

WYROK
z dnia 12 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 24 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę Garden Designers D. i Wspólnicy s.j. z siedzibą w Lublinie,

B. w dniu 24 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Świdnik

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu Gminie Miejskiej Świdnik unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Miejską Świdnik i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Garden Designers D. i Wspólnicy s.j. z siedzibą w Lublinie i wykonawcę AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Zamawiającego Gminy Miejskiej Świdnik kwotę 34 275 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy), w tym:

A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Garden Designers D. i Wspólnicy s.j. z siedzibą w Lublinie

1

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę 15 675 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy sześćset siedemdziesiąt pięć trzy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zwrotu kosztów przejazdu i noclegu.

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

Przewodniczący:.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miejska Świdnik, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 15, 20-040 Świdnik wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w

trybie przetargu nieograniczonego na zadanie: Oczyszczanie terenów komunalnych oraz utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Gminy Miejskiej Świdnik w latach 2017 – 2019, znak sprawy: WIZ-Z.271.55.2016.

Ogłoszenie o zamówieniu nr 2016/S 243-444438 opublikowano w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 16.12.2016 r.

KIO 814/17

W dniu 13.04.2017 r. Odwołujący: Garden Designers D. i Wspólnicy s.j., ul. Nowy Świat 30, 20-418 Lublin otrzymał od Zamawiającego informację o unieważnieniu przedmiotowego przetargu ze wskazaniem jako podstawy prawnej art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, uzasadniając, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, a także ze wskazaniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, twierdząc, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 24.04.2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Powyżej wskazanej czynności Zamawiającego zarzucił:

- 1) naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp — poprzez unieważnienie postępowania, mimo iż nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, a zmiany okoliczności zostały wykreowane przez samego Zamawiającego - Gminę Miejską Świdnik,
- 2) naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp — 3

poprzez unieważnienie postępowania, mimo iż nie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

- 3) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniami, o którym mowa w art. 1 i 2 - poprzez prowadzenia postępowania w sposób, który nie zapewnia zasad proporcjonalności i przejrzystości.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu;
- 3) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem złożył ważną, niepodlegającą odrzuceniu, najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowym postępowaniu, jednakże niezgodna z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego, tj. unieważnienie postępowania uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia.

Podniósł, że powyższe przekłada się na możliwość poniesienia przez niego szkody wyrażającej się w utracie możliwości realizacji zamówienia objętego postępowaniem.

W ocenie Odwołującego ze wskazanymi powyżej podstawami unieważnienia postępowania nie sposób się zgodzić, zaś czynność Zamawiającego narusza wskazane przepisy ustawy Pzp i została wykreowana przez niego samego na użytek przedmiotowego unieważnienia, a zatem nie może stanowić podstawy unieważnienia postępowania.

Przed wszystkim Odwołujący wskazał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie zaistniały podstawy do unieważniania postępowania w oparciu o przesłanki, wynikające z treści art. 93 ust. 1 pkt 6 ani pkt 7 ustawy Pzp.

Podkreślił przy tym, że unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i powinno być stosowane w szczególnych sytuacjach, jako odstępstwo od zasady, że wszczęte postępowanie winno zakończyć się zawarciem umowy z wybranym wykonawcą. W żadnym razie przesłanek unieważnienia, w tym także określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6 i pkt 7 Pzp, nie można interpretować rozszerzająco. 4

1. Zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w treści uzasadnienia wskazał następujące uzasadnienie faktyczne i prawne swojej czynności:

1. „art.93 ust.1 pkt 6 Pzp, „wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć”

W dniu 15 marca 2017r. Rada Miasta Świdnik podjęła uchwałę Nr XXXV/349/2017 w sprawie zmiany uchwały Nr XXVIII/228/92 Rady Miejskiej w Świdniku z dnia 8 czerwca 1992 r. w sprawie przekształcenia Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Świdniku zmienionej uchwałą Nr XL/406/2014 Rady Miasta Świdnik z dnia 6 lutego 2014r. Zgodnie z § 1 tej uchwały Rada Miasta Świdnik powierzyła z dniem 15 marca 2017r. Przedsiębiorstwu Komunalnemu „Pegimek” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do realizacji zadania własne Gminy Miejskiej Świdnik w zakresie utrzymania zieleni oraz utrzymania dróg i terenów komunalnych. W momencie wszczęcia postępowania nie można było przewidzieć, że Rada Miasta powierzy spółce komunalnej realizację zadań własnych Gminy. Jest to wyłączna kompetencja Rady Miasta. W tej sytuacji udzielenie zamówienia w trybie przetargu nie leży w interesie publicznym i jest niemożliwe pod względem prawnym. Powierzenie zamówienia Spółce pozwoli na utrzymanie kilkudziesięciu miejsc pracy oraz lepiej zaspokoi interes publiczny mieszkańców Gminy Miejskiej Świdnik.”.

W związku z powyższym Odwołujący wskazał, że nie jest okolicznością, której nie można było przewidzieć w momencie wszczęcia postępowania fakt, że spółka komunalna PEGIMEK zajmuje się realizacją zadań własnych gminy w zakresie objętym przedmiotowym postępowaniem.

Według Odwołującego okoliczność ta wynika już z Uchwały Nr XL/406/2014 Rady Miasta Świdnik z dnia 6 lutego 2014 r. w sprawie: zmiany Uchwały XXVIII/228/92 Rady Miejskiej w Świdniku z dnia 8 czerwca 1992r. w sprawie przekształcenia Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Świdniku.

Zauważył, że w przedmiotowej uchwale na podstawie: art. 7 ust. 1, art 9 ust 1, art. 18 ust. 2 pkt. 9 lit. f) ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (tj. Dz. U. z 2013, poz. 594 z późn. zm.), art. 2, art 4 ust. 1 pkt 1, art 9 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (tj. Dz.U. z 2011. Nr 45,poz. 236) oraz art. 151 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000r. Kodeks spółek handlowych (tj. Dz.U. 2013.1030 z późn. zm.) po 5

zaopiniowaniu przez Komisję Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Rady Miasta Świdnik, uchwalono co następuje:

„§ 1. Paragraf 1 Uchwały nr XXVIII/228/92 Rady Miejskiej w Świdniku z dnia 92.06.08 w sprawie przekształcenia Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Świdniku otrzymuje brzmienie:

„1. Przekształcić Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w jednoosobową spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, w której jedynym udziałowcem jest Gmina Miejska Świdnik

2. Celem działalności Spółki, o której mowa w ust 1, będzie wykonanie następujących zadań własnych Gminy Miejskiej Świdnik o charakterze użyteczności publicznej:

- 1) zarządzanie budynkami i lokalami socjalnymi, mieszkalnymi i użytkowymi wchodzącymi w skład zasobu komunalnego Gminy Miejskiej Świdnik,
- 2) zarządzanie szalekami miejskimi,
- 3) utrzymanie kanalizacji deszczowej,
- 4) zarządzanie targowiskami miejskimi,

- 5) zarządzanie obiektami sportowymi,
- 6) utrzymanie sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej,
- 7) zarządzanie cmentarzem komunalnym,
- 8) utrzymanie zieleni i zadrzewień,
- 9) utrzymanie dróg i terenów komunalnych

3. Przedsiębiorstwo Komunalne „PEGIMEK” spółka z ograniczoną

może inną w odpowiedzialnością wykonywać również działalność gospodarczą, szczególności świadczyć usługi na rzecz osób trzecich (w tym usługi zarządzania nieruchomościami), z zastrzeżeniem, że przychody z działalności realizowanej na rzecz Gminy Świdnik będą stanowiły większą część przychodów Spółki.

4. Powierza się Przedsiębiorstwu Komunalnemu „PEGIMEK” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do realizacji zadania własne Gminy Miejskiej Świdnik określone w ust. 2 pkt 1 - 3),

5. Gmina Miejska Świdnik zapewni w budżecie Miasta odpowiednie środki, potrzebne do bieżącego finansowania realizacji zadań wskazanych w ust. 2.

6. Szczegóły dotyczące zakresu i sposobu realizacji zadań, o których mowa w ust 2, określone będą zarządzeniami Burmistrza Miasta Świdnik”,

§ 2. Wykonanie uchwały powierza się Burmistrzowi Miasta Świdnik.

§ 3. Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia. ”.

Odwołujący wskazał w dalszej kolejności, że w Uchwale Nr V/55/2015 Rady Miasta Świdnik z dnia 12 marca 2015 r. w sprawie zmiany Uchwały XXVIII/228/92 Rady Miejskiej w Świdniku z dnia 8 czerwca 1992 r. w sprawie przekształcenia Przedsiębiorstwa Gospodarki

6

Komunalnej i Mieszkaniowej w Świdniku, na podstawie: art. 7 ust. 1 i art. 9 ust. 1 art. 18 ust.2 pkt.9 lit.f ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tj. Dz. U z 2013 , poz. 594 z późn. zm.) art.2, art.4 ust.1, art.9 ust.1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (tj. Dz. U. Z 2011, Nr 45, poz. 236) oraz art. 151 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tj. Dz. U. z 2013 poz. 1030 z późn. zm.) po zaopiniowaniu przez Komisję Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Rada Miasta Świdnik uchwalaono, co następuje:

„§ 1. W uchwale XXVIII/228/92 Rady Miejskiej w Świdniku z dnia 8 czerwca 1992 r. w sprawie przekształcenia Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Świdniku zmienionej Uchwałą Nr XL/406/2014 Rady Miasta Świdnik z dnia 06 lutego 2014 r. w § 1 otrzymuje brzmienie:

„ 4. Powierza się Przedsiębiorstwu Komunalnemu „PEGIMEK” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do realizacji zadania własne Gminy Miejskiej Świdnik określone w ust2 pkt 1-3 i 7”

§ 2. Wykonanie uchwały powierza się Burmistrzowi Miasta Świdnik § 3. Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia. ”.

Odwołujący wyjaśnił, że kolejna uchwała w tej sprawie została podjęta w dniu 15 marca 2017 r., tj. po wszczęciu postępowania i po terminie składania ofert, który upłynął w dniu 24.01.2017 r., kiedy Zamawiającemu był znany krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie i fakt, że spółka PEGIMEK złożyła ofertę z ceną 10 945 508,61 zł brutto, która przekracza kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 10 022 025,00 zł brutto.

Wskazał, że cena oferty złożonej przez Odwołującego wynosiła 9.430,389,35 zł, nie podlegał on wykluczeniu z postępowania, oferta złożona przez niego była ważna i spełniała wszystkie wymagania SIWZ, a zatem winna być uznana za najkorzystniejszą.

W ocenie Odwołującego w okresie pomiędzy 24.01.2017 r. a 15.03.2017 r. Zamawiający mógł rozstrzygnąć przedmiotowe postępowanie i udzielić zamówienia Odwołującemu, jednakże Zamawiający podjął uchwałę, na mocy której powierzył spółce komunalnej PEGIMEK realizację zadań objętych przedmiotem zamówienia.

Wskazał również, że w Uchwale Nr XXXV/349/2017 Rady Miasta Świdnik z dnia 15 marca 2017 r. zmieniającej uchwałę w sprawie przekształcenia Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Świdniku na podstawie: art. 7 ust 1 i art. 9 ust 1. art. 18 ust 2

pkt 9 lit.f ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2016 r. poz. 446, 1579 i 1948) art. 2 , art. 4 ust. 1, art. 9 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o 7

gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2016 r. poz. 573, 960, 1920 i 2260) oraz art. 151 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1578, 996, 1579, 2255 i 2260) po zaopiniowaniu przez Komisję Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Rada Miasta Świdnik uchwalono, co następuje:

„§ 1. W uchwale XXVII/228/92 Rady Miejskiej w Świdniku z dnia 8 czerwca 1992 r. w sprawie przekształcenia Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Świdniku zmienionej Uchwałą Nr XL/406/2014 Rady Miasta Świdnik z dnia 06 lutego 2014 r. oraz Uchwałą Nr V755/2015/ Rady Miasta Świdnik z dnia 12 marca 2015 r.

