Sygn. akt KIO 428/16

WYROK
z dnia 5 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2016 r. przez wykonawcę: **PROCARBON Sp. z o.o. Sp.k., ul. Wieczorka 4, 42-674 Zbrosławice**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **PROCARBON Sp. z o.o. Sp.k., ul. Wieczorka 4, 42-674 Zbrosławice,** i:
- **2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: PROCARBON Sp. z o.o. Sp.k., ul. Wieczorka 4, 42-674 Zbrosławice – tytułem wpisu od odwołania,
- **2.2.** zasądza od wykonawcy: PROCARBON Sp. z o.o. Sp.k., ul. Wieczorka 4, 42-674 Zbrosławice na rzecz zamawiającego: Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój 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 2015 r. poz. 2164) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 428/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą Jastrzębie-Zdrój – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Roboty górnicze w zakresie obsługi odstawy zbiorczej na poziomie 850 dla JSW S.A. KWK „Knurów-Szczygłowice" Ruch Szczygłowice",* nr 57/ZZ/15.

Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.12.2015 r., nr 2015/S 249-456146.

Wykonawca – PROCARBON Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą Zbrosławice, zwany dalej „odwołującym" – wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego oraz od zaniechania dokonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na:
1) unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
2) zaniechaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ", pomimo

że oferta PROCARBON Sp. z o.o. Sp. k. zawierała niższą cenę i podlegała wyborowi jako najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, tj. naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 przez:

1) niesłuszne przyjęcie, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, w następstwie dokonania przez zamawiającego błędnej wykładni tego przepisu, polegającej na przyjęciu, że *„zmiana sposobu odstawy urobku ze* ściany *XXV w pokł. 401/1, która polega na tym, że urobek z ww.* ściany *będzie transportowany na poz. 650 m zamiast poz. 850 m, czyli wspólną odstawą już istniejącą dla drążonych chodników 23b i 23a w pokł. 401/1 oraz zakończenie w miesiącu kwietniu 2016 r. biegu* ściany *IX w pokł. 408/1 i zaistnienie możliwości pozyskania własnych pracowników na każdej zmianie wydobywczej",* to okoliczność istotna powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, podczas gdy

wskazane okoliczności powinny zostać ocenione jedynie jako co najwyżej okoliczności nie leżące w interesie zamawiającego, nadto można było je wcześniej przewidzieć,

2) niewykazanie w sposób nie budzący żadnych wątpliwości okoliczności, na które powołano się w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, tj.
   a) niewyjaśnienie, jaki interes ogólny (publiczny) ma na myśli zamawiający dokonując unieważnienia postępowania,
   b) nieudowodnienie, że powołane przez zamawiającego okoliczności są od niego niezależne, podczas gdy w istocie są one skutkiem wewnątrzorganizacyjnych zmian w przedsiębiorstwie zamawiającego i w całości uzależnione od jego suwerennej decyzji,
   c) nieudowodnienie, że zamawiający nie miał możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia okoliczności wskazanych w *„Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania",* Ldz. ZZ 228-243/16, podczas gdy w istocie ze względu na bardzo krótki czas pomiędzy wszczęciem postępowania a jego unieważnieniem (postępowanie zostało wszczęte w grudniu 2015 r., oferty były składane do 18 stycznia 2016 r., unieważnienie zaś miało miejsce dnia 16 marca 2016 r.), nie wystąpiły żadne okoliczności zewnętrzne wpływające na sytuację finansową zamawiającego,
   d) niewykazanie, że interes wskazany przez zamawiającego jest na tyle ważny i znaczący, a nadto, że jest on ważniejszy od interesu odwołującego, że postępowanie musi być unieważnione, a zatem, że pomiędzy przesłankami wymienionymi w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zachodzi związek przyczynowo – skutkowy.

Wskazując na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,
2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na *„unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 57/ZZ/15 na roboty górnicze w zakresie obsługi odstawy zbiorczej na poziomie 850 dla JSW S.A. KWK „Knurów-Szczygłowice" Ruch Szczygłowice",*
3) nakazanie zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ,
4) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał uprawnienie do wniesienia odwołania, powołując się na przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz okoliczności potwierdzające spełnienie ustawowych wymagań, co do zachowania terminu do wniesienia odwołania i przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania zostało przekazane odwołującemu faksem w dniu 16 marca 2016 r. pismo – Ldz. ZZ 228-243/16 (dowód: załącznik do

odwołania).

Odwołujący złożył ofertę z ceną 5.235.566,50 zł przed upływem terminu składania ofert, wyznaczonego w dniu 18 stycznia 2016 r. Drugą ofertę złożył wykonawca (konsorcjum) z ceną 5.891.454,- zł, wyższą od ceny oferty odwołującego. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 5.906.513,29 zł.

Zamawiający, powołując się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, stwierdzając, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, unieważnił postępowanie.

Odwołujący wskazał na wyjątkowość czynności unieważnienia postępowania oraz cel postępowania w świetle art. 2 pkt 7a ustawy Pzp – wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego – podnosząc, że przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym (wyroki KIO: z 23 września 2011 r., KIO 1948/11 i z 3 czerwca 2014 r., KIO 991/14; KIO 1001/14).

W ocenie odwołującego, zamawiający nie udowodnił, że wystąpiły okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające unieważnienie postępowania. Odwołujący zacytował stanowisko zamawiającego przedstawione w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania oraz fragment uzasadnienia wyroku KIO z 13 września 2013 r., KIO 2104/13, wskazanego w zawiadomieniu.

Odnosząc się do powyższego, odwołujący podniósł, co następuje:

1. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał spełnienia przesłanki interesu publicznego jako podstawy prawnej do unieważnienia postępowania.

