

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś  
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2019 r. przez wykonawcę: POLHO Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 12, 44-230 Czerwionka-Leszczyny

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PGE Energia Ciepła S.A., ul. Żłota 59, 00-120 Warszawa

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: POLHO Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 12, 44-230 Czerwionka-Leszczyny, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę: POLHO Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 12, 44-230 Czerwionka-Leszczyny tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, z późn. zm.) na 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 - PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego pn. „Usługi suszenia (wraz z usługami opcjonalnymi) mułu i/lub flotokonzentratu węglowego stanowiącego własność Zamawiającego i przeznaczonego dla PGE Energia Ciepła S.A. Oddział w Rybniku”, numer referencyjny: POST/PGE/PGE/DZ/00209/2019, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”,

„ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19.06.2019 r. nr2019/S 116-285643.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący - POLHO Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, wskazując, że unieważniając postępowanie, Zamawiający naruszył wskazane niżej przepisy ustawy Pzp:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 6 poprzez niewykazanie i niesprecyzowanie wszystkich wymaganych przesłanek unieważnienia postępowania tj. tego, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 6 poprzez błędne przyjęcie, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania polegające na tym, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- 3) oraz inne przepisy wymienione lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Ponadto, wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, gdyż jest jednym z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, który ma możliwość złożenia oferty. Podjęta przez Zamawiającego decyzja o unieważnieniu postępowania naraża Odwołującego na szkodę z powodu niemożności uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, gdyż unieważnienie postępowania (bez spełnienia przesłanek ustawowych) uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu i złożenie oferty.

Rozstrzygnięcie odwołania poprzez jego uwzględnienie, spowoduje prawidłowe przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym oraz zapewni równe i zgodne z Pzp traktowanie wszystkich wykonawców zdolnych wykonać zamówienie, w tym Odwołującego. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, jak niżej.

Organizator Postępowania (PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Warszawie) wszczął w imieniu Zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 19 czerwca 2019 r. publikując ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz w strefie publicznej Systemu Zakupowego GK PGE. Termin składania ofert wyznaczono pierwotnie na dzień 24 lipca 2019 r., lecz w wyniku modyfikacji formularza oferty w dniu 19 lipca 2019 r. na skutek zapytania Odwołującego dotyczącego treści SIWZ, termin przesunięto ostatecznie na dzień 25 lipca 2019 r. Szacowania wartości zamówienia dokonano 28 marca 2019 r., bez wskazania kwoty w Protokole Postępowania (pkt 2 ust. 3 Protokołu Postępowania), a Komisję Przetargową powołano w dniu 18 kwietnia 2019 r. (pkt 4 ppkt A ust. 1 Protokołu Postępowania)

Zamawiający/ Organizator Postępowania w Protokole Postępowania oraz w Informacji o unieważnieniu Postępowania z dnia 22 lipca 2019 r. wskazał, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Odnosząc się do powołanej podstawy prawnej, Organizator Postępowania wskazał, że powziął informację od Zamawiającego na rzecz, którego uruchomił postępowanie, iż w sposób znaczący zmieniły się okoliczności realizacji usługi dotyczące zagospodarowania mułu i/lub flotokoncentratu węglowego wynikające z przyjęcia przez Zamawiającego w czerwcu br. Programu Poprawy Efektywności w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Rybnik (dalej „Program”) i obecne założenia postępowania przetargowego nie pozwalają na realizację usługi w sposób zaproponowany przez Zamawiającego w ramach przyjętego Programu, jak również nie zapewniają dostępu do udziału w postępowaniu wszystkim potencjalnym wykonawcom.

Z powyższą czynnością Zamawiającego/ Organizatora Postępowania polegającą na unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp nie zgodził się Odwołujący.