§ 1 ust. 4 otrzymuje brzmienie:

„ 4. Powierza się Przedsiębiorstwu Komunalnemu „PEGIMEK” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do realizacji zadania własne Gminy Miejskiej Świdnik określone w ust. 2 pkt 1-317 oraz 8-9. ”

§ 2. Wykonanie uchwały powierza się Burmistrzowi Miasta Świdnik;

§ 3. Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.”.

Podkreślił przy tym, że spółka została powołana m.in. w celu realizacji tych zadań, jednak Zamawiający zdecydował się wszcząć i prowadzić postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, mimo iż możliwość udzielania tzw. zamówień in-house była dostępna Zamawiającemu jeszcze przed dniem wszczęcia postępowania.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania konkurencyjnego, bowiem zdał sobie sprawę, że może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki i w tym celu podjął czynności mające zniweczyć skutki ogłoszonego postępowania.

Podkreślił także, że poprzez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający podjął decyzję, żeby przedmiotowego zamówienia poszukiwać na zasadach pełnej konkurencji, które to działanie może przynieść mu oszczędności w wysokości różnicy pomiędzy kwotą jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a ceną oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiającym w tym postępowaniu jest Gmina Miejska Świdnik, nie zaś jeden z jej organów.

Podniósł, że zgodnie z przepisem art. 11a ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym: „Organami gminy są 1) rada gminy; 2) wójt (burmistrz, prezydent miasta).”.

Tym samym niedopuszczalne jest – zdaniem Odwołującego, aby Zamawiający uzasadniał jako okoliczność zewnętrzną i nieprzewidywalną fakt podjęcia określonych 8

działań przez jeden z organów Zamawiającego.

Przyjęcie odmiennego założenia – w ocenie Odwołującego - prowadziłoby do absurdalnych sytuacji, kiedy Zamawiający działając przez różne swoje organy mógłby w sposób dowolny wpływać na przebieg postępowania uzasadniając to nieprzewidywalnością i zewnętrznym charakterem niemożności dalszego prowadzenia postępowania, w sytuacji gdy de facto wszystkie te działania są działaniami samego Zamawiającego, jak ma to miejsce w tym przypadku.

Zdaniem Odwołującego istotna zmiana okoliczności. której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego. Nie może być zatem uznana za okoliczność nieprzewidywalna taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że fakt istnienia i zakresu działania spółki komunalnej PEGIMEK nie jest okolicznością nową, a zarządzenia co do zakresu realizacji zadań określonych w § ust. 2 Uchwały Nr XL/406/2014 mógł wydawać Burmistrz poczynawszy od 6 lutego 2014 r.

Odwołujący wskazał, że nie ziszcili się materialne przesłanki uprawniające Zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Jednocześnie odnosząc się do interesu uzasadniającego unieważnienie postępowania wskazanego przez Zamawiającego: „W tej sytuacji udzielenie zamówienia w trybie przetargu nie leży w interesie publicznym i jest niemożliwe pod względem prawnym. Powierzenie zamówienia Spółce pozwoli na utrzymanie kilkudziesięciu miejsc pracy oraz lepiej zaspokoi interes publiczny mieszkańców Gminy Miejskiej Świdnik”, Odwołujący argumentował, że nie może on być uznany za interes publiczny.

Zarzucił, że Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego to właśnie: „w tej sytuacji udzielenie zamówienia w trybie przetargu nie leży w interesie publicznym”, a leżało w interesie publicznym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Odwrotnie Odwołujący stwierdził, że to właśnie na obecnym etapie postępowania nie leży w interesie publicznym unieważnienie postępowania z uwagi na brak ustawowych przesłanek dla takiej czynności, co w konsekwencji może narazić Zamawiającego na odpowiedzialność odszkodowawczą. 9

Oświadczył, że podejmując decyzje o uczestnictwie w przedmiotowym postępowaniu podjął określone decyzje biznesowe, skutkujące poniesieniem pewnych kosztów, jak również zrezygnował z ubiegania się o inne zamówienia.

Zaznaczył, że Zamawiający nie wskazuje, że brak jest interesu w wykonaniu zamówienia, a jedynie wskazuje, że interesem tym nie jest udzielenie zamówienia podmiotowi wybranemu w postępowaniu konkurencyjnym.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w dalszym ciągu ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia, jednakże z udziałem innego podmiotu, w którym jest jedynym udziałowcem.

Według Odwołującego za interes publiczny nie może być w tym kontekście uznany fakt, że Zamawiający, jak twierdzi, ma możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki podmiotowi, który - co istotne - złożył w przedmiotowym postępowaniu najdroższą ofertę.

Twierdził, że uprawnienie Zamawiającego do podejmowania decyzji w sprawie porozumień in-house doznaje na tle prawa konkurencji licznych ograniczeń. Przy udzielaniu zamówień typu in-house wskazuje się, że porozumienia takie nie mogą prowadzić do zakłócenia konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców a, czego jawnym przykładem jest niniejsze postępowanie Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego jest to działanie niezgodne przepisem art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, który wskazuje na nadrzędność trybów konkurencyjnych.

W ocenie Odwołującego w tym wypadku można mówić tylko i wyłącznie o interesie Zamawiającego, nie zaś o interesie publicznym, a możliwość zmniejszenia wydatków przez Zamawiającego na realizację zamówienia nie świadczy jeszcze o tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Nie można automatycznie utożsamiać interesu publicznego z interesem ekonomicznym zamawiającego. W interesie publicznym leży wykonanie przedmiotowego zamówienia, którego to interesu Zamawiający nie kwestionuje.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że możliwość utrzymania miejsc pracy jest irrelevantna z punktu widzenia przesłanek unieważnienia postępowania, bowiem spółka PEGIMEK funkcjonuje na rynku od 2002 roku jako spółka prawa handlowego i fakt nieudzielania od 2017 roku zamówień z wolnej ręki tej spółce nie zachwieje jej równowagą ekonomiczną.

Mając na uwadze powyższe - w ocenie Odwołującego - nie ziszcili się przesłanki 10

dopuszczające unieważnienie postępowania w okolicznościach faktycznych wskazanych przez Zamawiającego.

Przede wszystkim, w opinii Odwołującego - zmiana okoliczności nie jest istotna i trudno mówić o jej nieprzewidywalności, skoro jest następstwem działań samego Zamawiającego.

Zarówno prowadzenie postępowania, a w szczególności wykonanie zamówienia nadal leży w interesie publicznym, który Zamawiający błędnie utożsamia ze swoim interesem jako jedynego udziałowca w spółce, której może powierzyć wykonanie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że nie jest przedmiotem niniejszego odwołania kwestionowanie uprawnienia zamawiającego do udzielenia zamówienia in-house co do zasady, ale możliwość unieważnienia przedmiotowego postępowania w okolicznościach faktycznych i prawnych zakreślonych w niniejszej sprawie.

W opinii Odwołującego - sam fakt istnienia możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, znany Zamawiającemu jeszcze przed wszczęciem postępowania, nie może stanowić podstawy unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie konkurencyjnym.

2. zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w treści uzasadnienia wskazał następujące uzasadnienie faktyczne i prawne swojej czynności:

„ 2. art 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. „postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

Najkorzystniejsza oferta złożona przez firmę Garden Designers określa cenę za całość usługi w latach 2017-2019 w kwocie 9 430 389,35 zł, tak więc kwota przeznaczona przez Zamawiającego na wykonanie przedmiotowego zamówienia jest wystarczającą. Jednak w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający żądał, aby kwota zamówienia została ustalona odrębnie na poszczególne lata oraz oddzielnie na dwa zadania:

- 1) oczyszczanie letnie i zimowe (...)
- 2) utrzymanie zieleni miejskiej (...)

Takie rozdzielenie kosztów występuje również we wzorze umowy. Wszyscy wykonawcy, w tym także Garden Designers złożyli swoje oferty zgodnie ze SIWZ, a więc 11

dokonali podziału ceny zamówienia na poszczególne lata oraz zadania. Na przedsięwzięcie wieloletnie pn. „Oczyszczanie terenów komunalnych, oraz utrzymanie zieleni na terenach Gminy Miejskiej Świdnik w latach 2017-2019” w planie finansowym Urzędu Miasta Świdnik na rok 2017 stanowiącym załącznik do Zarządzenia Nr 1/2017 z dnia 2 stycznia 2017r. w sprawie planu finansowego Urzędu Miasta Świdnik na 2017 rok zaplanowano łącznie wydatki w kwocie 2 700 675,00 zł w dwóch rozdziałach klasy fikać fi budżetowej: rozdział 90003 Oczyszczanie miast i wsi- kwota wydatków 2 169 800,00 zł rozdział 90004 utrzymanie zieleni w miastach i gminach- kwota wydatków 530 875,00 zł

W najkorzystniejszej ofercie złożonej przez firmę Garden Desisners, cena za usługi w 2017r. ustalona została na kwotę 2,83 7.625,33 zł w podziale na

- oczyszczanie - kwota 2.097.205,16 zł

- utrzymanie zieleni - kwota 740.420,17 zł

i znacznie przewyższyła plan wydatków Gminy na 2017 rok o łączną kwotę 136. 950,33 zł w tym w rozdziale 90004 utrzymanie zieleni w miastach i aminach o kwotę 209.545,17zł. Aby uzupełnić brakujące środki finansowe w budżecie Gminy Miejskiej Świdnik w planie finansowym Urzędu Miasta na 2017 rok Burmistrz Miasta przedłożył Radzie Miasta projekt uchwały w sprawie wieloletniej prognozy finansowej Gminy Miejskiej Świdnik zawierający odpowiednie (konieczne) zmiany w wykazie przedsięwzięć wieloletnich , w zakresie przedsięwzięcia pn. „Oczyszczanie terenów komunalnych oraz utrzymanie zieleni na terenach Gminy Miejskiej Świdnik w latach 2017-2019” oraz projekt uchwały w sprawie zmian w uchwale budżetowej Gminy Miejskiej Świdnik na 2017 r. obejmujący powyższe zmiany Na sesji w dniu 7 marca 2017 r. radni nie uchwalili żadnej z dwóch przedłożonych przez Burmistrza uchwał, tym samym Zamawiający nie ma możliwości podpisania umowy z

firmą Garden Desingers. Zawarcie umowy stanowiłoby zaciągnięcie zobowiązań, nie mających pokrycia w planie finansowym oraz w budżecie Gminy Miejskiej Świdnik na rok 2017, a w konsekwencji naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 15 ustawy z 17 grudnia 2004r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013r.poz. 168 z późn.zm). Natomiast zapłata za zrealizowane usługi powyżej środków określonych w planie finansowym Urzędu Miasta Świdnik oraz w budżecie Gminy Miejskiej Świdnik na 2017 r. stanowiłoby naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 11 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W tej sytuacji Zamawiający nie ma możliwości prawnej zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. ”.

Odnosząc się do powyższego uzasadnienia, Odwołujący wskazał - abstrahując w tym miejscu od uzasadnienia prawnego braku zmaterializowania się przesłanki unieważnienia wyrażonej w przepisie art. 97 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - na następujące okoliczności faktyczne związane ze kwestią finansowania zamówienia. 12

Przyznał, że Zamawiający oczekiwał, aby w treści formularza ofertowego wykonawcy rozbili cenę za usługi na poszczególne lata jej świadczenia, jak również na poszczególne kategorie usług, tj. Oczyszczanie terenów komunalnych oraz Utrzymanie zieleni.