Z argumentacji zamawiającego wynika, że utożsamia on interes publiczny z własnym interesem ekonomicznym. Spadek popytu na węgiel, spadek wydobycia, konieczność zwolnienia pracowników lub wydatkowanie środków na ich wynagrodzenia — to wszystko okoliczności mogące co najwyżej świadczyć, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie zamawiającego.

Odwołujący powołał się na judykaturę, w tym w orzecznictwie KIO oraz piśmiennictwo prawnicze wskazując wyroki: ZA UZP: z 28 maja 2005 r., UZP/ZO/0-143/05; z 31 marca 2005 r., UZP/ZO/0-545/05; wyrok Sądu Najwyższego z 18 listopada 1993 r., III ARN 49/93, OSNC 1994, nr 9, poz. 181.

Odwołujący przyznał, że ocena, czy prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia leży w interesie publicznym, należy do zamawiającego. Wskazał, że interes, o którym mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, niekoniecznie musi być zbieżny z interesem zamawiającego. Powołał się na uchwałę TK z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96, OTK 1997, nr 1, poz. 15 w sprawie interesu publicznego – w postanowieniu KIO z 7 listopada 2008 r., KIO/W 3/08, ZPO 2010, z. 5, poz. 248. Wskazał też wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 9 listopada 2010 r., K 13/07, OTK 2010, nr 9, poz. 98, przywołany w wyroku KIO z 11 stycznia 2012 r., KIO 2777/11. Wskazał „Red.: *S. Włodyka, Prawo handlowe – część ogólna. Tom 1",* Wydawnictwo: C.H. Beck, wyd. 2009 r., s. 296 – w wyroku KIO z 11 stycznia 2012 r., KIO 2777/11 Wskazał też opracowanie *„M. Wyrzykowski, Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym",* W-wa 1986 r., s. 44 i s. 32. Wskazał także wyrok S.O. w P. z dnia 30 sierpnia 2006 r. przywołany w wyroku KIO z dnia 14 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1227/09 – z opracowania *„J. E. Nowicki, Komentarz do art. 93 ustawy - Prawo zamówień publicznych, tezy 20 i 21, w: A. Bazan, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2015."*

2. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał wystąpienia istotnej zmiany okoliczności jako podstawy prawnej do unieważnienia postępowania oraz tego, że istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć. Odwołujący zacytował wskazane wyżej opracowanie *„J. E. Nowicki, Komentarz do art. 93 ustawy - Prawo zamówień publicznych".*

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie, aby udowodnić wystąpienie przesłanek do unieważnienia postępowania, zamawiający winien w szczególności:

1) wyjaśnić szczegółowo, jaki interes ogólny (publiczny) ma na myśli oraz, że istotnie w ostatnich miesiącach (tj. od grudnia 2015 r., kiedy przetarg został ogłoszony) doszło do nieprzewidzianego, tj. nie uwarunkowanego czynnikami sezonowymi, spadku wydobycia

i spadku sprzedaży węgla (zamawiający tego nie uczynił);
2) wykazać, że powołane przez zamawiającego okoliczności są od niego niezależne, w szczególności, że nie są one skutkiem wewnątrzorganizacyjnych zmian w przedsiębiorstwie zamawiającego i nie miał wpływu na podjęcie decyzji (oraz nie mógł przewidzieć) m.in. odnośnie zmiany sposobu odstawy urobku ze ściany XXV w pokł. 401/1, która polega na tym, że urobek z ww. ściany będzie transportowany na poz. 650 m zamiast poz. 850 m, czyli wspólną odstawą już istniejącą dla drążonych chodników 23b i 23a w pokł. 401/1 oraz zakończeniem w miesiącu kwietniu 2016 r. biegu ściany IX w pokł. 408/1. W ocenie odwołującego: -zamawiający w ramach prowadzonej działalności gospodarczej podjął suwerenne decyzje, zaś potrzeba ich podjęcia nie pojawiła się nagle, lecz była rezultatem określonej dynamiki prowadzonej działalności gospodarczej; -w przedsiębiorstwie zamawiającego nie wystąpiły żadne nadzwyczajne zmiany, których skutkiem byłoby ograniczenie prowadzonej działalności wydobywczej; -potrzeba

oszczędności również nie pojawiła się nagle na skutek zdarzeń zaistniałych pomiędzy 18 stycznia 2016 r. (termin składania ofert) a 16 marca 2016 r. (unieważnienie postępowania), lecz jest wynikiem trwającej od ponad roku sytuacji w górnictwie węgla kamiennego w Polsce i na świecie;
3) udowodnić, że nie miał możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia okoliczności, na które powołuje się w *„Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania”* z dnia 16 marca 2016 r.; w szczególności zamawiający winien opisać sekwencję niemożliwych do przewidzenia zdarzeń zaistniałych pomiędzy wszczęciem postępowania a jego unieważnieniem (postępowanie zostało wszczęte w grudniu 2015 r., oferty były składane do 18 stycznia 2016 r., unieważnienie zaś miało miejsce dnia 16 marca 2016 r.), które spowodowały, że zaistniała konieczność, unieważnienia postępowania. W ocenie odwołującego: -zamawiający już kilka miesięcy wcześniej mógł przewidzieć, że określone prace w jego przedsiębiorstwie zostaną zakończone (tj. zakończenie w miesiącu kwietniu 2016 r. biegu ściany IX w pokł. 408/1), a w związku z tym pojawi się konieczność znalezienia pracy dla górników uprzednio zatrudnionych przy tych pracach; -program oszczędnościowy był opracowywany od kilku miesięcy, co potwierdza tezę odwołującego, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy okoliczności wskazywane przez zamawiającego jako przyczyna unieważnienia postępowania w istocie nie uległy żadnej istotnej zmianie w okresie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani też nie były niemożliwe do przewidzenia;
4) wykazać, że interes wskazany przez zamawiającego jest na tyle ważny i znaczący, że postępowanie musi być unieważnione; w szczególności wykazać, że stabilność miejsc zatrudnienia u zamawiającego jest -ważniejsza niż konieczność zapewnienia takiej samej liczby miejsc pracy przez odwołującego – w ocenie odwołującego nie można przyznawać priorytetu miejscom pracy tworzonym przez zamawiającego kosztem odwołującego. W związku z prowadzonym postępowaniem przetargowym odwołujący również zmuszony był podjąć określone działania organizacyjne, m.in. po uzyskaniu informacji, że po otwarciu ofert w dniu 18 stycznia 2016 r. jego oferta jest najkorzystniejsza, a zatem może się spodziewać, że to właśnie z nim zostanie zawarta umowa, odwołujący przygotował się do wykonania umowy, zapewnił odpowiednią liczbę pracowników gotowych do realizacji umowy, jak również nie uczestniczył w innych postępowaniach na pozyskanie podobnych zleceń na wykonanie robót górniczych.