Na wstępie wskazał, że Zamawiający nie przytoczył na potwierdzenie przesłanek unieważnienia Postępowania żadnych dowodów, konkretnych danych, jak również nie wskazał jakie to istotne zmiany okoliczności realizacji zamawianej usługi nastąpiły po uruchomieniu Postępowania, które powodują, iż prowadzenie Postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Zamawiający/ Organizator Postępowania wskazał tylko na Program o bliżej nieznannej treści przyjęty przez Zamawiającego „w czerwcu b.r.”. Biorąc pod uwagę, że Postępowanie zostało wszczęte w dniu 19 czerwca 2019 r. nie sposób nawet stwierdzić, czy Program, na który powołuje się Organizator/Zamawiający został przyjęty przed wszczęciem Postępowania, równoległe z nim, czy już po jego wszczęciu. Nawet zresztą jeśli był przyjęty po wszczęciu Postępowania, tj. w okresie 11 dni dzielących datę wszczęcia Postępowania i ostatni dzień czerwca, nie sposób dać wiary, że prace nad Programem były prowadzone dopiero po wszczęciu Postępowania, a zatem, że Zamawiający oraz Organizator Postępowania nie mieli o nim wiedzy i nie mogli przewidzieć jego wpływu na Postępowanie i zasadność udzielenia zamówienia. Podkreślił, że - jak wynika z uzasadnienia decyzji o unieważnieniu Postępowania - celem Programu jest poprawa efektywności w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Rybnik, a zatem jest to program o charakterze strategicznym dla oddziału Spółki. Tego rodzaju programy tworzone są na podstawie szczegółowych badań i analiz o charakterze technicznym i ekonomicznym i zawsze są wynikiem długotrwałego procesu, podczas którego ma dojść do wypracowania optymalnych rozwiązań.

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący wskazał: nie dziwi, że Organizator/Zamawiający nie podali w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania dlaczego nie można było przewidzieć zmiany tych bliżej nieokreślonych istotnych okoliczności realizacji zamawianej usługi, które nie pozwalają kontynuować Postępowania lub wykonać zamówienia. Zważywszy na chronologię wydarzeń jest oczywiste, że Zamawiający/ Organizator Postępowania nie tylko mogli przewidzieć wpływ przyjęcia Programu na przedmiot Postępowania, ale w dacie wszczęcia Postępowania musieli mieć pełną świadomość takiego wpływu. Nie sposób zatem uznać, że ta przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp została spełniona. Również zaznaczył, że w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania Organizator/ Zamawiający nie wskazali również dlaczego uważają, iż zostały naruszone zasady konkurencyjności i równego traktowania, pomimo że żaden podmiot zainteresowany Postępowaniem nie złożył chociażby zapytania do treści dokumentacji postępowania wskazującego na uchybienia w tym zakresie. Zastrzeżeń tych nie można również znaleźć w Protokole Postępowania.

#### 1) Program Poprawy Efektywności

Odnosząc się do Programu, który jak twierdził Organizator Postępowania został przyjęty przez Zamawiającego w czerwcu 2019 r., można założyć, że nie był on wynikiem decyzji chwili a prace nad nim z całą pewnością trwały dłuższy czas, o czym nie można znaleźć chociażby wzmianki w Protokole Postępowania, który wskazuje na poszczególne etapy Postępowania - od oszacowania zamówienia w marcu 2019 r., powołania Komisji Przetargowej w kwietniu 2019 r. i wszczęcia Postępowania w drugiej połowie czerwca 2019 r. Wspomniany Program nie został załączony ani do decyzji o unieważnieniu Postępowania ani też udostępniony w środkach masowego przekazu, więc trudno odnieść się do jego treści a tym bardziej określić o jakiej istotnej zmianie okoliczności realizacji zamawianej usługi, której nie dało się przewidzieć jest mowa. Jeśli nawet założyć, że Program zawiera szereg bliżej nieokreślonych inicjatyw, które mają pozwolić na realizację zadania, czyli de facto suszenia mułu i/lub flotokoncentratu, w sposób bardziej efektywny oraz z lepszym wynikiem ekonomicznym, to bezspornie oznacza to, że założenia do Programu Poprawy Efektywności (co potwierdza jego nazwa) musiały zakładać pracę nad poprawą tej efektywności procesu suszenia mułu i/lub flotokoncentratu. Tym samym w sposób oczywisty nieprawdziwe jest twierdzenie, że wystąpiły okoliczności, których nie można było przewidzieć, skoro Zamawiający podejmując prace nad Programem zakładał wypracowanie alternatywnych, bardziej efektywnych rozwiązań suszenia mułu i/lub flotokoncentratu.

