi na fakt, iż wykonawca MAR-TRANS był już raz wezwany do uzupełnienia dokumentacji tj. certyfikatu i tego nie uczynił, powinien on podlegać wykluczeniu w postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Wskazał, że podstawy do wykluczenia wykonawcy MAR-TRANS i wykonawcy MAM na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający posiadał już na przełomie października/listopada 2015 r., lecz nie podejmował jednak stosowanych decyzji, a zwłoka, w którą popadł doprowadziła, jak obecnie twierdzi do uszczuplenia środków w roku 2016 na realizację przedmiotu zamówienia.

Odwołujący odniósł się do pozostałych dokumentów złożonych w postępowaniu tytułem uzupełnienia dokumentacji przez wykonawcę MAR-TRANS, wskazując, że Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego honoruje tylko i wyłącznie niezależne i akredytowane laboratoria badawcze, podczas gdy wykonawca MAR-TRANS dołączył w ramach uzupełnienia badanie dokonane przez PPMD „Kruszbet” S.A., który to podmiot nie jest ani akredytowany ani niezależny.

Dodatkowo zauważył, iż to „Kruszbet” był zleceniodawcą i sam sobie dokonywał badań w ramach ZKP.

Niezrozumiała dla Odwołującego jest okoliczność, dlaczego w uzupełnieniu dokumentacji wykonawca MAR-TRANS posługiwał się niepełnym Certyfikatem wystawionym na rzecz PPMD „Kruszbet” S.A. nie przedkładając przy tym zobowiązania tegoż podmiotu do udostępnienia swych zasobów w postępowaniu na rzecz wykonawcy MAR-TRANS.

Zdaniem Odwołującego Wykonawca MAR-TRANS nie posiada i nie posiadał stosownej koncesji do wydobywania kruszyw, a tym bardziej stosownych złóż, zatem „próbował”

wykazać dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego, celem wykazania możliwości realizacji przedmiotu Postępowania.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca MAR-Trans przedłożył oświadczenie na podstawie art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, lecz nie przedłożył zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Udostępnienie zasobów przez producenta kruszyw jest konieczne, bowiem są to zasoby nierozzerwalnie związane z realizacją przedmiotu postępowania.

Zarzucił, że Wykonawca MAR-Trans nie przedłożył również kompletu dokumentów wymaganych od wykonawcy odnośnie podmiotu trzeciego udostępniającego mu zasoby w postępowaniu uzupełniając dokumenty i posługując się Certyfikatem wystawionym na rzecz PPMD „Kruszbet” S.A.

Oświadczył, że wszystkie w/w braki dostrzeżone w ofercie wykonawcy MAR-TRANS w trakcie zapoznawania się w dniu 5 lutego 2016 roku przez TRANS-Żwir z dokumentacją przetargową, zostały zgłoszone Zamawiającemu w piśmie Odwołującego z dnia 9 lutego 2016 r., a Zamawiający się do nich nie odniósł, za to postanowił unieważnić postępowanie.

**E) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MAM, wykonawcy EUROBUD oraz wykonawcy REMBET z Postępowania, których to wykonawców termin związania ofertą upłynął i nie został przedłużony.**

W ramach tego zarzutu wyjaśnił, że Zamawiający na str. 2 uzasadnienia Zawiadomienia zamieścił informacje do wiadomości Wykonawców wskazując, że część z nich nie przedłużyła terminu związania ofertą, lecz nie dokonał jednak odrzucenia tychże ofert w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego nie jest dopuszczalne przerwanie okresu związania ofertą i po przerwie ponowne jego ustanowienie (przedłużenie), a zgodnie z dyspozycją art 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania oferta.

Podniósł, że Wykonawcy EUROBUD i REMBET nie zgodzili się na przedłużenie

okresu związania ofertą, natomiast termin związania ofertą wykonawcy MAM wygasł najprawdopodobniej na skutek przeoczenia jego upływu i nieprzedłużenia go przez wykonawcę MAM w stosownym czasie.

**F) Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej i jedynej ważnej w postępowaniu oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez podjęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania - w tym podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych - zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców i wynikającą z nich zasadę przejrzystości - wyrażające się w szczególności na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców MAR-TRANS i MAM oraz na „pobieżnym” sporządzeniu uzasadnienia faktycznego, a de facto jego braku odnośnie podjętej przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania.**

Odwołujący zauważył, że podniesienie przez Odwołującego zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp jest konsekwencją zarzutów sformułowanych i omówionych w pkt A-E odwołania.