Dalej wywodził, że poza powyższym Zamawiający nie przewidział wprost w treści SIWZ, ani na żadnym etapie postępowania nie wyartykułował jakiegokolwiek ograniczenia kwotowego dla usług w poszczególnych latach, które wykonawcy mieli uwzględnić przy konstruowaniu oferty i obliczaniu jej ceny.

Wyjaśnił, że informacja taka pojawiła się dopiero w treści pisma o unieważnieniu postępowania i jako taka nie może być brana pod uwagę w kontekście badania zgodności oferty z SIWZ.

Zauważył, że Zamawiający oszacował przedmiot zamówienia na kwotę 10.140.000,00 zł netto, natomiast w dniu otwarcia ofert podał do publicznej wiadomości, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie wynosi 10.022.025,00 zł brutto.

Przypomniał, że Odwołujący złożył ofertę na kwotę 9.430.389,35 zł brutto, która mieści się w kwocie przeznaczonej przez Zamawiającego.

Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że w Załączniku nr 2 do uchwały budżetowej Gminy Miejskiej Świdnik (uchwała Nr XXXI/321/16 z dnia 28.12.2016 r. Rady Miasta Świdnik z dnia 30 marca 2017 r.) „Plan wydatków budżetu na 2017 rok” w dziale 900 „Gospodarka komunalna i ochrona środowiska” przewidziano następujące kategorie i kwoty wydatków:

- Rozdział 90003 „Oczyszczanie miast i wsi” - wydatki bieżące 3.034.800,00 zł
- Rozdział 90004 „Utrzymanie zieleni w miastach i gminach” - wydatki bieżące 702.275,00 zł.

Stwierdził, że zmiany uchwały budżetowej po dniu jej uchwalenia nie dotyczyły tych kategorii wydatków, a oferta Odwołującego w rozbiciu ceny za usługi do wykonania w 2017 r. zawiera kwotę 2.837.625,33 zł brutto w podziale na: oczyszczanie - kwota 2.097.205,16 zł; utrzymanie zieleni - kwota 740.420,17 zł.

Stwierdził, że cena oferty w części dot. 2017 r. mieści się w budżecie Gminy przeznaczonym na gospodarkę komunalną.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że oferta została wyceniona przy założeniu, 13

że wykonywanie zamówienia rozpocznie się 1.03.2017 r. zgodnie z postanowieniem § 2 wzoru umowy:

».§2

Termin wykonania umowy Wymagany termin realizacji zadania :
- rozpoczęcie od dnia - 01.03.2017 r.

„zakończenie do dnia - 31.12.2019 roku”.

Odwołujący wskazał na postanowienia § 3 i 4 wzoru umowy, które przewidują, że wynagrodzenie jest kosztorysowe, a wskazane w treści umowy kwoty stanowią maksymalne zobowiązanie w danym roku, na co wskazuje brzmienie umowy odnoszące się do wartości wynagrodzenia „w kwocie do...”.

Zauważył, że rozliczenie wynagrodzenia nastąpi kosztorysem powykonawczym, zgodnie z postanowieniem § 4 ust. 1 wzoru umowy: „Za wykonanie przedmiotu umowy ustala się cenę umowną brutto, płatną przez Zamawiającego fakturami miesięcznymi wystawianymi za faktycznie wykonane i odebrane prace. Kosztorysy powykonawcze opracowane na podstawie kosztorysów ofertowych sporządza Wykonawca.”, a zatem faktyczna kwota, która zostanie wydatkowana przez Zamawiającego w 2017 r. będzie znacznie mniejsza, zważywszy, że przedmiot zamówienia będzie wykonywany nie przez 10, ale przez 8 lub mniej miesięcy.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego - w sprawie tej nie zachodzi sytuacja braku środków Zamawiającego na realizację zamówienia publicznego, czego zresztą dotyczy inna przesłanka unieważnienia postępowania, niewskazana przez Zamawiającego.

Przechodząc natomiast do oceny prawidłowości zastosowania przesłanki wskazanej w przepisie art. 93 ust.1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że żadna z okoliczności wskazanych przez Zamawiającego nie stanowi podstawy do potencjalnego unieważnienia umowy.

Według Odwołującego - tylko i wyłącznie wskazane bezwzględne przesłanki do unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 146 ust 1 Prawa zamówień publicznych) oraz przesłanka naruszenia przepisów tej ustawy, które to naruszenie ma wpływ na wynik postępowania mogą stanowić podstawę oceny, czy dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w oparciu o dyspozycję z art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych.

14

Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie nie została przez Zamawiającego wskazana żadna z okoliczności ujętych w art. 146 ust. 1 - 5 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego - wada ta musi być przy tym nieusuwalna. Dlatego też zamawiający, dokonując oceny podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o wskazaną przesłankę ustawową, powinien sięgnąć do art. 146 wskazanej ustawy. Zamawiający, unieważniając postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 omawianego aktu, bierze pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujące unieważnieniem zawartej umowy, określone w art. 146 ust. 1, ale także okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy z art. 146 ust. 5 i 6 tej ustawy. Brak jest natomiast podstaw do unieważnienia umowy na podstawie okoliczności innych niż wynikające ze wskazanych wyżej przepisów. Oznacza to, że stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem tylko i wyłącznie przepisu Prawa zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Odwołujący wskazał, że nie można także pominąć faktu, że możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na niemożliwość do usunięcia wadę mającą wpływ na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy są ograniczone do literalnego brzmienia art. 146 ustawy Pzp.

Podniósł, że stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Tymczasem jako podstawę unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał jedynie swoją potencjalną odpowiedzialność z powodu naruszenia dyscypliny finansów

publicznych, z uwagi na jego zaniedbania związane z odpowiednim rozdzieleniem zabezpieczonych na ten cel środków finansowych.

W opinii Odwołującego nie jest to okoliczność, która stanowi podstawę unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie jest też wadą - tym bardziej nieusuwalną - postępowania, bowiem umożliwia wybór oferty.

Zauważył, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają regulacji, które zobowiązują zamawiającego do zabezpieczenia środków związanych z prowadzonym postępowaniem, jest to materia regulowana przepisami odnoszącymi się do finansów publicznych, które nie 15

mogą stanowić podstawy do unieważnienia postępowania, bowiem przepisy art. 93 ustawy Pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco.

Nie jest to przy tym okoliczność, która nie może być wyeliminowana przez samego Zamawiającego.

Argumentował, że Zamawiający powołując się na kompetencje różnych swoich organów stara się wykazać występowanie zewnętrznej i nieprzewidywalnej przeszkody, podczas gdy są to działania samego Zamawiającego.

Dodatkowo Odwołujący zaznaczył, że sytuacja, w której cena oferty wykonawcy mieści się w kwocie przeznaczony na sfinansowanie zamówienia, nie może stanowić podstawy unieważnienia postępowania.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że w dalszej części uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał, że:

„ 3. Kolejna wada, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczy określenia wymagań w sprawie zatrudnienia osób na umowę o pracę.

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz S1WZ Zamawiający zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp postawił następujące wymagania w sprawie zatrudnienia osób:

1) Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących wskazane poniżej czynności w trakcie realizacji zamówienia:

a) kierowców pojazdów, którymi będą wykonywane usługi zimowego i letniego utrzymania dróg. Zatrudnienie kierowcy na umowę o pracę nie dotyczy Wykonawcy, który prowadząc jednoosobową działalność gospodarczą sam będzie pełnił tę funkcję.

b) Przedstawiciel Wykonawcy - Koordynator. Jest on odpowiedzialny za organizację zimowego utrzymania dróg. Ma on obowiązek ściśle współpracować z przedstawicielem Zamawiającego w planowaniu zakresu prac.

Z opinii wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych zamieszczonej na stronach UZP pt „Opinia dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp” wynika, iż „ (...) Odnajdując czynności mające charakter czynności z Kodeksu pracy; zamawiający będzie zobowiązany do wyspecyfikowania wszystkich tych czynności. Niezgodne z treścią art. 29 ust. 3a ustawy Pzp byłoby wskazanie tylko niektórych czynności, choćby miały znaczenie doniosłe dla zamawiającego i pominięcie innych mających np. znaczenie drugorzędne. Niedopuszczalne będzie zarówno scedowanie tego obowiązku na wykonawcę, np. w formie zapisu, że jeśli wykonawca ujawni po swojej stronie czynności o takim charakterze zobowiązany będzie 16

zawrzeć z pracownikami je wykonującymi umowy o pracę, jak też nadmiernie ogólne ich wskazanie, np. w formie zapisu, że zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności o takim charakterze podczas realizacji, etc. Oba opisane powyżej przypadki nie tylko mogą skutkować złożeniem przez wykonawców nieporównywalnych cenowo ofert (wykonawcy mogą różnie oceniać charakter tego samego stosunku, którego ocena należy do zamawiającego), ale też są niezgodne z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który w odniesieniu do precyzji opisu przedmiotu zamówienia zachowuje swoją moc. ”

W przedmiotowym zamówieniu Zamawiający określił wymóg zatrudnienia przez

Wykonawcę lub podwykonawcę tylko kierowców i kierownika robót. Jest to wymóg zbyt wąski i zgodnie z w/w opinią niewyczerpujący przesłanek z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, gdyż w realizacji przedmiotu zamówienia będą brały udział osoby fizyczne (pracownicy) odpowiedzialne za utrzymanie czystości i porządku, w szczególności wywóz śniegu z chodników, placów i ulic, sprzątanie i utylizacja martwych zwierząt, koszenie trawników w pasach drogowych, na terenach ogólnomiejskich, w parku miejskim oraz terenach niezagospodarowanych; zakładanie trawników, pielęgnacja żywopłotów, w tym: sezonowe cięcie, cięcie odmładzające, karczowanie, odchwaszczanie żywopłotów; pielęgnacja bylin i różanek, kwiatów w donicach oraz kwietników sezonowych, pielęgnacja drzew i krzewów, w tym: usuwanie posuszu, formowanie koron drzew, odmładzanie, karczowanie i odchwaszczanie krzewów pojedynczych i w skupiskach, usuwanie drzew oraz korzeni po ściętych drzewach, pielęgnacja zieleni w parku miejskim, wykonywanie nasadzeń drzew, krzewów i kwiatów. Do tych czynności Zamawiający był zobowiązany określić w przedmiocie zamówienia wymóg zatrudnienia osób, do wykonywania przedmiotowych czynności na umowę o pracę. Nie postawienie przez Zamawiającego przedmiotowego wymogu w świetle powyższej opinii spowodowało, iż złożone oferty są nieporównywalne, gdyż Wykonawcy mogli różnie zinterpretować opis przedmiotu zamówienia w zakresie art.29 ust. 3a ustawy Pzp. Powoduje to nierówne traktowanie wykonawców i złamanie zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, która stanowi fundamentalną zasadę udzielania zamówień. Różnice w interpretacji przez wykonawców i zamawiającego, skutkowałyby tym, iż wykonawcy musieliby być inaczej traktowani. Dalsze prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na zasadzie nierównego traktowania wykonawców jest nie tylko niezgodne z zasadami systemu zamówień publicznych, ale również pozostaje w sprzeczności z obowiązującą zamawiającego, na podstawie przepisów o finansach publicznych, zasadą celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Zamawiający zobowiązany jest dążyć do realizacji zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz efektywności wydatkowania środków publicznych. Mając powyższe na uwadze oraz fakt, iż zamówienie ma być udzielone na okres ponad 2 lat; 17

niedookreślenie w sposób prawidłowy wymagań z art. 29 ust. 3 powoduje, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą.

Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust.1 pkt. 7) w związku z art. 146 ust. 5 i 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na fakt, iż na tym etapie prowadzonego postępowania nie ma możliwości usunięcia wadliwych postanowień specyfikacji i udzielonych Wykonawcom odpowiedzi postępowanie zostaje unieważnione. ”.

W ocenie Odwołującego przedstawione powyżej argumenty nie świadczą o wystąpieniu wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przed wszystkim nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego o nieporównywalności ofert na skutek różnej interpretacji przez wykonawców opisu przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego wbrew temu co twierdzi Zamawiający opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie jest jasny i czytelny - Zamawiający wskazał dwa rodzaje stanowisk, które wymagają zatrudnienia osób na podstawie stosunku pracy. Charakter tych stanowisk nie budził wątpliwości wykonawców.

Podniósł, że Zamawiający nie posłużył się żadnym katalogiem otwartym, przerzucając na wykonawców konieczność indywidualnego zidentyfikowania, które osoby skierowane do wykonania zamówienia winny być zatrudnione na podstawie umowy o pracę, wobec czego nie sposób mówić w tej sytuacji o dowolności interpretacji, prowadzącej do tego, że różni wykonawcy zakwalifikują inne osoby wykonujące pracę w ramach zamówienia.

W tym stanie rzeczy – w ocenie Odwołującego - nie sposób również mówić o

nierównym traktowaniu wykonawców - wszyscy wykonawcy znajdowali się w tej samej sytuacji faktycznej, został im przekazany opis przedmiotu zamówienia o tej samej treści z jednoznacznym wskazaniem dwóch stanowisk, co do których zamawiający przedstawił wymagania, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.

Analizując powyższe okoliczności w aspekcie wypełniania hipotezy normy wyrażonej 18

w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp stwierdził, że błędny opis przedmiotu zamówienia dokonany w tym aspekcie przez Zamawiającego nie stanowi wady postępowania, które skutkuje, bądź mogłaby skutkować, unieważnieniem zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przyznał, że przepis art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera klauzulę generalną, co nie oznacza, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości Zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę zostały przez ustawodawcę znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust 1 ustawy podstawy podlegania umowy unieważnieniu.

Według Odwołującego niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art 146 ust 6, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. W szczególności zmiana koncepcji opisu przedmiotu zamówienia po stronie zamawiającego, chęć zmiany przedmiotu zamówienia, jego uzupełnienie lub zmiana sposobu realizacji nie może stanowić podstaw do unieważnienia postępowania. Kryteria unieważnienia postępowania wynikają z ustawy, a nie z uznania zamawiającego.

Tym samym fakt, że Zamawiający po wszczęciu postępowania uznał, że dokonał błędnego opisu przedmiotu zamówienia, ale mimo takiego opisu możliwe jest zawarcie ważnej umowy - nie ma mowy o wystąpieniu istotnej wady postępowania, która umożliwiałaby jego unieważnienie.

Zdaniem Odwołującego fakt, że w toku postępowania Zamawiający zapoznał się z opinią Prezesa UZP, która została opublikowana przez terminem składania ofert i umożliwiała Zamawiającego dokonanie korekty OPZ, jeżeli uważał to za zasadne, nie może stanowić podstawy unieważnienia.

Nadto, podniósł, że wadliwy opis przedmiotu zamówienia nie może stanowić podstawy unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący przekonywał, że Zamawiający nie wykazał w 19

jaki sposób zidentyfikowane przez Zamawiającego nieprawidłowości w prowadzonym przez niego postępowaniu wyczerpują przesłanki unieważnienia postępowania.

W szczególności, zarzucił, że Zamawiający nie wskazał w jaki sposób i na jakiej podstawie mogłoby dojść do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w następstwie jego rozstrzygnięcia.

Zdaniem Odwołującego uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania wskazuje na pewne błędy Zamawiającego, jednak żaden z nich nie jest doniosły z punktu widzenia przesłanek unieważnienia postępowania wynikających z przepisów ustawy Pzp.

Dokonana przez Zamawiającego analiza prawna przepisów art. 93 ust. 6 i 7 oraz art. 146 ust. 6 ustawy Pzp była – w ocenie Odwołującego - dowolna i uwzględniała okoliczności irrelevantne z punktu widzenia przesłanek unieważnienia tak postępowania, jak i umowy w prawie zamówienia.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający własnymi działaniami doprowadził do wykreowania sytuacji, którą aktualnie ocenia jako niemożliwe do przewidzenia i zewnętrzne źródło trudności w udzieleniu zamówienia w wybranym przez niego trybie postępowania, co pozostaje niezgodne ze wskazanymi w niniejszym odwołaniu przepisami ustawy Pzp, ale również stanowi o obejściu prawa przez Zamawiającego.

W opinii Odwołującego, Gmina - Zamawiający nie może bowiem podejmować czynności przez własne organy w celu wykreowania okoliczności ułatwiających unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy prowadzone postępowanie nie jest obciążone takimi wadami, które by to samodzielnie uzasadniały. Powyższe prowadzi do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

20

KIO 830/17

W dniu 13 kwietnia 2017 r. Odwołujący: AVR sp. z o.o., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków otrzymał od Zamawiającego, drogą elektroniczną (mailem) informację o :

- 1) odrzuceniu jego oferty z uwagi na treść art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy Pzp,
- 2) oraz w drugim załączniku, informację o unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Oczyszczanie terenów komunalnych oraz utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Gminy Miejskiej Świdnik w latach 2017 - 2019” - nr postępowania WIZ-Z.271.55.2016.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 24 kwietnia 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego, a polegających na:

- zaniechaniu wezwania Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą wraz z wezwaniem do przedłużenia terminu związania wadium lub wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą,
- odrzuceniu przez Zamawiającego oferty Odwołującego z uwagi na brak zgody o której mowa w art. 85 ust 2 ustawy Pzp na przedłużenie terminu związania ofertą, unieważnieniu postępowania pn. „Oczyszczanie terenów komunalnych - oraz utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Gminy Miejskiej Świdnik w latach 2017 – 2019”- nr postępowania WIZ-Z.271.55.2016 z uwagi na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć,
- unieważnieniu postępowania pn. „Oczyszczanie terenów komunalnych oraz utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Gminy Miejskiej Świdnik w latach 2017 – 2019” - nr postępowania WIZ-Z.271.55.2016 z uwagi na stwierdzenie, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- niedopełnieniu przez Zamawiającego obowiązku nałożonego na niego przez ustawodawcę, a polegającego na należytych uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, co utrudniło Wykonawcy poznanie faktycznych podstaw podjętej przez Zamawiającego decyzji i utrudniło wniesienie środków ochrony prawnej,
- naruszeniu przez Zamawiającego fundamentalnej zasady obowiązującej na gruncie ustawy Pzp tj. równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

21

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a mianowicie:

- 1) Art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy Pzp w zw. art. 7 ust 1 ustawy Pzp polegające na odrzuceniu oferty Wykonawcy AVR sp z o.o. z uwagi na jego brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, w sytuacji gdy ten nie złożył żadnego oświadczenia woli w którym w sposób wyraźny, czy też domniemany zgody takiej nie wyraził,
- 2) Art. 85 ust 2 i 4 ustawy Pzp w zw. art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp, polegające na błędnej

wykładni przepisu dokonanej przez Zamawiającego, który wbrew temu, iż jako „gospodarz postępowania”, dążyć winien do wyboru najkorzystniejszej oferty w prowadzonym przez siebie postępowaniu, zaniechał wezwania Wykonawcy AVR sp. z o.o. do przedłużenia terminu związania ofertą wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, błędnie uznając, iż jest to obowiązek obciążający Wykonawców, co skutkowało odrzuceniem oferty Wykonawcy AVR sp. z o.o., podczas gdy z wykładni systemowej i celowościowej powyższych przepisów wynika, iż zamawiający jako podmiot odpowiedzialny za profesjonalne przeprowadzenie postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zobowiązany jest wezwać wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą,

- 3) Art. 96 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i unieważnienie postępowania z uwagi na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w „interesie publicznym”, czego nie można było wcześniej przewidzieć, w sytuacji gdy w omawianym stanie faktycznym nie zaistniały przesłanki wskazane w przywołanej normie,
- 4) Art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na okoliczność, że postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy nie wystąpiły ustawowe przesłanki uprawniające do podjęcia takiej czynności Zamawiającego,
- 5) Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp; w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp; w zw. z art. 22 § 1 ustawy kodeks pracy, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na bezzasadnym unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, 22

polegające na niewłaściwym określeniu zakresu usług przy których konieczne jest zatrudnienie pracowników w oparciu o umowę o pracę,

- 6) Art. 93 ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp polegające na uzasadnieniu unieważnienia postępowania w sposób sprzeczny z zasadami przewidzianymi przez ustawodawcę, m.in. poprzez brak dostatecznego uzasadnienia prawnego i faktycznego w „zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania” dla podjętych przez Zamawiającego czynności, co miało wpływ na wnoszone przez Wykonawcę środki odwoławcze, a w konsekwencji naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 7) Art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp; w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp; w zw. z art. 107 ust. 1 TFUE, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na bezzasadnym unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i objętych przekazaniu wykonania usług zamówieniem Wykonawcy Przedsiębiorstwu Komunalnemu PEGIMEK sp. z o.o. w drodze zmiany uchwały nr XXVIII/228/92 Rady Miejskiej w Świdniku z dnia 08.06.1992 r., a tym samym dopuszczeniu się udzielenia niedozwolonej pomocy publicznej na rzecz przedsiębiorcy,
- 8) Art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp; w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp; w zw. z art. 102 ust. 1 TFUE, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na bezzasadnym unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i objętych przekazaniu wykonania usług zamówieniem Wykonawcy Przedsiębiorstwu Komunalnemu PEGIMEK sp. z o.o. w drodze zmiany uchwały nr XXVIII/228/92 Rady Miejskiej w Świdniku z dnia 08.06.1992 r., czym Zamawiający dopuścił się nadużycia pozycji dominującej i ograniczenia dostępu do rynku lokalnego dla szerszego grona Wykonawców, czym tym samym wykluczył rozwój konkurencji w zakresie usług objętych unieważnionym postępowaniem.

Mając na uwadze powyższe zarzuty wnosił o:

- nakazanie Zamawiającemu przedłożenia na rozprawie przed Krajową Izbą

Odwoławczą dokumentów w których zawarte byłoby oświadczenie - złożone przez AVR sp. z o.o. - świadczące o braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z brakiem zgody wniesienia nowego wadium lub przedłużenia wadium już złożonego,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty AVR sp. z o.o.,
nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy AVR sp. z o.o. w trybie art. - 23

85 ust 2 ustawy pzp do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem złożonego wadium, względnie przedłożeniem nowego wadium,
- ponownego badania i oceny złożonych ofert.

W swoim obszernym uzasadnieniu do niniejszego odwołania Odwołujący podniósł, co następuje.

„Odwołujący na wstępie pragnie podnieść, iż w dniu 13 kwietnia 2017 roku o godz. 16:53 otrzymał od Zamawiającego, tj. Gminy Miejskiej Świdnik, drogą elektroniczną (mailem) informację o : 1) odrzuceniu oferty Wykonawcy AVR sp. z o.o. z uwagi na treść art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy pzp oraz w drugim załączniku 2) informację o unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Oczyszczanie terenów komunalnych oraz utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Gminy Miejskiej Świdnik w latach 2017 - 2019” - nr postępowania WIZ-Z.271.55.2016.

Z zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego wynikało, iż Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy Odwołującego się z uwagi na brzmienie art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy Pzp tj. z uwagi na „brak zgody”, o której mowa w art. 85 ust 2 ustawy Pzp na przedłużenie terminu związania ofertą.