Co więcej ciężko też przyjąć argumentację Organizatora Postępowania, która zdaje się wynikać z pisma z 22 lipca 2019 r. o unieważnieniu Postępowania sugerującą, że nie było wystarczającej komunikacji na linii Organizator Postępowania - Zamawiający, przez co Organizator został poinformowany o bliżej nieokreślonych, istotnych zmianach, w tym o Programie dopiero w trakcie Postępowania. Sugestia jakoby pomiędzy Zamawiającym a Organizatorem nie było przepływu informacji na temat okoliczności mających rzekomo fundamentalne znaczenia dla Postępowania i możliwości realizacji jego przedmiotu są całkowicie niewiarygodne. Jest to niemożliwe do przyjęcia, aby główny odbiorca usługi zamawianej w Postępowaniu tj. PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Rybnik nie uczestniczył w Postępowaniu i nie miał podstawowej wiedzy o przedmiocie zamówienia, jego opisie czy chociażby nie akceptował w dniu 19 lipca 2019 r. zmiany formularza ofertowego związanej ze ustaleniem jednostki i sposobu liczenia ceny za transport materiału. A nawet jeśli tak było, to świadczy to wyłącznie o daleko idących nieprawidłowościach, których konsekwencji na pewno nie powinien ponosić Odwołujący, gdyż wskazywałoby to na możliwość ograniczenia odpowiedzialności Zamawiającego ilekroć korzysta z usług innego organizatora postępowania. Wydaje się oczywistym, że wszelkie uchybienia organizacyjne i brak komunikacji pomiędzy Zamawiającym a Organizatorem Postępowania obciążają wyłącznie stronę zamawiającą i są irrelewantne z punktu widzenia spełnienia przesłanki unieważnienia postępowania określonej w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Odwolujący podkreślił, że zmiany w SIWZ i załącznikach do dokumentacji Postępowania były dokonywane przez Komisję Przetargową jeszcze 19 lipca 2019 r., czyli na 3 dni przed unieważnieniem postępowania w wyniku zapytania Odwołującego co do treści SIWZ i Organizator Postępowania/Zamawiający nie widzieli wtedy podstaw do unieważnienia

Postępowania w związku z zaistnieniem istotnej zmiany okoliczności realizacji zamawianej usługi, której rzekomo nie dało się przewidzieć i która sprawiła, iż kontynuacja Postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Sytuacja diametralnie zmieniła się 3 dni później, w dniu 22 lipca 2019 r., gdy Organizator Postępowania na prośbę Zamawiającego unieważnia Postępowanie z uwagi na tą istotną, bliżej nieokreśloną zmianę okoliczności powodującą, że prowadzenie Postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, jak również ze względu na bliżej nieokreślone naruszenie zasad konkurencji.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, że podana podstawa prawna tj. art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp wymaga kumulatywnego wystąpienia wymienionych w nim przesłanek. W innym wypadku unieważnienie postępowania jest niedopuszczalne.

W doktrynie i orzecnictwie wskazuje się, że dla prawidłowego stosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp konieczne jest ustalenie i możliwości wykazania przez zamawiającego, że:

1) faktycznie pojawiły się nowe okoliczności, a nie powstała jedynie możliwość ich wystąpienia (por. wyr. S.O. w Gliwicach z 11.4.2008 r., X Ga 45/08, [www.uzn.gov.pl](http://www.uzn.gov.pl)) Zamawiający nie podał jakie nowe okoliczności realizacji zamawianej usługi pojawiły się po wszczęciu Postępowania, poza bliżej nieokreślonym szeregiem inicjatyw zawartych w Programie, który został podobno przyjęty w czerwcu b.r., jednak nie wiadomo dokładnie kiedy, w szczególności czy nastąpiło to przed czy po wszczęciu Postępowania;

2) zmiana okoliczności jest istotna, czyli na tyle znacząca i niebagatelna, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym (por. wyr. S.O. w Lublinie z 10.4.2009 r., IX Ga 30/08, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)) - Zamawiający nie wykazał czy te nowe, bliżej nieokreślone okoliczności są na tyle istotne, by zaniechać kontynuowania Postępowania lub wykonania zamówienia z uwagi na interes publiczny;