Odwołujący wskazał, iż celem nadrzędnym prowadzonego przez Zamawiającego postępowania jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie i powinien ze szczególną uwagą podchodzić do dokonywanych przez siebie czynności, a w szczególności prowadzić postępowanie z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców oraz wynikającej z nich zasady przejrzystości.

Ostatecznie podniósł, że Zamawiający mając zasadne podstawy nie wykluczył z postępowania:

- a) wykonawcy MAR-TRANS na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp;
- b) wykonawcy MAM na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i/lub art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp;
- c) wykonawcy EUROBUD na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp;
- d) wykonawcy REMBET na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, ofert wykonawców, pisma Zarządu Infrastruktury w Olsztynie z dnia 21 stycznia 2016r. wraz załącznikiem w postaci zestawienia wysokości limitów finansowych w 2016r roku na zadaniach realizowanych przez Sinevia sp. z o.o. według projektu planu inwestycji budowlanych na lata 2016-2022, pisma Odwołującego z dnia 9 lutego 2016r. zawiadamiającego o brakach w ofercie Mar-Trans, zawiadomienia Zamawiającego o unieważnieniu postępowania z dnia 16 lutego 2016r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 9 marca 2016r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień 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.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3 oraz art.93 ust.1 pkt. 6 i ust.3 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do podjęcia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zasadzie art.93 ust.1 pkt. 6 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający przy czynności zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 16 lutego 2016r. podał podstawę prawną przytaczając brzmienie przepisu art.93 ust.1 pkt. 6 ustawy Pzp, podając uzasadnienie, że w dniu 21.01.2016r. Zamawiający otrzymał pisemną wiadomość o limitach finansowych, w tym, na wykonanie tego zadania do poziomu 1 mln. PLN na 2016r. i ze względu na brak wystarczających środków do kwoty określonej w tym przetargu, zmuszony jest unieważnić przedmiotowe postępowanie.

Odnosząc się do powołanej przez Zamawiającego podstawy prawnej art. 93 ust.1 pkt. 6 ustawy Pzp należy wskazać, że 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. Według zapatrywania Izby wskazane przez Odwołującego uzasadnienie faktyczno-prawne nie wykazało okoliczności zaistnienia cytowanych wyżej przesłanek ustawowych.

Przed wszystkim należy podnieść, że Zamawiający przy czynności unieważnienia przetargu nie wykazał wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, lecz jedynie oparł swoje przeświadczenie o zaistnieniu omawianej przesłanki ustawowej o planowaną do realizacji wysokość limitów w 2016r. zadeklarowaną przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie.

W ocenie Izby powyższa informacja nieautoryzowana przez nikogo stanowiła jedynie projekt planu inwestycji budowlanych na lata 2016-2022, nieprzesądzający o jego ostatecznym charakterze. Z dokumentu powyższego w żaden sposób nie można wysnuć wniosku, że jest on wiążący dla Zamawiającego realizującego zlecenie jednostki organizacyjnej Ministerstwa Obrony Narodowej.

Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że Sinevia jest spółką prawa handlowego, która wykonuje zadania, jako spółka ze 100% udziałem Skarbu Państwa w zakresie obronności państwa na podstawie zlecenia tych zadań przez Agencję Mienia Wojskowego, która zawiera umowy z Rejonowym Zarządem Infrastruktury w Olsztynie.

Nadto Zamawiający wyjaśnił, że brak jest jakichkolwiek regulacji pomiędzy wyżej wskazanymi podmiotami dotyczącymi zasad współpracy w zakresie realizacji zamówień publicznych, a Spółka Sinevia jest jedynie generalnym wykonawcą i nie ustala ona limitów finansowych, limity ustanawia Rejonowy Zarząd Infrastruktury.

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że nie występował o informacje od Rejonowego Zarządu Infrastruktury czy Agencji Mienia Wojskowego dotyczące przedmiotowych limitów finansowych na 2016 rok w tym odnoszące się do przyczyn, dla których został ten limit finansowy obniżony do kwoty 1 mln zł, bowiem jednostki te nigdy nie udzielają takich informacji. Na rozprawie Zamawiający podniósł także, że spółce nie są ujawniane jakiegokolwiek plany finansowe dotyczące zadań realizowanych przez jednostki Ministerstwa Obrony Narodowej.