Z kolei w drugim załączniku przesłanym tym samym mailem z dnia 13 kwietnia 2017 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu się „zawiadomienie o unieważnieniu postępowania” wskazując, iż czyni to z uwagi na brzmienie przepisów art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy pzp oraz art. 93 ust 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust 6 ustawy pzp.

Biorąc pod uwagę okoliczności powyższe wskazać należy, iż Odwołujący się posiada interes do wnoszenia środków ochrony prawnej, zgodnie z art. 179 ust 1 ustawy pzp, ponieważ zaniechania i czynności Zamawiającego doprowadziły do tego, iż jego oferta została odrzucona, zaś postępowanie niesłusznie unieważnione. Utrzymanie takiego stanu rzeczy spowodowało powstanie po stronie Odwołującego się szkody, albowiem prawidłowo wykonane czynności przez Zamawiającego mogły doprowadzić do wyboru oferty AVR sp. z o.o. {„Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. Szkoda - w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy P.z.p. - musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez 24

odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy. Konieczne jest zatem wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie – KIO 1757/13). Podobnie w niniejszej kwestii wypowiedziała się także doktryna stwierdzając, że : „Szkoda, o której mowa w art. 179 ust 1, nie musi mieć wymiaru majątkowego. Jak zasadnie zauważyła KIO w wyroku z dnia 16 lutego 2011 r., KIO 246/11, LEX nr 798082: Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. Do wniesienia odwołania wystarczająca jest sama możliwość poniesienia szkody jako prawdopodobne następstwo naruszenia przez zamawiającego przepisów. Wystąpienie szkody jako takiej nie jest warunkiem sine qua non

zasadności środka odwoławczego. Z tego też powodu inna osoba kwestionująca wybór trybu nie musi udowadniać, iż wygrałoby postępowanie, do którego nie została zaproszona, a jedynie możliwość poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy" (Prawo zamówień publicznych. Komentarz - Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Wolters Kluwer, Warszawa 2014).

Interes AVR sp. z o.o. do wniesienia niniejszego środka odwoławczego jest oczywisty i wynika z faktu, iż w sytuacji uznania odwołania przez Izbę, Zamawiający zmuszony zostanie do unieważnienia swoich dotychczasowych czynności, co z kolei może spowodować uzyskanie zamówienia przez Wykonawcę, którego oferta sklasyfikowana jest na wysokiej pozycji rankingu.

Odwołujący pragnie z ostrożności zauważyć, że upływ terminu związania ofertą nie ma wpływu na ewentualny brak legitymacji (brak interesu) Wykonawcy do wniesienia odwołania. Potwierdza to orzecznictwo: „Fakt upływu terminu związania ofertą był okolicznością bezsporną, podobnie jak to, że Zamawiający nie wezwał Odwołującego do przedłużenia tego terminu. Izba stanęła na stanowisku, że kwestia związania ofertą nie ma rozstrzygającego znaczenia dla ustalenia legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania. Brak jest podstaw do stwierdzenia, że upływ terminu związania ofertą przesądza o zasadności odmówienia wykonawcy możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący jest podmiotem dążącym do uzyskania zamówienia (o czym świadczy sam fakt wniesienia odwołania)..... zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą jest zatem dopuszczalne, co potwierdził Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu postanowienia z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08" (wyrok KIO z dnia 29 września 2016 r. KIO 1723/16).

I. Naruszenie art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy pzp w zw. art. 7 ust 1 ustawy pzp,

Norma art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy pzp wskazuje, iż odrzucenie oferty Wykonawcy winno nastąpić w przypadku gdy, „ Wykonawca nie wyraził zgody o której mowa w art. 85 ust 25

2, na przedłużenie terminu związania ofertą". Taka konstrukcja przepisu, w sposób nie budzący wątpliwości wiąże negatywną konsekwencję dla Wykonawcy - w postaci odrzucenia jego oferty - tylko z sytuacją gdy ten „nie wyraził zgody" na przedłużenie terminu związania ofertą. Wykonawca natomiast „nie wyraża zgody" na przedłużenie terminu związania ofertą - zgodnie z treścią art. 85 ust 2 ustawy pzp - na wezwanie Zamawiającego („Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres").

Co istotne art. 89 ust 1 ustawy pzp, stanowiący zamknięty katalog przesłanek odrzucenia oferty przez Zamawiającego nie zawiera takiej, w której ustawodawca zawarłby stwierdzenie, iż „odrzuca się ofertę" w sytuacji „milczenia Wykonawcy", „braku samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą" (w kontekście brzmienia art. 85 ust 2 ustawy pzp - przyp. Odwołujący się). Tym samym jedyną przesłanką upoważniającą do zastosowania art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy pzp jest wyraźny - a nie dorozumiany lub „wywodzony z bliżej nieokreślonych dokumentów" - brak zgody Wykonawcy.

Podobnie, w kwestii powyższej wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 7 marca 2017 r. w sprawie o sygn. KIO 324/17 : „odnosząc się do oceny zasadności zarzutu, dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niedokonania samodzielnego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą, uznała, że Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż brak jest podstawy prawnej w tym zakresie. Krajowa Izba Odwoławcza w całości uznała za słuszny pogląd, że przesłanki odrzucenia ofert wymienione w art. 89 ust 1 Pzp nie zawierają dyspozycji prawnej w tym zakresie. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „Próba wywodzenia z treści art. 89 ust.1 pkt 7a - sytuacji, kiedy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, na sytuację kiedy wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą jest niezasadne, a wydaje się być możliwe tylko w sytuacji rozszerzającej Interpretacji tej przesłanki, czy też wywodzenia podstawy do odrzucenia poprzez analogię sytuacji, gdyż skutkiem w obu przypadkach jest brak związania ofertą.

Warto także - w kontekście omawianego stanu faktycznego - przywołać wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 17 stycznia 2014 r. w sprawie o sygn. IX Ga 392/13 - zapadły, wprawdzie w stanie prawnym sprzed nowelizacji ustawy pzp, jednak w ocenie Odwołującego się wciąż aktualny - w którym Sąd zwrócił uwagę, że „nie ma podstaw by przyjąć, że nieprzedłużenie związania ofertą w sytuacji braku wezwania przez zamawiającego, było

równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego. Zamawiający może bowiem wykluczyć z postępowania na tej podstawie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co oznacza, że zamawiający musi wykazać że występował do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Dopiero brak zgody wykonawcy bądź nieprzedłużenie tego terminu przez 26

wykonawcę na wyraźne wezwanie zamawiającego powoduje, że powstają przesłanki do tego wykluczenia z postępowania”,

W omawianym stanie faktycznym z przyczyn sobie tylko znanych Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 85 ust 2 ustawy pzp i nie wezwał Wykonawcy AVR sp. z o.o., ale także innych do przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia okresu ważności wadium lub wniesienia wadium nowego. Ergo nie otrzymał oświadczenia woli AVR sp. z o.o. o braku zgody na takie przedłużenie terminu związania ofertą, podobnie jak i sam Wykonawca dokumentu takiego nie złożył z własnej inicjatywy z powodów o których będzie mowa dalej.

Szereg podejmowanych przez AVR sp z o.o. czynności - w tym niniejsze odwołanie do KIO - wskazuje natomiast, iż Wykonawca ten zainteresowany był i jest nadal w udziale i rozstrzygnięciu postępowania na swoją korzyść. Z uwagi na powyższe Odwołujący się pragnie wskazać szereg dowodów wskazujących na jego aktywny udział w procedurze, w szczególności zaś dbania o „własny interes” w postępowaniu :

1) E-mail z dnia 26 stycznia 2017 r. (godz. 14:41) z wnioskiem o wgląd do oferty Wykonawcy Garden Designers D. i wspólnicy sp.j.,

2) Pismo Zamawiającego do Wykonawcy AVR sp. z o.o. (bez uprzedniego wniosku Wykonawcy) z dnia 3.02.2017 r. z informacją o trwającej procedurze odtajniania oferty Wykonawcy Garden Designers D. i wspólnicy sp.j.,

3) Pismo AVR sp. z o.o. z dnia 7 lutego 2017 r. w zakresie obowiązku „odtajnienia” przez Zamawiającego dokumentów nie stanowiących „tajemnicy przedsiębiorstwa” lub w sposób nieuprawniony opatrzonych takową klauzulą,

4) Pismo Zamawiającego (e-mail z dnia 10 lutego 2017 r.) przekazujące Wykonawcy AVR sp. z o.o. ofertę Wykonawcy Garden Designers D. i wspólnicy sp. j. w zakresie przez niego nie zastrzeżonym „tajemnicą przedsiębiorstwa”,

5) E-mail Wykonawcy z dnia 10 lutego 2017 r. potwierdzający otrzymanie części dokumentów wraz z zastrzeżeniem, że przyjmuje on w zakresie dokumentów mu nieprzekazanych, iż Zamawiający nadal prowadzi procedurę ich odtajniania,

6) Pismo (e-mail z dnia 22 lutego 2017 r. 07:59) w którym Zamawiający przekazał AVR sp z o.o. odtajnione elementy oferty Wykonawcy Garden Designers D. i wspólnicy sp. j.,

7) Email z dnia 1 marca 2017 r. (10:29) wraz z pismem Wykonawcy AVR sp. z o.o. z dnia 28 lutego 2017 r.

8) Wniosek przekazany mailem dnia 31 marca 2017 r. (10:42) o udzielenie informacji publicznej w zakresie obejmującym czynności wykonane, wykonywane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sprawie nr WIZ-Z.271.55.2016,

9) Prośba o wgląd do złożonych ofert i wszelkich dokumentów postępowania z dnia 14.04.2017 r. złożona w formie maila,

Reasumując powyższe uznanie przez Zamawiającego, iż Wykonawca nie wyraził 27

zgody o której mowa w art. 85 ust 2 ustawy pzp, a w konsekwencji odrzucenie oferty AVR sp. z o.o. z uwagi na treść art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy pzp, należy uznać za działanie nieoparte żadnymi dowodami, a przede wszystkim będące wbrew literalnemu brzmieniu normy art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy pzp, którą Zamawiający w sposób nieuprawniony „nadiinterpretował”, co konieczne podkreślenia na niekorzyść Wykonawcy AVR sp. z o.o.

W związku z powyższym niniejszy zarzut należy uznać za zasługujący na uwzględnienie.

II. Naruszenie art. 85 ust 2 ustawy pzp w zw. art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy pzp w zw. z art. 2 pkt 7a ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy pzp.