3) zmiana okoliczności ma charakter zewnętrzny wobec zamawiającego i trwały, tzn. jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego, nie zostało przez niego wywołane i - w istotnej z punktu widzenia wykonania zamówienia perspektywie czasowej - ma charakter nieodwracalny (por. S.O. w Warszawie w wyr. z 29.5.2012 r., IV Ca 527 /11, ), przy czym zmiana ta najczęściej jest związana z przedmiotem, terminem lub warunkami wykonania zamówienia publicznego (por. wyr. S.O. w Warszawie z 1.12.2003 r., V Ca 2224/03, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)) - Zamawiający nie podał, czy zmiana okoliczności realizacji usługi ma charakter zewnętrzny wobec Zamawiającego, co więcej trwały i nieodwracalny; biorąc zaś pod uwagę, że przyczyną unieważnienia Postępowania jest przyjęcie przez Zamawiającego Programu Poprawy Efektywności, który przewiduje szereg inicjatyw z pewnością opracowanych przez Zamawiającego, należy założyć, że owa zmiana okoliczności to po prostu opracowana przez Zamawiającego równoległe z toczącym się Postępowaniem zmiana koncepcji suszenia mułu i/lub flotokonzentratu, a zatem jest to okoliczność o charakterze całkowicie wewnętrznym;

4) obiektywnie nie było możliwości przewidzenia (nie tylko przez zamawiającego, ale również przez każdy podmiot działający z zachowaniem należytej staranności) istotnej zmiany okoliczności i jej skutku, tj. stanu, w którym dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym - Zamawiający nie podał czy obiektywnie nie było możliwości przewidzenia przez każdy podmiot działający z zachowaniem należytej staranności istotnej zmiany okoliczności realizacji usługi i jej skutku a twierdzeniu takiemu przeczy treść uzasadnienia decyzji o unieważnieniu, z którego wprost wynika, że Zamawiający zrealizował prace, których celem było m.in. opracowanie alternatywnych, bardziej efektywnych sposobów realizacji zadania objętego przetargiem; szczegółowe wywody na temat braku spełnienia tej przesłanki zawarte są we wcześniejszej części niniejszego odwołania;

5) skutkiem istotnej zmiany okoliczności jest brak interesu publicznego w dalszym prowadzeniu postępowania lub wykonaniu zamówienia, przy czym prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, jeśli cel, jaki zamierzał osiągnąć zamawiający wszczynając i prowadząc postępowanie, nie jest już celem zaspokajającym potrzeby publiczne.

Tak rozumiany interes nie zawsze jest zbieżny z interesem zamawiającego - Zamawiający nie wykazał w jakikolwiek sposób braku interesu publicznego w kontynuowaniu Postępowania lub też wykonaniu zamówienia, co czyni jego twierdzenia całkowicie gołosłownymi.

Istotny jest również fakt, że PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Rybnik w trakcie przygotowywania przez Zamawiającego/ Organizatora Postępowania założeń do Postępowania prowadzonego w trybie zamówień publicznych, udzieliła POLHO sp. z o.o. zamówienia na suszenie mułu w ramach przetargu niepublicznego pn. Usługa suszenia mułu

i flotokoncentratu węglowego (wraz z usługą dodatkową) dla PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Rybnik, numer postępowania: POST/PGE/PGE/DZ/00036/2019, ogłoszonego w lutym 2019 r. i realizowanego w okresie marzec - kwiecień 2019 r., co miało zaspokoić potrzeby Oddziału Rybnik na czas prac nad Postępowaniem na suszenie mułów w trybie zamówień publicznych, które ostatecznie rozpoczęło się w dniu 19 czerwca 2019 r. a następnie zostało unieważnione w dniu 22 lipca 2019 r. W trakcie realizacji powyższego kontraktu w okresie marzec-kwiecień 2019 r. również nie zostały przekazane Odwołującemu żadne informacje o istotnej zmianie okoliczności, w tym o pracach nad Programem.

1. Dowód nr 1: Umowa zawarta po przeprowadzeniu postępowania w trybie niepublicznym pn. Usługa suszenia mułu i flotokoncentratu węglowego (wraz z usługą dodatkową) dla PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Rybnik (numer postępowania: POST/PGE/PGE/DZ/00036/2019, ogłoszone w lutym 2019 r.)