Odwołujący podnosząc niekonsekwencję w działaniu zamawiającego, wskazał, że zamawiający unieważniając postępowanie, równocześnie tj. dnia 11 marca 2016 r., zamieścił ogłoszenie o nowym postępowaniu prowadzonym pod znakiem sprawy 7/ZZ/16 na tej samej kopalni, którego przedmiotem są zbliżone zakresowo prace, tj. *„Obsługa i konserwacja układu transportu urobku ze* ściany *nr 8 w pokł. 405/3 z przekopu La6E oraz*

wykonanie kotwienia obudowy chodnikowej chodnika 8b w pokł. 405/3 dla JSW S.A. KWK „Knurów Szczygłowice” Ruch Knurów”. Dowód: ogłoszenie o zamówieniu sektorowym w sprawie 7/ZZ/16.

Odwołujący podniósł, że zamawiający winien wyjaśnić jakimi kryteriami kierował się unieważniając postępowanie nr 57/ZZ/15, a równocześnie ogłaszając nowe postępowania na

usługi zewnętrzne o zbliżonym charakterze (a zatem również z możliwością wykorzystania własnych pracowników, których rzekomo posiada do wykonywania robót) o numerze 7/ZZ/16.

Odwołujący wskazał, że stanowisko zaprezentowane w odwołaniu znajduje oparcie także w wyrokach Izby: z 18 marca 2011 r., KIO 457/11; z 7 maja 2010 r. KIO/UZP 628/10 i z 27 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 176/09. Przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2003 r., sygn. akt V Ca 2224/03.

Merytoryczne załączniki do odwołania wyszczególnione przez odwołującego: *„Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania”,* Ldz. ZZ 228-243/16; *ogłoszenie o zamówieniu sektorowym w sprawie 7/ZZ/16 pn. „Obsługa i konserwacja układu transportu urobku ze* ściany *nr 8 w pokł. 405/3 z przekopu La6E oraz wykonanie kotwienia obudowy chodnikowej chodnika 8b w pokł. 405/3 dla JSW S.A. KWK „Knurów-Szczygłowice” Ruch Knurów”.*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła w toku postępowania odwoławczego, jak niżej.

Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Roboty górnicze w zakresie obsługi odstawy zbiorczej na poziomie 850 dla JSW S.A. KWK „Knurów-Szczygłowice” Ruch Szczygłowice”,* zamówienie sektorowe – usługi, nr 57/ZZ/15 (zawiadomienie z dnia 16 marca 2016 r.), podając uzasadnienie faktyczne i prawne: *„Na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający informuje, że unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia w związku z zaistnieniem przesłanki określonej w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.*

W związku ze zmianą sposobu odstawy urobku ze ściany *XXV w pokł. 401/1, która polega na tym, że urobek z ww.* ściany *będzie transportowany na poz. 650 m zamiast poz. 850 m, czyli wspólną odstawą już istniejącą dla drążonych chodników 23b i 23a w pokł. 401/1 oraz zakończeniem w miesiącu kwietniu 2016 r. biegu* ściany *IX w pokł. 408/1, zaistnieje możliwość pozyskania własnych pracowników na każdej zmianie wydobywczej.*

Powyższe zmiany umożliwią kopalni w dalszym ciągu prowadzenie obsługi odstawy zbiorczej poz. 850 m we własnym zakresie.

W związku z tym, że pogłębiająca się dekoniunktura spowodowała, że Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. notuje stratę ze względu na panującą sytuację, zrezygnowano z wykonywania powyższej obsługi pracownikami firmy zewnętrznej.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej 2104/13 z dnia 13 września 2013 roku 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. Wdrożenie programu oszczędnościowego, a co za tym idzie wykonanie niniejszego zamówienia własnymi siłami, stanowi istotną zmianę okoliczności, która przesądza, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, a jednocześnie nie można jej było przewidzieć.

W tych okolicznościach stwierdzenie, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności nie budzi wątpliwości. Wprowadzenie programu oszczędnościowego, wskazywanego jako powód unieważnienia postępowania, jest z pewnością skutkiem ww. okoliczności. Zaś wystąpienie tych okoliczności powoduje, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. W tym przypadku 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 wydobycia, nie wykonują swoich obowiązków, a jednocześnie są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia przeczy interesowi publicznemu. Udzielenie zamówienia oznaczałoby konieczność zwolnienia pracowników Zamawiającego, ewentualnie wydatkowania środków *w sposób nieuzasadniony.”*

Strony przedstawiły następujące stanowiska oraz złożyły dowody.