Na wstępie Odwołujący się pragnie zauważyć, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r. sygn. XXII Ga 924/14, wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 17 stycznia 2013 r. (sygn. IX Ga 392/13). W kwestii powyższej wielokrotnie wypowiadała się także Izba

m.in. w orzeczeniach z dnia 2 kwietnia 2013 r. KIO 655/13, z dnia 17 kwietnia 2013 r., KIO 719/13, z dnia 21 maja 2013 r., KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, wyrok z dnia 22 sierpnia 2016 r. KIO 1468/16, wyrok z dnia 11 stycznia 2017 r. KIO 2431/16, KIO 2436/16. Konsekwentnie więc, upływ terminu związania ofertą nie może wpływać lub stanowić podstawy odrzucenia oferty z uwagi na brzmienie art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy pzp. Ponadto okoliczność ta nie stanowi przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W kwestii natomiast właściwej interpretacji normy art. 85 ust 2 ustawy pzp w pierwszej kolejności Odwołujący się pragnie przywołać uzasadnienie do wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 17 stycznia 2013 r. (sygn. IX Ga 392/13). Sąd ten odnosząc się do skargi Prezesa UZP złożonej na orzeczenie KIO (sygn. KIO 2537/13) stwierdził co następuje:

„Podzielić należy stanowisko L, że z przepisu art. 85 ust 2 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą oraz że wykonawca może samodzielnie dokonać tej czynności, nie czekając na wezwanie zamawiającego. Nie sposób jednak zgodzić się z twierdzeniem, że w sytuacji, w której zamawiający nie wzywa do przedłużenia terminu związania ofertą, to wykonawca ma obowiązek samodzielnego jej przedłużenia, co jest wyrazem dochowania przez niego należytej staranności. Pogląd taki nie wynika z żadnego z obowiązujących przepisów ustawy Pzp, a w szczególności z przywołanego przez Izbę przepisu art. 85 ust 1 ustawy Pzp. Ustawa Pzp w części dotyczącej upływu terminu związania ofertą, a także zabezpieczenia oferty wadium wskazuje na inicjatywę wykonawcy w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą, jednak nie przerzuca nie niego obowiązku w tym zakresie. Nie można 28

bowiem pominąć uprawnienia zamawiającego. o którym mowa w art. 85 ust 2 i 3 ustawy Pzp w zakresie sygnalizowania wykonawcom upływu terminu związania ofertą oraz ważności wadium i wzywania ich co złożenia odpowiednich oświadczeń i czynności w tym zakresie. Przyjęcie kwestionowanego przez skarżącego poglądu prowadziłoby do akceptowania negatywnej z punktu widzenia zasad postępowania praktyki przerzucania na wykonawców obowiązków związanych z prowadzeniem postępowania publicznego. Należy w tym kontekście wskazać na przepis art. 7 ust 1 ustawy Pzp, z którego treści wynika, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania, który odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne jego przeprowadzenie.

W tej sytuacji uznać należy, że w celu zapewnienia możliwości realizacji ce/u postępowania o zamówienie publiczne, zamawiający powinien wzywać wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą zgodnie z art. 85 ust 2 ustawy Pzp. Potwierdza to stanowisko Sadu Okręgowego w Rzeszowie. wyrażone w wyroku z dnia 16 lutego 2011 r. wydanym w sprawie VI Ga 192/2010. w którym wskazano, że zamawiający odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne przeprowadzenie postępowania przetargowego. Przedłużenie terminu związania ofertą leży w interesie zamawiającego, to on bowiem dzięki temu ma pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu.

(...) Albo zamawiający z możliwości przewidzianej treścią art. 85 ust 2 skorzysta chcąc zapewnić sobie pewność co do aktualności treści oferty i w przypadku braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą otworzy sobie możliwość wykluczenia oferenta - na zasadzie art. 24 ustęp 2 pkt 2, albo też zaniedbując upływ przedmiotowego terminu pozbawi się możliwości jego wykluczenia, a tym samym uznania oferty takiego wykonawcy za odrzuconą. Art. 24 Pzp stanowi bowiem katalog zamknięty, a ze względu na charakter zawartego w nim uregulowania wykluczonym jest jakakolwiek rozszerzająca jego interpretacja. Zamawiający realizując cel, jakim jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego winien kierować się dążeniem do wyboru oferty zawierającej jak najniższą cenę, w tym podejmując działania zapobiegające upływowi terminu ważności wadium wykonawcy, którego oferta była najkorzystniejsza i utrzymania ważności tej oferty w postępowaniu. Niezależnie od powyższego, odnosząc się do argumentacji, że od wykonawcy jako podmiotu profesjonalnego należy żądać dochowania należytej staranności rozumianej jako samodzielnie przedłużenie terminu związania ofertą wskazać należy, że zamawiający również jest podmiotem profesjonalnym i z tego powodu także obowiązany jest do dokonywania czynności w postępowaniu z należyłą starannością. W tym kontekście wskazać należy, że niezwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o przedłużenie terminu

związania oferta w świetle jego ustawowego obowiązku rzetelnego i profesjonalnego przeprowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego stanowi naruszenie powyższego obowiązku: Należy podkreślić, że to zamawiający decyduje o dacie wyboru 29

oferty, stąd posiada możliwość kontrolowania czy termin z art. 85 ust 1 ustawy Pzp upływie przed czy po terminie wyboru oferty. Przedłużenie leży w interesie zamawiającego, który dzięki temu ma pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny sprawy stanowiącej przedmiot niniejszego odwołania, należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający - Urząd Miasta Świdnik - pomimo ciążącego na nim obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób umożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty, zaniechał wezwania Wykonawców biorących udział w postępowaniu, do przedłużenia terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust 2 ustawy pzp, co skutkowało zastosowaniem przez niego normy art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy pzp, a w konsekwencji odrzuceniem oferty AVR sp. z o.o., ale i ofert innych Wykonawców.

W tym miejscu nie sposób nie zauważyć, iż „skoro celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma być wybór najkorzystniejszej oferty, to w świetle przepisu art. 85 ust 2 ustawy Pzp Zamawiający - w odpowiednim momencie prowadzonego postępowania - winien zwrócić się do Wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą, w szczególności w sytuacji, w której upływ terminu związania ofertą nastąpi w toku prowadzonej przez Zamawiającego procedury, a postępowanie nie zostało przez zamawiającego w tym terminie rozstrzygnięte” (podobnie wyrok SO w Lublinie z dnia 17 stycznia 2013 r. sygn. IX Ga 392/13). Zaniechanie Zamawiającego - jak to z postępowania WIZ~Z.271.55.2016 - sugerować może, iż Zamawiający wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi zmaterializowanemu m.in. w art. 7 ust 1 ustawy pzp i art. 2 pkt 7a ustawy pzp nie chciał, lub celowo doprowadził do sytuacji w której nie zakończył postępowania wyborem najkorzystniejszej oferty, odrzucając oferty wszystkich Wykonawców z uwagi na brzmienie art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy pzp. Takie postępowanie Zamawiającego przeczy logice, ale i ekonomice postępowania, budząc jednocześnie poważne wątpliwości Odwołującego się.

Zaniechanie to - co trzeba wyraźnie podkreślić - obciąża Zamawiającego, albowiem to on jest podmiotem „profesjonalnym” i „gospodarzem postępowania”. Trudno jest bowiem wytłumaczyć jego zachowanie, konsekwencją którego jest - mianowicie wybór oferty najkorzystniejszej, tak by wydatkowanie pieniędzy publicznych nastąpiło w sposób racjonalny i celowy, przejawiający się w uzyskaniu za jak najniższą cenę ekwiwalentu w postaci towaru lub usługi - odrzucenie wszystkich ofert, unieważnienie postępowania, a następnie udzielenie zamówienia własnej spółce komunalnej, która - co trzeba podkreślić - złożyła w przedmiotowym postępowaniu najmniej korzystną dla miasta ofertę cenową.

W kluczowym dla omawianego stanu faktycznego wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie (IX Ga 392/13) zwrócono uwagę m.in. na to, iż „Interes publiczny oraz interesy wykonawców, którzy złożyli oferty, wymagają od zamawiającego niezwłocznego podejmowania czynności przewidzianych prawem w postępowaniu o udzielenie zamówienia 30

publicznego. W przypadku zaś, gdyby zamawiając - na skutek wcześniejszego wystąpienia z wnioskiem, o jakim mowa w art. 85 ust 2 Pzp - nie mógłby ponownie skorzystać z tej możliwości, jaką daje powołany przepis, to możliwym byłoby zasygnalizowanie wykonawcom potrzeby złożenia stosownego oświadczenia. Wprawdzie istotnie, jak podnosi zamawiający w odpowiedzi na skargę, możliwości takiej sygnalizacji ustawa Prawo zamówień nie przewiduje, to jednak sygnalizacja taka może znaleźć zastosowanie w szczególnych przypadkach. Wtedy, gdy na skutek wadliwych czynności zamawiającego zachodzi potrzeba usunięcia skutków tych wadliwych czynności, a ponowne wystąpienie do wykonawców w trybie przewidzianym w art. 85 ust 2 Pzp nie jest możliwe. Taka sygnalizacja, skierowana zostanie do wszystkich wykonawców, nie sprzeciwia się regulacjom i zasadom ustawy Prawo zamówień publicznych, a przeciwnie przywrócić powinna stan, w którym przeprowadzenie postępowania nastąpi w warunkach zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Sygnalizacja, naprawiając błędy zamawiającego, zapewnić może zatem przeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust 1 Pzp. Ustawa wszak obowiązuje zamawiającego, który działa w interesie publicznym i zmierza do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, by podejmował wszelkie

przewidziane prawem czynności zmierzające do wyboru najkorzystniejszej oferty”.

Z powyższego wynika więc, iż zasada w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest - z uwag i na dążenie do osiągnięcia celu przez Zamawiającego tj. wyboru najkorzystniejszej oferty - wystąpienie w trybie art. 85 ust 2 ustawy Pzp w odpowiednim terminie do Wykonawców najpierw przez samego Zamawiającego. Wynika ta także z faktu, iż normę tę winno czytać się wespół z art. 7 ust 1 ustawy pzp oraz art. 2 pkt 7a ustawy pzp. W sytuacji, gdyby Zamawiający z takim wnioskiem podczas postępowania „jednokrotnie” już jednak wystąpił i przepisy uniemożliwiły mu przedłożenie kolejnego, ustawodawca pozostawił Wykonawcy „furtkę” - tak by nie niwecząc dotychczasowych czynności - w sytuacji szczególnej, mógł on samodzielnie przedłużyć „termin związania ofertą” i doprowadzić do jej wyboru. Wydaje się, że takie rozumienie normy art. 85 ust 2 ustawy pzp jest jak najbardziej zbliżone do logiki i zamysłu ustawodawcy ją tworzącej.

Co warte zauważenia w kontekście niniejszych rozważań, przepis art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy pzp wskazując na „brak zgody” skutkujący odrzuceniem oferty, referuje poprzez zwrot „ Wykonawca nie wyraził zgody o której mowa w art. 85 ust 2 ...” do wspomnianej normy. Analiza językowa art. 85 ust 2 ustawy pzp pozwala przyjąć, iż w przypadku działania Wykonawcy „bez wezwania” Zamawiającego „...może (on - przyp. Odwołującego się) przedłużyć termin związania ofertą”, ale nie wyrazić „brak zgody na jej przedłużenie” albowiem „brak zgody” - co oczywiste - następuje w sytuacji gdy „o wyrażenie zgody” występuje Zamawiający. Tym samym, by ziszczała się przesłanka art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy pzp tzn. „by wystąpił brak zgody” musi istnieć wniosek (prośba) o „wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą” wystosowany przez Zamawiającego. 31

Reasumując powyższe, całkowicie niezasadne wydaje się stanowisko Zamawiającego, który - wbrew obciążającym go obowiązkom - zaniechał wezwania Wykonawców do przedłożenia oświadczeń w których Ci - stosownie do treści art. 85 ust 2 ustawy pzp - „wyraziliby zgodę” lub „brak zgody” na przedłużenie terminu związania ofertą. Zaniechanie to doprowadziło do błędnego - o czym była mowa wyżej - zastosowania art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy pzp, poprzez przyjęcie, iż brak samodzielnego przedłużenia „terminu związania ofertą” przez Wykonawcę, Zamawiający może utożsamiać z „brakiem zgody” na jego przedłużenie. Co wymaga podkreślenia, zaniechanie Zamawiającego i nie wystosowanie w trybie art. 85 ust 2 ustawy pzp stosownego wezwania należy także traktować jako naruszenie art. 7 ust 1 ustawy pzp i art. 2 pkt 7a ustawy pzp.