Właśnie w tym czasie Zamawiający oszacował wartość zamówienia w Postępowaniu (28 marca 2019 r., pkt 2 ust 3 Protokołu Postępowania).

## II) Zasady konkurencyjności i równego traktowania

Niezrozumiała jest również argumentacja Organizatora Postępowania odnośnie tego, że obecne założenia postępowania przetargowego nie zapewniają dostępu do udziału w postępowaniu wszystkim potencjalnym wykonawcom. W trakcie Postępowania żaden podmiot zainteresowany uzyskaniem zamówienia nie złożył chociażby jednego zapytania do treści dokumentacji przetargowej wskazującego na uchybienia w zakresie zasad konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Zastrzeżeń tych nie można również znaleźć w Protokole Postępowania. Nie zostało także złożone odwołanie wobec treści SIWZ z uwagi na naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności.

Z uwagi na brak jakiegokolwiek rozwinięcia powyższego tematu w Informacji o unieważnieniu, Odwołujący nie może i nie chce dywagować o co chodziło dokładnie Zamawiającemu/ Organizatorowi Zamówienia.

III) Odwołujący przedstawił stanowiska prezentowane w orzecznictwie, odnoszące się do kwestii podnoszonych w odwołaniu, zachowujące aktualność na gruncie obowiązujących przepisów-wyroki Izby: KIO 2526/18 z dnia 19-12-2018; KIO 1604/18 z dnia 29-08-2018; KIO 267/18 z dnia 08-03-2018; KIO 2832/14 z dnia 22-01-2015.

Na zakończenie Odwołujący podkreślił, że POLHO sp. z o.o. od kilkadziesiąt lat działa aktywnie na rzecz rozwiązywania problemów ochrony środowiska w polskim przemyśle paliwowo-energetycznym poprzez wzbogacanie odpadów poflotacyjnych, likwidując tym samym ich ekologiczne zagrożenie i odzyskując koncentraty węglowe, stanowiące dobrej jakości paliwo dla elektrowni, elektrociepłowni i koksowni. Ponadto jest jednym z głównych pracodawców w rejonie a jego byt może zostać zaprzeczony w wyniku nieuzasadnionych, sprzecznych z prawem decyzji uniemożliwiających złożenie oferty i uzyskanie szansy zdobycia odpłatnego zamówienia dla Spółki.

Podkreślił, że był gotów składać ofertę w tym samym dniu, w którym dowiedział się o unieważnieniu Postępowania, w tym celu podjął szereg czynności, jak na przykład uzyskał gwarancję na potwierdzenie wadium w kwocie 600.000 zł, zatrudnił specjalistów w obszarze prawnym i technicznym oraz podjął działania przygotowawcze celem stworzenia wymaganych warunków realizacji kontraktu. Wszystko to zostało zniweczone nieuzasadnioną decyzją Organizatora Postępowania/ Zamawiającego o unieważnieniu Postępowania i wygenerowało bardzo duże koszty po stronie Odwołującego.

## Dowód 2: Gwarancja wadialna

### Załączniki:

1) Uchwały Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników dnia 9 lipca 2019 r.

2) dowody zawnioskowane w uzasadnieniu: Umowa zawarta po przeprowadzeniu Postępowania w trybie niepublicznym pn. Usługa suszenia mułu i flotokoncentratu węglowego (wraz z usługą dodatkową) dla PGE Energia Ciepła Oddział Rybnik (numer Postępowania: POST/PGE/PGE/DZ/00036/2019, luty 2019 r.)

3) dowody zawnioskowane w uzasadnieniu: Gwarancja wadialna.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o: 1) oddalenie odwołania w całości z uwagi na całkowitą bezzasadność podniesionych w nim zarzutów; 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do pisma, na okoliczności w nim wskazane; 3) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu pisma, na wstępie Zamawiający zakwestionował legitymację Odwołującego

uprawniającą go do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp), powołując się na podane w treści pisma orzecznictwo, podtrzymał stanowisko co do unieważnienia postępowania.