Odwołujący podtrzymując stanowisko przedstawione w odwołaniu, uzupełniająco i dodatkowo wyjaśnił:

1. Wyrok Izby z 13 września 2013 r., sygn. akt KIO 2104/13, wskazany w zawiadomieniu zamawiającego, został wydany w innym stanie faktycznym. W okolicznościach tamtej sprawy trwał wielomiesięczny proces, który wskazywał na zmianę sposobu realizacji zamówienia (styczeń 2013 r. ogłoszenie o zamówieniu, 21.08.2013 r. unieważnienie postępowania). W rozpoznawanej sprawie proces ten trwał od 22.12.2015 r. – ogłoszenie o zamówieniu, 18.01.2016 r. – upływ terminu składania ofert, do 16.03.2016 r. –

unieważnienie postępowania, był to okres zbyt krótki, by mogły wystąpić okoliczności potwierdzające przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

2. Wskazał na wszczęcie przez zamawiającego nowego postępowania, o którym mowa w odwołaniu (znak sprawy: 7/ZZ/16) oraz ogłoszenie w dniu 31.03.2016 r. następnych postępowań (po wniesieniu odwołania), których przedmiotem jest: 1. *„Wykonanie przekopu V z pokł. 401/1 do pokładu 361 oraz chodnika 16B w pokładzie 361 w KWK „Kurów-Szczygłowice" Ruch Knurów*" (znak sprawy: 5/IV/26), 2. *„Wykonanie robót górniczych w pochylni II pokł. 408/1 oraz pochylni V B8E dla KWK „Kurów-Szczygłowice" Ruch Knurów*" (znak sprawy: 6/IV/16).
3. Złożył do akt sprawy: -wydruki ze strony internetowej zamawiającego dotyczące dwóch ogłoszeń o zamówieniach; -zestawienie przedstawiające ilość osób wymaganych do wykonania zamówienia w sprawach: 57/ZZ/15 – aktualne postępowanie oraz w sprawach 7/ZZ/16, 5/IV/16 i 6/IV/16 dotyczących kopalni Ruch Knurów i w sprawie 10/ZZ/16 dotyczącej Budryk; -opis w zakresie kopalni wymagań kwalifikacji i doświadczenia osób przewidzianych do wykonania zamówienia w sprawach 5/IV/16 i 6/IV/16. Wydruki miały służyć wykazaniu braku racji zamawiającego, co do konieczności redukcji zatrudnienia. Odwołujący wskazał, że w przedstawionych postępowaniach, w tym wszczętych w ostatnich dniach, w których do dnia rozprawy nie upłynął termin składania ofert, zamawiający opisał zapotrzebowanie na znacznie większą sumarycznie ilość osób, niż w rozpoznawanym postępowaniu i o takich samych kwalifikacjach, niezbędnych do wykonania opisanych prac.

Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania w całości, wskazał.

1. Zanegował stanowisko odwołującego, że możliwe jest porównanie robót objętych rozpoznanym postępowaniem i robót z innych przedstawionych przez odwołującego postępowań, np. 7/ZZ/16, 5/IV/16 i 6/IV/16. Wyjaśnił, że są to postępowania o niewielkim zakresie przedmiotowym i niektóre z nich o wartości poniżej progów unijnych. Przykładowo, w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający wymagał dysponowania górnikami do obsługi przenośników taśmowych. W postępowaniu 6/IV/16 – nie będą brać udziału osoby o takich samych wymaganiach w zakresie powierzonych im czynności. W nowym postępowaniu występuje specjalizacja „górnik rabunkarz", „górnik strzałowy", natomiast w rozpoznawanym postępowaniu nie występuje takie zapotrzebowanie, ponieważ w tym postępowaniu nie występują roboty budowlane i górnicze.
2. Podkreślił, że kopalnia Ruch Szczygłowice i Ruch Knurów, są to dwie odrębne kopalnie położone w odległości ok. 6 km od siebie. Postępowania wskazane na rozprawie - 5/IV/16 i 6/IV/16 oraz 7/ZZ/16 (wskazane też w odwołaniu), w sumie trzy, dotyczą kopalni Ruch Knurów, a postępowanie obecne dotyczy kopalni Ruch Szczygłowice. Zatem, niezasadne

jest stanowisko odwołującego, że możliwe byłoby wykorzystanie pracowników z kopalni Ruch Knurów do świadczenia obsługi w kopalni Ruch Szczygłowice i nieracjonalne jest zlecanie prac górniczych na zewnątrz.

3. Wyjaśnił, że przygotowanie postępowania rozpoczęto w okresie lipiec – sierpień 2015 r. i przy uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania należało brać pod uwagę dane jakimi wówczas zamawiający dysponował.
4. Złożył do akt sprawy: 1) dwustronicowe stanowisko w przedmiocie zarzutów odwołania, w którym w pkt 6 wskazał trudną sytuację ekonomiczną JSW S.A. i ograniczenie środków finansowych na usługi wiertniczo-górnicze; wskazał plan techniczno-ekonomiczny usług

wiertniczo-górniczych na 2016 r. – pierwotny w kwocie 56,9 mln zł, korektę planu w styczniu 2016 r. na kwotę 44,1 mln zł, korektę w lutym i marcu 2016 r. w zakresie wskazanych usług na rok 2016 r. na kwotę ok. 40 mln zł – jako dowód wystąpienia istotnej zmiany okoliczności w okresie od ogłoszenia zamówienia do unieważnienia postępowania; 2) opracowanie graficzne pt. *„Charakterystyka transportu urobku ze* ścian *i przodków w KWK „Knurów-Szczygłowice" Ruch Szczygłowice poziom 650 m".* Z wykresu wynika, że urobek ze ściany IX miał być transportowany do zbiornika na poziomie 650 m, natomiast ze ściany XXV do zbiornika na poziomie 850 m. Przedmiotem zamówienia jest obsługa trzech przenośników oznaczonych na wykresie 1, 2, 3 (oznaczenie kolorem fioletowym, prawa dolna część wykresu) i do obsługi powyższego zamawiający wymagał 24 osób na dobę, po 6 osób na zmianę (4 zmiany). Przedstawiony stan faktyczny dotyczy lipca-sierpnia 2015 r. Od lipca 2015 r. w zakresie ściany IX znacznie spadły postępy wydobycia (zaburzenie geologiczne), zatem zamawiający przyjął, że prace na ścianie znacznie się wydłużą i z tego powodu nie będzie dysponował pracownikami do obsługi przenośników na poziomie 850 m (wykonanie kształtowało się wówczas na poziomie 20-30 m). Dla obsługi przenośników związanych ze ścianą IX zamawiający zatrudniał 16 osób na dobę, na 4 zmiany. Zamawiający ocenił, że praca na ścianie IX może potrwać nawet do końca 2016 r. Od lutego 2016 r. na ścianie IX poprawiły się warunki o tyle, że zwiększyły się postępy robót do 70-80 m miesięcznie.

5. Wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie odwołującego, że postęp prac w poszczególnych miesiącach na przełomie lat 2015/2016 był następujący: lipiec 30 m, sierpień 20 m, wrzesień 15 m, październik 8 m, listopad 34 m, grudzień 60, styczeń 75, luty 65 m; do końca kwietnia br. ściana IX zakończy swój bieg.
6. Wskazał, że drugą przyczyną decyzji zamawiającego był fakt, że urobek ze ściany XXV był transportowany na poziom 850 m siedmioma przenośnikami obsługiwanymi przez pracowników kopalni.
7. W odpowiedzi na pytanie, co spowodowało konieczność wszczęcia postępowania skoro pracownicy zamawiającego obsługiwali cały odcinek do zbiornika 1, zamawiający

wyjaśnił, że na dzień wszczęcia postępowania o udzielnie zamówienia (zamieszczenie ogłoszenia o zamówienia w siedzibie zamawiającego) wiadomym było, że na koniec roku 2015 r. odejdzie z kopalni około 10 osób, które obsługiwały przenośniki, na ogólną liczbę 90 osób. Zamawiający wymagał, by wykonawca wykonujący zamówienie dysponował 24 osobami do obsługi przenośników. W lipcu i sierpniu 2015 r. ze ściany XXV, tj. z chodnika 23b w kierunku poziomu 650 m, istniały w sumie cztery przenośniki.

8. Na mocy odpowiednich umów (wraz z aneksem), obecny odwołujący (wykonawca ówczesnego zamówienia), przebudowywał pochylnię 78 na odcinku przyszłego przenośnika nr 5 – ustalony termin wykonania do końca marca 2016 r. Odwołujący wykonał przebudowę pochylni 78 do końca grudnia 2015 r. Kopalnia zbudowała przenośnik i na początku marca 2016 r. uruchomiła odstawę urobku na poziom 650 m. Osoby obsługujące przenośniki 4, 5, 6 stały się zbędne. Przez przekierowanie odstawy na poziom 650 m, zamawiający odzyskał 8 pracowników na dobę.
9. Ściana XXV miała zakończyć bieg w połowie czerwca 2016 r., w lutym 2016 r. podjęto decyzję o wydłużeniu biegu ściany o kolejne 200 m, co pozwoli na prowadzenie tej ściany do końca 2016 r. (na wykresie ściana XXV w lewej części arkusza zakreślona kolorem zielonym). Zakończone wykonanie pochylni 78 na przenośniku 5 nastąpiło 7 marca 2016 r. Wiedzę o wykonaniu przenośnika nr 5 na pochylni 78, zamawiający powziął na początku stycznia 2016 r. W harmonogramie prac z 4 marca 2016 r. zaznaczono (wydłużono) bieg ściany XXV ze wskazaniem okresu do końca 2016 r. Decyzja o powyższym została podjęta w lutym 2016 r. na naradzie, jakie odbywają się na koniec każdego miesiąca u dyrektora kopalni.
10. Odnośnie ściany III przedstawionej w prawym górnym rogu wykresu, zamawiający wyjaśnił, że ściana ta w miesiącach lipiec-sierpień 2015 r. była planowana do drążenia począwszy od marca 2016 r. Ponieważ wypadła z planu na skutek spraw finansowych i została przesunięta na styczeń 2017 r., pracownicy, którzy mieli obsługiwać odcinki 1, 2, 3, 4 (zaznaczenie na wykresie kolorem – ciemny fiolet/granat) pozostali w dyspozycji zamawiającego, jest to 16 osób na dobę. Odnośnie decyzji o przesunięciu przygotowań do eksploatacji ściany III, zamawiający wyjaśnił, że w harmonogramie, którym dysponuje jako termin oznaczono początek 2017 roku, zaś decyzja w tym przedmiocie została

podjęta na początku stycznia 2016 r.

11. Urobek ze ściany XXV transportowany jest na poziom 650 m od początku marca br. i będzie transportowany w ten sposób do końca 2016 r., wówczas nastąpi zakończenie tej ściany.
12. Na wykresie graficznym nie przedstawiono ściany XV ze względu na brak miejsca. Ściana ta byłaby umiejscowiona na poziomie 850 m, na wykresie po prawej stronie zbiornika nr 1. Urobek z tej ściany jest i będzie transportowany do końca grudnia 2017 r. do zbiornika nr

1. Te czynności stanowią przedmiot ocenianego postępowania w zakresie pierwszych trzech przenośników umiejscowionych przed zbiornikiem nr 1. Na skutek wskazanych zmian, zamawiający jest w stanie wykonać tę odstawkę urobku z wykorzystaniem swoich pracowników, których aktualnie posiada nadmiar.