III. Naruszenie art. 96 ust 1 pkt 6 ustawy pzp w zw. Z art. 7 ust 1 ustawy pzp.

Na wstępie Odwołujący się pragnie zauważyć za doktryną (Prawo zamówień publicznych. Komentarz - Nowicki J.E., Bazan. A, Wolters Kluwer 2015), iż unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem postępowania jest - zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy pzp - wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym (zob. wyroki KIO: z dnia 23 września 2011 r., KIO 1948/11, LEX nr 964389, i z dnia 3 czerwca 2014 r., KIO 991/14; KIO 1001/14, LEX nr 1480088). Co najważniejsze przywołani wcześniej przedstawiciele doktryny zwracają uwagę, że „Co do zasady unieważnienie postępowania musi być konsekwencją wystąpienia okoliczności niezależnych od zamawiającego. Warte podkreślenia jest, że „Przed podjęciem decyzji o unieważnieniu zamawiający powinien uwzględnić, każdorazowo i na każdym etapie postępowania, i ocenić dotychczas podjęte przez siebie czynności. Ma on bowiem każdorazowo prawo do samodzielnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o He uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obciążone wadą lub zachodzą inne okoliczności, które uzasadniałyby ich unieważnienie” (zob. wyrok KIO UZP z 23 września 2010 r., KIO 1939/10, LexPolonica nr 2400704, LexisNexis nr 2400704). Czynności o których mowa w przywołanym powyżej orzeczeniu próżno doszukać się w postępowaniu Zamawiającego.

W stanie faktycznym objętym niniejszym odwołaniem Zamawiający unieważnił postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na „Oczyszczanie terenów komunalnych oraz utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Gminy Miejskiej Świdnik w latach 2017 - 2019” m.in. z uwagi na treść art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy pzp, tj. z uwagi na fakt, iż „wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonywanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej

Okoliczności świadczące o „wystąpieniu istotnej zmiany” zostały wykazane przez Zamawiającego w piśmie „zawiadomienie o unieważnieniu postępowania” z dnia 13 kwietnia 2017 r. Jako „istotną zmianę”, której „nie można było wcześniej przewidzieć” Zamawiający wskazał uchwałę Rady Miasta Świdnik z dnia 15 marca 2017 r. w sprawie przekształcenia Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Świdniku, stosownie do której Rada Miasta Świdnik powierzyła Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Świdniku zadania własne Gminy Miejskiej w zakresie utrzymania zieleni oraz utrzymania dróg i terenów komunalnych. Jak stwierdzono w uzasadnieniu do zawiadomienia o unieważnieniu postępowania „W momencie wszczęcia postępowania nie można było przewidzieć, że Rada powierzy spółce komunalnej realizację zadań własnych Gminy”.

Przed dalszymi rozważaniami należy zauważyć za doktryną, że „Przepis ten (art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy pzp - przyp. Odwołującego) wymienia trzy przesłanki unieważnienia postępowania, które muszą wystąpić łącznie. Interes publiczny to pojęcie szersze niż interes zamawiającego, nawet gdyby przyjąć, że zamawiającym jest jednostka samorządu terytorialnego. Jej zastosowanie jest poza tym związane z koniecznością wystąpienia dalszych dwóch przesłanek mających charakter pojęć nieostrych, a mianowicie: wystąpienie istotnej zmiany okoliczności i niemożności wcześniejszego przewidzenia tej okoliczności. Pojęcie „interes publiczny” musi być związane z interesem ogółu, interesem określonej społeczności czy nawet grupy mieszkańców dla której dane zamówienie publiczne miało być przeznaczone (Prawo zamówień publicznych. Komentarz - S. Babiarz, Lexis Nexis 2013).

Jak wynika więc z powyższego, dla unieważnienia postępowania w oparciu o treść art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy pzp nie wystarczy samo wystąpienie którejkolwiek z trzech przesłanek tj. „wystąpienia istotnej zmiany”, „okoliczności, iż tej zmiany nie można było wcześniej przewidzieć” oraz „braku interesu publicznego” w dalszym prowadzeniu postępowania lub jego wykonywania, ale konieczne jest by przesłanki te wystąpiły łącznie. W przeciwnym razie odpada możliwość unieważnienia postępowania w oparciu o tę normę.

Na wstępie Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, iż Zamawiający w swym piśmie pn. „zawiadomienie o unieważnieniu postępowania” z dnia 13 kwietnia 2017 r. nie wskazał dlaczego prowadzenie zamówienia publicznego nie leży „w interesie publicznym”. Za takowe uzasadnienie trudno uznać, jedno zdanie z którego wynika, iż powierzenie zamówienia spółce komunalnej „pozwoli na utrzymanie kilkudziesięciu miejsc pracy oraz lepiej zaspokoi interes publiczny mieszkańców Gminy Miejskiej Świdnik”. Jak wspomniano wcześniej zdanie powyższe nie pozwala na uznanie, iż wykazano faktycznie „brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub jego wykonywania”. Nie wiadomo bowiem jaki związek ma zatrudnienie pracowników w spółce komunalnej z „interesem publicznym” Gminy Świdnik oraz dlaczego spółka ta „lepiej zaspokoi interes publiczny Gminy Miejskiej Świdnik” niż inne podmioty biorące udział w postępowaniu, pomijając kwestię najistotniejszą tj. co faktycznie tym „interesem” jest. Brak wykazania tych okoliczności powoduje, iż - w ocenie 33

Odwołującego - odpada jedna z kumulatywnych przesłanek, a w konsekwencji i możliwość unieważnienia postępowania w oparciu o treść art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy pzp.

Żeby jednak dokładnie uzasadnić swoje stanowisko Odwołujący się pragnie zauważyć, iż jak stwierdził Zespół Arbitrów „Jeśli chodzi o interes publiczny to dla zaistnienia tej przesłanki decydujące znaczenie powinna mieć nie tyle forma organizacyjno-prawna wykonywania przez miasto zadań, ile rachunek ekonomiczny kosztów ich realizacji oraz jakość usług. Te dwa elementy, tj. rachunek ekonomiczny rozumiany jako cena usług, oraz jakość, mogą być z całą pewnością gwarantowane przy zastosowaniu procedury zamówień publicznych” (wyrok ZA UZP z 30 marca 2006 r., UZP/ZO/0-889/06, LexisNexis nr 1898034). Analiza dokumentu „Informacja z otwarcia ofert” (24 stycznia 2017 r.), przedstawionego poniżej, wskazuje, iż wątpliwym z punktu widzenia „interesu publicznego” - który Odwołujący się nie utożsamia, ani z interesem Zamawiającego, ani jego spółki komunalnej - jest udzielenie, poza trybem konkurencyjnym zamówienia Wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunalne „PEGIMEK” Sp z o.o.. Oferta tego Wykonawcy sklasyfikowana została na 4 miejscu rankingu i była dodatkowo droższa o 1.387.504,51 złotych od oferty GARDEN DESIGNERS D. i wspólnicy Sp. J. oraz o 1.068.136,16 od oferty Odwołującego się - AVR sp. z o.o. Ponadto, co równie istotne, oferta spółki komunalnej przewyższała kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 10.022.025,00 zł

brutto, a ogłoszoną podczas otwarcia ofert. W kontekście więc wyводу Zamawiającego, zawartego w piśmie z dnia 13 kwietnia 2017 r. o rzekomym braku środków na sfinansowanie zamówienia, oferta Wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunalne „PEGIMEK” Sp. z o.o. w ogóle nie mogła być brana pod uwagę jako ta którą by wybrano, nawet wtedy gdy Wykonawca ten brałby udział w przedmiotowym postępowaniu jako jedyny.

	Doświadczenie Termin
	wykonania. Numer Nazwa (firma) i adres
Przedstawiciela Cena brutto	wykonawcy - warunki oferty wykonawcy
	koordynatora płatności

34

Konsorcjum:
avr Lider: FLOREKO M. B., ul.

min. 5 sezonów 1 Geodezyjna 80d/I 1,03-290 . Zgodnie z
10 817 893,86 zł zimowych lub 48 Warszawa Partner: Zakład SIWZ
miesiący Zieleni Sp z o.o. ul.

Kozielska 4 lok.38 01-163
Warszawa Przedsiębiorstwo min. 5 sezonów
2. Komunalne „PEGIMEK” Sp Zgodnie z 10 945 508,61 zł zimowych lub 48
z o.o., ul. Konopnickiej SIWZ miesiący
3,21-040 Świdnik

min. 5 sezonów 3. Zgodnie z
AVR Sp z o.o. ul.Józefa 9 749 757,70 zł zimowych lub 48 SIWZ
Dietla 93/4 31-031 Kraków miesiący

GARDEN DESIGNERS D. i min. 5 sezonów 4. Zgodnie z
wspólnicy Sp. J. ul. Nowy 9 430 389,35 zł zimowych lub 48 SIWZ
Świat 30 20-418 Lublin miesiący

Wracając ponownie do próby zdefiniowania pojęcia „interesu publicznego” istotnego dla możliwości zastosowania art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy pzp warto zwrócić uwagę, iż wiąże się go częstokroć z możliwością wystąpienia szkody w mieniu publicznym, bezwzględna nieprzydatnością przedmiotu zamówienia itp. W doktrynie „interes publiczny” rozumie się jako „określoną wartość motywacyjną wspólną dla wielu (ujętych abstrakcyjnie) podmiotów, a konkretyzującą się w razie konfliktu z przeciwnymi celami (interesami) prywatnymi (...)Interesem publicznym jest interes określonej grupy (społeczności, wspólnoty) odpowiadający potrzebom odczuwalnym przez członków grupy - często jako reakcja na pojawiające się lub choćby tylko możliwe zagrożenia albo też artykułowanym przez organ publiczny w ramach jego kompetencji formalnych” (wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r. KIO 2777/11).

Tymczasem, na co już zwrócono uwagę w piśmie pn. „zawiadomienie o unieważnieniu postępowania” z dnia 13 kwietnia 2017 r. Zamawiający w sposób enigmatyczny próbuje powołać się na bliżej nieokreślony „interes publiczny” w ochronie którego wystąpił unieważniając postępowanie z uwagi na treść art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy pzp. Odwołujący może tylko spekulować, iż „interes publiczny” w wyborze najkorzystniejszej oferty (Wykonawcy) - w mniemaniu Zamawiającego - odpadł w momencie powierzenia zadań własnych związanych z utrzymaniem czystości i zieleni Miasta Świdnik spółce komunalnej. Wydaje się jednak, że przeciwnie jednak „interes” ten nadal istnieje, albowiem jest nim - w ocenie Odwołującego się - cel dla którego wszczęto postępowanie tj. utrzymanie czystości miasta, zieleni i dróg w należyтым stanie (te same zadania realizować ma spółka komunalna). Zamawiający w przywoływanym wielokrotnie piśmie z dnia 13 kwietnia 2017 r.

35

zwraca także uwagę, że udzielnie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego jest aktualnie sprzeczne z „interesem publicznym” m.in. z uwagi na potencjalną możliwość utraty miejsc pracy pracowników Wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunalne „PEGIMEK” Sp z o.o., który dodatkowo jak wskazano „lepiej zaspokoi interes

publiczny”.

Widzimy więc, że sam Zamawiający posługuje się terminem „interes publiczny” dla ilustracji różnych zjawisk (w sposób dowolny - przyp. Odwołujący się) - głównie związanych z interesem spółki komunalnej - zapewne czyniąc to po to, by legitymować swą wątpliwą pod względem prawnym czynność unieważnienia postępowania. Tymczasem precyzyjne, konkretne wskazanie o jaki „interes publiczny” chodzi Zamawiającemu jest warunkiem sine qua non, by o takim „interesie” w kontekście omawianego przepisu mówić w ogóle - „Interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego. W każdym przypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi, i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców. Zarówno istnienie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu publicznego nad interes indywidualny podlegać muszą zawsze wnikliwej kontroli (Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 28 stycznia 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/O-143/05). W przypadku, którego dotyczy niniejsze odwołanie, Zamawiający - wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, co potwierdza orzecznictwo m.in. Izby - nie wskazał precyzyjnie o jaki „interes publiczny” chodzi, nie udowodnił jego wagi dla przedmiotowego postępowania i nie wykazał dlaczego w jego kontekście unieważnienie postępowania jest zasadne.