Poza tym na rozprawie Zamawiający przyznał, że przedmiotowa inwestycja leży w interesie publicznym i wyjaśnił, że limity dotyczą jedynie danego roku budżetowego i są one

narzucane z góry zarówno przy podpisaniu umowy cywilnoprawnej na wykonanie zadania, jak i potwierdzone z końcem roku budżetowego.

Zamawiający w toku rozprawy przyznał także, że w 2015 r. w chwili prowadzenia postępowania przetargowego zadanie było przewidziane i również była zabezpieczona kwota na jego wykonanie z realizacją w 2016 r. Zamawiający nie był jednak w stanie wyjaśnić, która kwota limitu, czy z 2015 r. czy z 2016 r. uległa zmianie. Biorąc pod uwagę, że z dokumentacji postępowania wynika jedynie kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, od chwili podpisania umowy do 30 maja 2016r. oraz kwota wydatkowanych środków finansowych na to zadanie w roku 2015r., i limit prognozowany w 2016r., a Zamawiający nie był w stanie na rozprawie wyjaśnić, która i czy w ogóle uległa zmianie wysokość limitów, to również nie zostało wykazane przez Zamawiającego, że rzeczywiście nastąpiła jakakolwiek zmiana w sposobie finansowania zamówienia, która mogłaby wskazywać na to, że inwestor nie jest zainteresowany realizacją przedmiotowego zadania w 2016r.

Ostatecznie Izba ustaliła także Zamawiający ma wiedzę, że projekt planu inwestycji budowlanych na lata 2016-2020 według limitów wskazanych w przedmiotowym wykazie może ulec zmianie, co wynika dotychczasowej praktyki dokonywania takich zmian.

Zdaniem Izby możliwość zastosowania przepisu art. 93 ust.1 pkt. 6 ustawy Pzp zachodzi jedynie w sytuacji w ściśle określonych warunków ustawowych.

Izba doszła do przekonania, że Zamawiający w ogóle nie udowodnił wystąpienia przesłanek ustawowych, a w szczególności nie wykazał, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności.

Według Izby takiego waloru nie posiada projekt planu inwestycji budowlanych przez nikogo niepotwierdzony.

Nadto wymaga wskazania, że Zamawiający w swoich twierdzeniach nie jest konsekwentny, bowiem z jednej strony nadal realizuje przedmiotowe zadanie, uważając, że jest ono w interesie publicznym, lecz korzysta z przepisu, który wyklucza możliwość prowadzenia zadania z punktu widzenia interesu publicznego.

Ostatecznie Zamawiający nie wykazał, że zmiany takiej nie mógł przewidzieć, skoro nie zabiegał o uzyskanie szczegółowych informacji odnośnie finansowej realizacji zadania.



Z powyższych względów należało stwierdzić, że Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia przetargu na zasadzie art.93 ust.1 pkt. 6 ustawy Pzp, a uzasadnienie, o którym mowa w art.93 ust.3 pkt. 2 ustawy Pzp nie spełnia wymogu ustawowego.

Przechodząc do omówienia zarzutów wymierzonych przeciwko ofertom konkurencyjnym Izba uznała je za przedwczesne z tego powodu, że koncentracja rozstrzygnięć postępowania przetargowego następuje zgodnie z brzmieniem art.92 ust.1 pkt. 1-3 ustawy Pzp, który stanowi, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;

3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę.

Natomiast przepis art.93 ust.3 ustawy Pzp odnosząc się do czynności unieważnienia przetargu takiego obowiązku rozstrzygnięcia o wykluczeniu czy odrzuceniu ofert wykonawców, jak przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie zawiera.

Zamawiający byłby w tym przypadku zobowiązany do wnioskowanych rozstrzygnięć jedynie przy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie czynności unieważnienia przetargu.

Ostatecznie z powodu wycofania przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez nieujawnienie Odwołującemu wszelkich okoliczności faktycznych związanych z podjęciem przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania z dnia 16 lutego 2016 r. Izba tego zarzutu nie rozpatrywała.

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:.....**

.....

.....