13. Zamawiający wskazał, że na podstawie przedstawionego wykresu graficznego, stanowiska w przedmiocie wszczęcia i unieważnienia postępowania (opracowanie pisemne złożone do akt sprawy) oraz dokumentów poprzedzających unieważnienie postępowania (w dokumentacji postępowania), uznał, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności i zmiany tej w dacie podejmowania decyzji o wszczęciu postępowania nie mógł przewidzieć. W zakresie prowadzenia postępowania w kontekście interesu publicznego wskazał, że zapewnienie wykonania robót własnymi pracownikami spowoduje odstąpienie od konieczności zwalniana pracowników kopalni. Podniósł, że w aktualnym stanie gospodarczym zwalnianie pracowników byłoby ocenione nagannie, szczególnie w sytuacji, gdy na terenie zamawiającego, poza zatrudnieniem w kopalni, brak jest innych miejsc prac. Znaczenie ma również fakt, że kopalnia dokonuje znacznych wpłat pieniężnych zasilających budżet miasta, z tytułu obligatoryjnych opłat związanych z prowadzoną działalnością. Kompania Węglowa S.A. jest największym pracodawcą górniczym w Europie zatrudniającym około 40 tys. pracowników, a JSW S.A. zatrudnia około 20 tys. Powyższe okoliczności wskazują, że mimo zróżnicowanego podejścia do przesłanki interesu publicznego, unieważnienie postępowania uzasadnione jest z powodu braku zasadności dalszego jego prowadzenia.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, co do wykorzystania pracowników w kolejnych ogłoszonych postępowaniach. Uznał, że zaoszczędzonych pracowników zamawiającego można wykorzystać do kolejnych przetargów, które zostały ogłoszone później (pozycje – górnik z uprawnieniami PTZ). Reasumując, odwołujący wskazał, że w jego ocenie, nie miały miejsca okoliczności nadzwyczajne, jeśli chodzi o zmianę sposobu odstawy urobku i w sumie zdaniem odwołującego, nie zostały w pełni spełnione przesłanki stanowiące podstawę unieważnienia postępowania, biorąc pod uwagę następne ogłoszone postępowania w zakresie, których pracownicy zamawiającego mogliby wykonywać mniej skomplikowane roboty. Ponadto wskazał, że zwiększenie postępu ściany wzrosło od listopada 2015 r., zatem zamawiający mógł przewidzieć polepszenie sytuacji na tym odcinku.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko podkreślając, że w górnictwie nie ma możliwości przewidzenia wszelkich zdarzeń, gdyż w każdej sytuacji wystąpienia zjawisk geologiczno-górniczych może nastąpić zmiana postępu ściany, zwiększenie lub

zmniejszenie, bądź całkowite zaprzestanie postępu, podobnie jak wystąpiło to w postępie ściany IX. Na pytanie o możliwość podjęcia decyzji przez KWK „Knurów-Szczygłowice” o przesunięciu pracowników w poszczególnych kopalniach Ruch Szczygłowice i Ruch Knurów, zamawiający, co do zasady, wskazał na taką możliwość, zastrzegł jednakże, że każda kopalnia stawiałby opór, gdyż byłoby to zabieranie pracowników do prac na innym odcinku. Zamawiający podkreślił, że postępowania 5/IV/16 i 6/IV/16 dotyczą robót górniczych i budowlanych w kopalni Ruch Knurów, postępowanie 7/ZZ/16 dotyczy robót związanych z obsługą i konserwacją układu transportu urobku w kopalni Ruch Knurów, zaś postępowanie oceniane – to obsługa odstawy zbiorczej na poziomie 850 m w kopalni Ruch Szczygłowice.

W dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, przekazanej Izbie przez zamawiającego, zamieszczono w zakresie unieważnienia postępowania PN nr 57/ZZ/15, następujące dokumenty:

1. Wniosek z 02.03.2016 r. (znak: TG-Sz/0770/13/2016) JSW S.A. Kopalni Węgla Kamiennego „Knurów-Szczygłowice" skierowany do Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. o unieważnienie postępowania, w którym wskazano trudną sytuację ekonomiczną JSW S.A. oraz ograniczenie finansowe na usługi wiertniczo-górnicze. Wskazano też ukończenie przezbrojenia odstawy urobku ze ściany XXV w pokł. 401/1 i jej uruchomienie na poz. 650 m oraz planowane w marcu 2016 r. zakończenie eksploatacji ściany IX w pokł. 408/1, co powoduje, że Kopalnia będzie w stanie sama zrealizować zakres robót objętych przedmiotem zamówienia.
2. Wniosek z 03.03.2016 r. (znak: TG-Sz/0770/14/2016) JSW S.A. Kopalni Węgla Kamiennego „Knurów-Szczygłowice" skierowany do Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., w którym dodatkowo wskazano w stosunku do wniosku z 02.03.2016 r., że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć oraz, że będąc w trudnej sytuacji finansowej, w jakiej znalazła się ostatnio JSW S.A., realizacja zamówienia przez wykonawcę zewnętrznego jest nieuzasadniona ekonomicznie.
3. Dokumenty z 10.03.2016 r. dotyczące przedmiotowego postępowania: 1) Notatka komisji przetargowej, 2) Informacja o przebiegu postępowania skierowana dla Zarządu JSW S.A., ze wskazaniem podstaw do unieważnienia postępowania, 3) Wniosek komisji przetargowej skierowany do Kierownika zamawiającego w sprawie unieważnienia postępowania.
4. Uchwała nr 137/VIII/2016 Zarządu Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z dnia 16.03.2016 r. unieważniająca przedmiotowe postępowanie, z uwagi na wystąpienie istotnej zmiany

okoliczności powodującej, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.
5. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 16.03.2016 r. znak: ZZ.228-248/16 Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. skierowane do Dyrektora KWK „Knurów-Szczygłowice" wraz z kopią uchwały zarządu.
6. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 16.03.2016 r. znak: ZZ.228-243/16 Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. skierowane do odwołującego.

Izba zważyła, co następuje.

Wobec nie wystąpienia podstaw do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w granicach przedstawionych w nim zarzutów, z uwzględnieniem złożonych dowodów i wyjaśnień stron postępowania odwoławczego i ich pełnomocników.