Wskazał, że unieważnił postępowanie w dniu 22 lipca 2019 r., przed upływem terminu składania ofert (25 lipca 2019 r.). Do dnia unieważnienia postępowania nie złożono żadnej oferty, zatem Odwołujący nie spełnia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp. Zamawiający wskazał na brak interesu w uzyskaniu zamówienia, również na brak podstaw do poniesienia szkody. Odwołujący świadczył usługę będącą przedmiotem zamówienia od połowy marca do końca kwietnia 2019 r. na podstawie umowy, również przez maj 2019 r. Fakt ten nie uprawniał Odwołującego do oczekiwań, że jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Podkreślił, że na skutek upływu terminu składania ofert, nie ma możliwości prawnych jego przywrócenia.

Zatem, odwołanie powinno być oddalone bez merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na wypadek rozpoznawania zarzutów podkreślił ich bezzasadność wskazując, że powody unieważnienia postępowania przedstawił w decyzji (informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 22 lipca 2019 r.). Podniósł, że w toku postępowania powziął informację (Prowadzący postępowanie od Zamawiającego), że istotnie zmieniły się okoliczności realizacji usługi dotyczące zagospodarowania mułu i/lub flotokoncentratu węglowego wynikające z przyjęcia w czerwcu br. Programu Poprawy Efektywności w PGE Energia Ciepła Oddział Rybnik, które były podstawą unieważnienia postępowania. Wskazał, że mając zapewnioną realizację usługi przez Odwołującego do końca kwietnia br., a finalnie do końca maja br., już w marcu podjął przygotowania do przeprowadzenia unieważnionego aktualnie postępowania, przygotowano wówczas Wniosek Zakupowy (załącznik do odpowiedzi na odwołanie). Zamawiający zdawał sprawę, że Program Poprawy Efektywności (w ramach którego trwały badania, próby i finalnie przeprowadzone testy) może wpłynąć na postępowanie o udzielenie zamówienia, jednakże z uwagi na fakt, że produkcja energii musi przebiegać przez cały czas w sposób ciągły, wskazał, że pewne czynności muszą być podejmowane równocześnie. W wyniku akceptacji Wniosku Zakupowego w kwietniu br., 19 czerwca 2019 r. ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia w toku, którego na skutek pytania Odwołującego w sprawie treści SIWZ i konieczności udzielenia odpowiedzi wraz ze zmianą formularza ofertowego, ostateczny termin składania ofert został wyznaczony w dniu 25 lipca 2019 r. Zamawiający wskazał w piśmie na aspekt poprawy konkurencyjności w nowym postępowaniu, które zostanie wszczęte po zakończeniu przygotowań na podstawie pozytywnych wyników testów w sprawie nowego sposobu zagospodarowania mułu.

Reasumując, Zamawiający wskazał: -zaszły nowe okoliczności; -zmiana okoliczności jest istotna, znacząca i niebagatelna na tyle, że postępowanie nie leży w interesie publicznym; -istotna zmiana, mimo że wynika z przyczyny wewnętrznej odpowiada istotności wynikającej z przepisu (uzyskanie lepszych efektów przy innym sposobie zagospodarowania mułu), to okoliczność niezależna od Zamawiającego; -obiektywnie nie można było przewidzieć zmiany, wobec uzależnienia nowego sposobu zagospodarowania mułu od wyników testów; -brak interesu publicznego w stosowaniu dotychczasowej metody zagospodarowania mułu, również niezbędność zabezpieczenia energetycznego kraju; -istotna zmiana w sposobie zagospodarowania mułu uniemożliwiła przystosowanie dokumentów dotyczących wszczętego postępowania do nowych potrzeb, powodując konieczność unieważnienia postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Nie wystąpiły przesłanki odrzucenia odwołania, zatem odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie w granicach zawartych w nim zarzutów.

Izba uznała, że Odwołujący spełnia przesłanki wymaganego interesu w uzyskaniu zamówienia i wystąpiła potencjalna możliwość poniesienia szkody w wyniku nieuzyskania zamówienia na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Zatem, Odwołujący był w dacie wniesienia odwołania legitymowany czynnie do jego wniesienia, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Fakt, że okoliczności wskazują, iż Odwołujący nie uzyska tego zamówienia, nie niweczy uprawnień wynikających z ustawy poddania ocenie czynności Zamawiającego, której skutek uniemożliwił mu złożenie oferty. Był przygotowany na złożenie oferty, zmiana terminu składania ofert o jeden dzień (z 24 na 25 lipca 2019 r. na skutek konieczności dokonania zmiany w formularzu ofertowym wynikającej z odpowiedzi udzielonej Odwołującemu na pytanie dotyczące treści SIWZ), uniemożliwiła mu przygotowanie nowego zabezpieczenia wadium w formie gwarancji wadialnej.

Stan faktyczny w sprawie nie jest sporny, wynika z odwołania i odpowiedzi na odwołanie z uzupełnieniem wyjaśnień złożonych na rozprawie.

Izba zważyła.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp o charakterze zobowiązującym stanowi, 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.

Zatem unieważnienie postępowania, jako odstępstwo od osiągnięcia celu w jakim prowadzone jest postępowanie - wybór najkorzystniejszej oferty - może wystąpić na podstawie wskazanego przepisu, wyłącznie w okolicznościach w nim wskazanych, odpowiadających trzem przesłankom zawartych w przepisie.

Na podstawie orzecznictwa, doktryny i praktyki można wskazać, że dla dokonania czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ma znaczenie, że ocena zasadności czynności unieważnienia postępowania powinna być dokonana według stanu prawnego oraz okoliczności faktycznych istniejących w momencie dokonania danej czynności, z zastrzeżeniem, że przyczyny unieważnienia były niemożliwie do przewidzenia w dniu wszczęcia postępowania.

1. Istotna zmiana okoliczności powodująca, że:

-w orzecznictwie została przyjęta linia interpretacyjna wskazująca, że „zmianę okoliczności” należy rozumieć jako zaistnienie pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania przetargowego nie leży w interesie publicznym (S.O. w Warszawie 7 lipca 2009 r. V Ca 1187/2009);

-w wyroku z 29 maja 2012 r. (IV Ca 527/11) Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie uznał np., że uchwała Rady Ministrów ma charakter wewnętrzny, obowiązuje tylko jednostki organizacyjnie podległe organowi wydającemu te akty i służy realizacji funkcji administrowania państwem (...) akty wewnętrzne nie mogą wywoływać bezpośrednich skutków dla osób trzecich, działających w sferze tego prawa; Sąd uznał także, że dla zakwalifikowania zmiany jako istotnej potrzebna jest jej trwałość - rozumiana jako nieodwracalny stan.

2. Prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym:  
-uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96 wskazuje, że za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury czy porządku publicznego;

-interes publiczny nie powinien być utożsamiany z interesem samego zamawiającego (GKO

11

BDF1/4900/64/69/13/RWPD-57591) ale raczej należy go rozumieć jako cel dla którego zaspokojenia realizowane miało być zamówienie, który to cel zaspokaja konkretnie wskazane potrzeby społeczne (29 marca 2011 r. KIO 601/11). Tak więc Interes publiczny jest potrzebą ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą (8 kwietnia 2008 r. KIO/UZP 262/08);

-nie należy utożsamiać interesu publicznego z interesem zamawiającego, interesu publicznego nie może zawężyć się do interesu zamawiającego, a tym bardziej do jeszcze niepewnego interesu zamawiającego - wyrok z dnia 20 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 256/13.

3. Czego nie można było wcześniej przewidzieć:

-zmiana okoliczności musi mieć charakter istotny, czyli faktycznie uniemożliwiający (a nie utrudniający) realizację zamówienia według dotychczasowych założeń (S.O. w Lublinie 10 kwietnia 2008 r. IX Ga 30/08), co bywa rozumiane jako zmiana będąca następstwem zdarzeń nadzwyczajnych, występujących rzadko (3 czerwca 2014 r. KIO 1001/14);

-zamawiający nie był w stanie przewidzieć, spodziewać się że takie zdarzenie zajdzie, w momencie ogłaszania przetargu. Jeżeli możliwym było przewidzenie wystąpienia takiej okoliczności, to wówczas zamawiający nie ma prawa unieważnić postępowania (9 kwietnia 2009 r. KIO/UZP 398/09).