Odwołujący wykazał okoliczności potwierdzające spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniających go do wniesienia odwołania.

Odwołanie podlega oddaleniu, wobec wykazania przez zamawiającego okoliczności odpowiadających przesłankom określonym w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowiący, 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, zawiera normę obligującą zamawiającego do podjęcia czynności, obwarowaną wymaganiem kumulatywnego spełnienia przesłanek wskazanych w przepisie.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów oraz piśmiennictwie przyjmuje się odnośnie istotnej zmiany okoliczności, że zmiana w rozumieniu wskazanego przepisu, powodująca skutek w postaci unieważnienia postępowania, to pewne wydarzenia lub okoliczności mające wpływ na prowadzone postępowanie lub przedmiot zamówienia.

Wymagane jest by zmiana okoliczności wystąpiła już w czasie podejmowania decyzji o unieważnieniu, gdyż niewystarczające jest samo zagrożenie zmianą, konieczne jest by unieważnienie postępowania było reakcją na zdarzenie, które już nastąpiło (Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 11 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 45/2008).

Istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana

z przedmiotem i terminem wykonania zadania (Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 1 grudnia 2003 r., sygn. akt V Ca 224/03).

15

Przez istotną zmianę okoliczności należy rozumieć zaistnienie pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, że kontynuowanie postępowania przetargowego nie leży w interesie publicznym (Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 7 lipca 2009 r., sygn. akt V Ca 1187/2009).

Odnośnie interesu publicznego, w doktrynie wskazuje się, że kategoria interesu publicznego jest pojęciem nieostrym, niedookreślonym. Trybunał Konstytucyjny w uchwale z 12 marca 1997 r., sygn. akt W 8/96, wskazał pojęcie interesu publicznego uznając, że za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.

Interes publiczny powinien być postrzegany jako cel, dla którego zaspokojenia miało być realizowane zamówienie, który to cel zaspokaja konkretnie wskazane potrzeby społeczne (wyrok KIO z 29 marca 2011 r., sygn. akt KIO 601/11).

Interes publiczny jest potrzebą ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, grupy zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą (wyrok KIO z 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 262/08).

Przesłanka nieprzewidywalności zmiany okoliczności, ziszcza się wówczas, gdy zamawiający w czasie ogłaszania postępowania nie był w stanie przewidzieć zmiany okoliczności i nie mógł spodziewać się, że takie zdarzenia nastąpią.

W wyroku z 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 606/11, Izba wskazała, że w przedmiocie kategorii przewidywalności czynniki zewnętrzne nie mają przesądzającego wpływu na wykonanie zamierzonych planów.

Oceniając zastosowanie normy art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, z uwzględnieniem zasad interpretacyjnych przepisu wynikających z powołanego orzecznictwa, jako podstawy unieważnienia postępowania na „Roboty *górnicze w zakresie obsługi odstawy zbiorczej na poziomie 850 dla JSW S.A. KWK „Knurów-Szczygłowice" Ruch Szczygłowice",* zamówienie sektorowe – usługi, nr 57/ZZ/15, Izba uznała.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęte 22 grudnia 2015 r., przewidujące obsługę 3 przenośników (4 punkty przesyłowe), przygotowywane w okresie lipiec-sierpień 2015 r., uwzględniało aktualne w tamtym czasie ustalenia co do obsługi odstawy urobku i zabezpieczenia środków finansowych w planie techniczno-ekonomicznym w zakresie usług wiertniczo-górniczych.

16

O przekierowaniu odstawy urobku ze ściany XXV z poz. 850 m na istniejącą odstawę na poziomie 650 m, zamawiający podjął decyzję w marcu 2016 r., po uprzednim zakończeniu przebudowy pochylni 78 i podjęciu decyzji o wydłużeniu biegu ściany XXV w pokł. 401/1 o ok. 190-200 mb. Zgodnie z harmonogramem biegu ścian z marca 2016 r., czynności te pozwolą na prowadzenie wydobycia ze ściany XXV do końca grudnia 2016 r. Zakończenie eksploatacji ściany IX, w wyniku poprawy w lutym br. warunków geologicznych i uzyskania zwiększonych postępów, następuje w kwietniu br. Czynności te pozwoliły kopalni na „odzyskanie" 24 pracowników/dobę (tylu, ilu było potrzebnych do obsługi odstawy urobku na poz. 850 m). Na skutek wskazanych czynności oraz przeniesienia robót związanych z rozcinką ściany III w pokł. 408/3 (przygotowaniem ściany do eksploatacji) na 2017 r. w związku z „cięciem" wydatków w planie techniczno-ekonomicznym kopalni, zamawiający „odzyskał" kolejnych 16 pracowników/dobę.

Korekta planu techniczno-ekonomicznego w zakresie usług wiertniczo-górniczych z początkowej kwoty 56,9 mln zł, pomniejszonej w okresie styczeń-marzec 2016 r. do kwoty ok. 40 mln zł, czyni niezasadnym prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w wyniku, którego zamawiający będzie zobowiązany powierzyć obowiązki odstawy urobku

wykonawcy zewnętrznemu za cenę 5 235 566,50 zł.

Złożone przez zamawiającego dowody oraz merytoryczne wyjaśnienia pełnomocników, jednoznacznie wskazują, że istotna zmiana okoliczności, których nie można było przewidzieć z całą pewnością w dacie wszczęcia postępowania (zmienność warunków geologicznych oraz finansowych), nastąpiła w okresie po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia.

Zmiana okoliczności miała charakter nieprzewidywalny. Kategoria przewidywalności, jak wskazano wyżej (wyrok z 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 606/11), referuje się do zwykłych warunków prowadzenia działalności, w których czynniki zewnętrzne nie mają przesądzającego wpływu na wykonanie zamierzonych planów.

Zamawiający wszczynając postępowanie miał podstawy przypuszczać, że w wyniku rozstrzygnięcia postępowania będzie mógł zrealizować usługę w sposób opisany w SIWZ. Nawet przy zachowaniu należytej staranności, w przedstawionych okolicznościach sprawy, nie mógł przewidzieć, że wystąpi możliwość zrealizowania zamówienia własnymi siłami oraz wystąpi zmniejszenie planu techniczno-ekonomicznego w zakresie usług wiertniczo-górniczych o ok. 19,6 mln zł. W dacie wszczęcia postępowania zamawiający dysponował stosownymi środkami umożliwiającymi zawarcie umowy z odwołującym za cenę wskazaną w ofercie.

Stwierdzenie istnienia lub braku spełnienia przesłanek stanowiących podstawy unieważnienia postępowania jest badane indywidualnie, w okolicznościach konkretnego przypadku. Prowadzenie postępowania celem zrealizowania zamówienia przez wykonawcę zewnętrznego w sytuacji, gdy wystąpiła możliwość wykonania zamówienia własnymi siłami, przy jednoczesnym obowiązku zapewnienia pracy osobom zatrudnionym przez zamawiającego, nie leży w interesie publicznym.

Interes publiczny w ujęciu zadań zamawiającego, to realizacja zadań ustawowych (statutowych), dla których realizacji został utworzony podmiot. Zatem, interes publiczny w badanej sprawie winien być oceniany z uwzględnieniem potencjału kadrowego, sytuacji finansowej i uwarunkowanej nimi możliwości realizacji usługi.

Izba wskazuje, że orzecznictwo przywołane w tym postępowaniu oraz innych postępowaniach w przedmiocie unieważnienia postępowania, czy w postępowaniach dotyczących innych czynności lub zaniechania przez zamawiającego ustawowych obowiązków, stanowi wskazówkę interpretacyjną, gdy stan faktyczny sprawy jest, jeśli nie tożsamy, to przynajmniej porównywalny ze stanem rozpoznawanym.

Z tych względów Izba podziela stanowisko przyjęte w wyroku z dnia 13 września 2013 r., sygn. akt 2104/13 wskazującym, że wykonanie zamówienia siłami własnymi, stanowi istotną zmianę okoliczności, która przesądza, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, a jednocześnie nie można jej było przewidzieć.

Zatem, ograniczenie środków finansowych i możliwość wykonania zamówienia własnymi siłami w ocenianym postępowaniu, powoduje, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Powołany interes publiczny nie jest jedynie utożsamiany z interesem ekonomicznym zamawiającego. Nie można pomijać, że prowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia w sytuacji, w której pracownicy zamawiającego ze względu na zmianę sposobu realizacji obsługi urobku są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia, przeczy interesowi publicznemu. Udzielenie zamówienia oznaczałoby konieczność redukcji ewentualnie w sposób zatrudnienia, wydatkowania środków nieuzasadniony.

Izba podziela dalsze stanowisko przedstawione w wyroku, wskazujące tożsame okoliczności w przedmiocie roli zamawiającego jako liczącego się pracodawcy na swoim terenie, co z kolei powoduje, że nie sposób dostrzec interesu publicznego w prowadzeniu postępowania i udzieleniu zamówienia publicznego podmiotowi zewnętrznemu.

W wyroku z 7 lipca 2009 r., sygn. akt V Ca 1187/09, oddalającym skargę wykonawcy kwestionującego unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, Sąd Okręgowy

w Warszawie uznał, że *„Należy przyjąć, iż sformułowanie treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp, w którym mowa o zmianie okoliczności należy rozumieć jako zaistnienie pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania przetargowego nie leży w interesie publicznym. Za takie zdarzenie należy bez wątpienia uznać blokadę* środków *przeznaczonych na finansowanie zamówienia. (…) Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 nie wymaga zaistnienia okoliczności „potwierdzonych urzędowo", ale okoliczności, które z obiektywnego punktu widzenia należy ocenić jako uzasadniające tezę, iż dalsza procedura przetargowa nie służy interesowi publicznemu."*

Izba podzieliła też stanowisko przedstawione w wyroku Izby z dnia 3 września 2013 r., sygn. akt KIO 2006/13, w którego uzasadnieniu wskazano m.in.:

1) nawet niewielka zmiana przedmiotu zamówienia, która ma wymierne znaczenie dla zamawiającego, może wywoływać uzasadnione podstawy do unieważnienia postępowania;
2) niezasadnym byłoby nakazywanie zamawiającemu nabycia określonych dóbr, które będzie posiadał w wyniku pozyskania z realizacji innej umowy (przesłanka związana z interesem publicznym, rozumianym jako ograniczenie bądź uniknięcie wydatkowania środków publicznych w zakresie, w jakim nie jest to niezbędne);
3) wydatkowanie środków publicznych powinno następować przy optymalnym doborze metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, co z kolei gwarantuje efektywność i uzyskiwanie jak najlepszych rezultatów przy określonych nakładach;
4) żądania odwołującego sprowadzające się do próby kontynuowania postępowania w kształcie dotychczasowym, niewątpliwie musiałyby doprowadzić do znacznych szkód majątkowych ze wszystkimi tego konsekwencjami dla zamawiającego.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o możliwości nakazania zamawiającemu kontynuowania postępowania w taki sposób, by następne wszczęte postępowania o udzielenie zamówienia na rzecz innych kopalni i o innych przedmiotach zamówienia, były zmieniane w takim zakresie, który pozwoli zamawiającemu na wykorzystanie własnych pracowników, odzyskanych na skutek zmian w sposobie odstawy urobku. Żądanie takie nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp, zaś nakazanie wykonania takich czynności stanowiłoby nieuzasadnioną ingerencję w zakres domeny zamawiającego.

Reasumując powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 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. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: ……