Na podstawie powyższego, Izba uznała, że o ile można przyjąć ziszczenie się dwóch pierwszych przesłanek uprawniających do unieważnienia postępowania: Istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym - mając na względzie korzyści płynące z nowego sposobu zagospodarowania mułu oraz obowiązek wprowadzenia realizacji tego sposobu zagospodarowania mułu, a przede wszystkim zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego

przez strategiczny podmiot, to nie można uznać za spełnioną trzeciej przesłanki: czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Jednocześnie ustalono, że Zamawiający przewidział taką możliwość przed wszczęciem postępowania. Przeprowadzone próby w maju br., mimo że należało je uznać jako niepewny finalny wynik, to świadczyły, że skutek w postaci właściwych wyników testów w lipcu br. może być pozytywny co do nowego sposobu zagospodarowania mułu.

Izba nie uwzględniła odwołania, bowiem wystąpiły okoliczności uniemożliwiające kontynuację unieważnionego postępowania ze względu na upływ terminu składania ofert (25 lipca 2019 r.). Termin składania ofert nie podlega przywróceniu.

Izba podzieliła w pełni stanowisko przedstawione w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 4 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 152/13, przyjmując je za swoje:

(...) obowiązujące przepisy prawa - zdaniem Izby - nie dają podstaw do wyznaczenia przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nowego terminu składania ofert po upływie pierwotnie ustalonego terminu w postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SIWZ. W tym zakresie należy przywołać dyspozycje przepisów ustawy Pzp, które wskazują na obowiązek określenia przez Zamawiającego terminu składania ofert.

I tak ustawodawca w art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp jako jeden z obligatoryjnych elementów SIWZ wskazał na termin składania i otwarcia ofert. Jednocześnie też w art. 41 ustawy Pzp w przypadku przetargu nieograniczonego także jako jeden z obligatoryjnych elementów postanowień ogłoszenia o zamówieniu ustawodawca wskazał na termin składania ofert. Ustawodawca również uregulował kwestie związane z długością terminu składania ofert w przypadku przetargu nieograniczonego, odnosząc ją do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia (art. 43 ustawy Pzp). Określając minimalną długość terminu na składanie ofert dla wykonawców ustawodawca określił także, że termin ten rozpoczyna swój bieg w zależności od wartości przedmiotu zamówienia, bądź od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskiej, bądź od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

(...) Z tych też względów rozpoczęcie biegu terminu składania ofert należy liczyć wyłącznie od daty przekazania do publikacji ogłoszenia o zamówieniu dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej wartości progów unijnych (wartości, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp) lub od daty opublikowania ogłoszenia w oficjalnym publikatorze dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych. (.)

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że skoro termin składania ofert w (.) postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bezskutecznie upłynął w dniu (.) niemożliwym jest jego przywrócenie, czy też wydłużenie. De facto bowiem mielibyśmy w takiej sytuacji do czynienia z ustaleniem nowego terminu składania ofert - (...) - którego bieg powinien się rozpocząć od dnia przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE. Niedopuszczalne jest - zdaniem Izby - rozpoczęcie biegu tego terminu od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu na zasadzie analogii. Takie działanie prowadziłoby - zdaniem Izby - do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu i zasady uczciwej konkurencji. Wykonawcy zainteresowani danym zamówieniem przede wszystkim śledzą informacje o treści ogłoszeń o zamówieniu publikowanych w oficjalnym publikatorze, a w drugiej kolejności powiązane z treścią tych ogłoszeń ogłoszenia o zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu. Jeśli więc treść ogłoszenia o zamówieniu wskazuje na upływ terminu składania ofert ogłoszenie takie dla wykonawców zainteresowanych uzyskaniem danego zamówienia staje się ogłoszeniem archiwalnym, w oparciu o które nie może on już ubiegać się o uzyskanie danego zamówienia. Wyznaczenie nowego terminu składania ofert, a nie przedłużenie terminu składania ofert, o czym mowa w art. 12a ustawy Pzp, w ramach ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, wprowadzałoby w błąd wykonawców potencjalnie zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem, stawiając jednocześnie w uprzywilejowanej pozycji Odwołującego, który takiego sposobu zachowania domaga się od Zamawiającego.

Reasumując, w sytuacji gdy w postępowaniu o zamówienie publiczne upłynął już termin składania ofert, niedopuszczalne jest w trybie art. 12a ustawy Pzp, jego przedłużenie prowadzące de facto do wyznaczenia nowego terminu składania ofert.

Z uwagi na powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia.

Przewodniczący:.....