Odwołujący się pragnie zauważyć, iż w interesie Zamawiającego, ale przede wszystkim reprezentowanym przez niego „interesie publicznym” - podobnie jak w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia - jest uzyskanie usługi najtańszej z jednoczesnym zapewnieniem należytej jakości jej wykonywania. Jak wynika z przywoływanego już dokumentu tj. „informacji z otwarcia ofert” ta złożona przez Przedsiębiorstwo Komunalne „PEGIMEK” Sp z o.o., zajęła ostatecznie 4 miejsce i była najmniej korzystna z ekonomicznego punktu widzenia dla Zamawiającego, ale i mieszkańców Świdnika tj. z punktu widzenia „interesu publicznego”. Co istotne, wybór oferty w przedmiotowym postępowaniu pozwalał - odmiennie niż w przypadku niekonkurencyjnego udzielenia zamówienia, zgodnie z „interesem publicznym” - lepiej zadbać o należyte wykonywanie usługi m.in. poprzez przewidziane sankcje (kary umowne) nakładane na Wykonawców niewykonujących lub nienależycie wykonujących umowę (załącznik nr 1 do SIWZ). Dodatkowo, Zamawiający wprowadził kolejny instrument ochronny tj. zabezpieczenie należytego wykonania umowy w pkt 20 SIWZ - w wysokości 10% ceny oferty. Nietrafione są także inne „argumenty” Zamawiającego świadczące rzekomo o braku „interesu publicznego” dla rozstrzygnięcia prowadzonego postępowania. Co równie istotne nie znane są Odwołującemu się argumenty, 36

które zadecydowały, iż Zamawiający uznał autorytatywnie w piśmie „unieważniającym postępowanie”, iż spółka komunalna „lepiej zaspokoi interes publiczny”. Z tak postawionym stanowiskiem trudno polemizować m.in. z uwagi na brak jakichkolwiek zmiennych, które można by poddać weryfikacji. Dodatkowo Odwołujący się pragnie zauważyć, iż korzystniejsze dla „interesu publicznego”, który AVR sp. z o.o. nie identyfikuje z „interesem spółki komunalnej”, a szeroko „interesem publicznym” związanym z „interesem” mieszkańców miasta Świdnika mógłby być wybór jednego z Wykonawców uczestniczących w postępowaniu, a to np. poprzez stworzenie nowych miejsc pracy m.in. z uwagi na szersze spektrum działalności uczestników postępowania (całe województwo lubelskie, ale także podkarpackie, małopolskie, mazowieckie, śląskie) czy duże doświadczenie zdobyte na znacząco większych realizacjach niż te prowadzone przez spółkę komunalną. Ponieważ jednak argument ten jest - podobnie jak argument Zamawiającego - o „potencjalnej możliwości zwolnień w spółce komunalnej”, czy „lepszemu zaspokajaniu interesu przez spółkę komunalną” mocno hipotetyczny, na chwilę obecną w ogóle nie powinien stanowić o istnieniu lub braku „interesu publicznego”.

Na koniec trzeba podkreślić, że podobnie niezrozumiały dla Odwołującego jest potencjalny wpływ na „interes publiczny” spółki komunalnej, która na skutek podjętej uchwały miałaby realizować zadania własne miasta Świdnik. Zamawiający tego w uzasadnieniu nie wykazał, nie uzasadniając też jak ta okoliczność - udzielenie zamówienia spółce „PEGIMEK” Sp z o.o. - wpływałoby, w jakim zakresie i czy w ogóle na „interes publiczny”.

Już powyższe pozwala na ustalenie, iż o żadnym „braku interesu publicznego” w dalszym prowadzeniu postępowania nie może być mowy, zwłaszcza, iż tak naprawdę nie wiadomo o jaki „interes publiczny” Zamawiającemu de facto chodzi. Na koniec należy zauważyć, iż na chwilę unieważnienia postępowania Wykonawcy nie otrzymali informacji ile kosztować będzie wykonanie tej samej usługi przez spółkę komunalną. Jest to informacja o

tyle istotna, iż wybór Wykonawców sklasyfikowanych na pierwszych miejscach rankingu postępowania miałby pozytywny wpływ na „interes publiczny”, albowiem Zamawiający „zaoszczędziłby” środki, które mógłby wydatkować na inne cele, związane z „interese publicznym”, identyfikowanym tu jako interesem mieszkańców Świdnika (remonty, budowa nowej infrastruktury służącej mieszkańcom itp.).

Kolejną przesłanką, którą w ocenie Odwołującego należy poddać badaniu, to czy faktycznie zaistniały okoliczności o których wspomina w uzasadnieniu do unieważnienia Zamawiający „nie można było wcześniej przewidzieć”. W kontekście powyższego Odwołujący się pragnie zwrócić uwagę, że powstała zmiana, musi być „istotna”, a jednocześnie „nagła”, „zaskakująca”, „trudna” czy wręcz „niemożliwa” do przewidzenia”. Ponadto musi mieć ona „charakter okoliczności trwałej nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego” (wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 r.). Tymczasem analizowana zmiana nie ma charakteru „trwałego” czy „nieodwracalnego” 37

(umowa spółki komunalnej może być ponownie zmieniona), czy też „trudna” lub „niemożliwa do przewidzenia” o czym będzie niżej.

Rada Miejska w Świdniku, stosownie do § 12.1 uchwały nr XXV/262/2016 Rady Miasta Świdnik z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie uchwalenia Statutu Gminy Miejskiej Świdnik uchwala plan pracy na dany rok kalendarzowy („Na pierwszej sesji w roku kalendarzowym Rada uchwala ramowy plan pracy na rok kalendarzowy uwzględniając plany pracy poszczególnych Komisji stałych). Działa więc w sposób przewidywalny i zaprojektowany z wyprzedzeniem. Dodatkowo wpływ na podejmowanie uchwał - inicjatywę uchwałodawczą - ma Burmistrz Miasta - czyli Kierownik Zamawiającego (§ 87.1). Oznacza to, iż mógł on znacząco wcześniej niż w trakcie - niekorzystnego dla spółki komunalnej postępowania - wystąpić z inicjatywą, która zakończyła się podjęciem uchwały 15 marca 2017 r.

Dodatkowo Zamawiający, przygotowując przedmiotowe postępowanie, jeśli faktycznie zmierzał do oddania swej spółce komunalnej zadań własnych winien był uwzględnić - dopuszczone nowelą ustawy pzp z roku 2016 - możliwości odstępstw od konkurencyjnych trybów w zamówieniach publicznych, przewidziane m.in. w art. 67 ustawy pzp. Pojawienie się takiej możliwości było nagłośnione w mediach, również mainstreamowych i związane z głośną debatą społeczną zarówno wśród środowisk prawniczych, samorządowców jak i przedstawicieli spółek komunalnych. Ponieważ Urząd Miasta Świdnik zdecydował się na postępowanie w jednym z podstawowych trybów tj. postępowaniu nieograniczonym, można przyjąć, że zarówno w momencie ogłoszenia postępowania (16.12.2016 r.) jak i składania ofert (24.01.2017 r.) zarówno on, Wykonawcy, spółka komunalna oraz radni miejscy nie planowali udzielenia zamówienia w trybie „in house” lub innym ograniczającym konkurencję. Dowodzą tego czynności faktyczne Zamawiającego (wykazane choćby w protokole postępowania), Wykonawców i rady miejskiej. Należy zauważyć, iż możliwość zastosowania procedury niekonkurencyjnej była więc absolutnie możliwa do przewidzenia, co potwierdzają przykłady innych podobnych postępowań. Zamawiający i rada takich rozwiązań jednak nie założyli i jak dowodzi historia postępowania w Świdniku, zdecydowali się na tradycyjny model przetargu nieograniczonego.

W ocenie Odwołującego się, zmiana modelu realizacji usługi objętej niniejszym postępowaniem przetargowym nastąpiła „nagle”, jednak wtedy, gdy oczywistym stało się dla Zamawiającego, iż spółka komunalna zamówienia niniejszego nie uzyska m.in. dlatego, że złożyła najmniej korzystną ofertę, która dodatkowo przekracza kwotę o której mowa w art. 86 ust 3 ustawy pzp. Okoliczność ta jest tak oczywista, że zwrócił na nią swą uwagę - prócz Odwołującego się - w piśmie z dnia 6 marca 2017 r. do Zamawiającego - Wykonawca Garden Designers D. i wspólnicy sp.j.

IV. Naruszenie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy pzp

Pomijając okoliczności objęte niniejszym odwołaniem, świadczące o wielu naruszeniach przepisów ustawy - można przyjąć, że wtedy pojawiła się „nagła”, „niemożliwa do przewidzenia” „zmiana okoliczności”, która jest związana nie tyle z „interese publicznym”, co z nową koncepcją Zamawiającego, który postanowił unieważnić przedmiotowe postępowanie w oparciu o m.in. treść art. 93 ust 1 pkt 6 i 7 ustawy pzp oraz odrzucić oferty Wykonawców z uwagi na treść art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy pzp. Tytułem

uzupełnienia warto zauważyć za Izbą, że Zamawiający nie może unieważnić postępowania wyłącznie z tego powodu, iż zmienił koncepcję wykonania przedmiotu zamówienia”(KIO 304/13).

W kontekście powyższego, wątpliwym wydaje się, by ideą ustawodawcy było unieważnianie postępowań właśnie z uwagi na takie „niemożliwe do przewidzenia” okoliczności jak oddanie do realizacji spółce komunalnej zadań własnych gminy. Prowadziłoby to bowiem do nagannych sytuacji, gdy w wyniku niekorzystnego dla spółki komunalnej rozstrzygnięcia lub sytuacji analogicznej jak ta ze Świdnika, można by powoływać się na rozwiązania tego typu. Praktyka taka jest szczególnie szkodliwa w kontekście wciąż obowiązującego w doktrynie i orzecznictwie stanowiska, iż : „W zakresie związanym z decyzją o unieważnieniu postępowania wskazują się, że takie zakończenie procedury udzielania zamówienia publicznego powinno być wyjątkiem od zasady, zgodnie z którą prowadzi ona do wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego i por. przepis art. 2 pkt 7a Pzp). Wobec tego przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego muszą być interpretowane ściśle”. (wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2015 r. KIO 2754/14; KIO 2755/14; KIO 2756/14; KIO 2757/14; KIO 2758/14).

W związku z powyższym zarzut niniejszy tj. zastosowania przez Zamawiającego art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy pzp wydaje się zasadny, albowiem w przedmiotowym stanie faktycznym nie wystąpiły przynajmniej dwie z trzech kumulatywnych przesłanek.

W pierwszej kolejności Wykonawca pragnie zwrócić uwagę, iż zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, „Unieważnienie postępowania, które jest obowiązkiem zamawiającego w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 93 ust 1 p.z.p., jest bardzo ważną czynnością zamawiającego i czynność ta powinna mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach ściśle odpowiadających treści wskazanego przepisu. Zamawiający nie ma prawa, nie naruszając przepisów p.z.p., unieważnić postępowania, jeżeli nie wykaze, iż zachodzą przesłanki określone we wskazanych przepisach. W prowadzonym postępowaniu, zamawiający nie wykazał, iż zachodzi przesłanka określona w art. 93 ust 1 pkt 7 p.z.p.” (wyrok KIO sygn. KIO/UZP 1088/08 z dnia 22 października 2008 r.). Jak wynika z powyższego, do unieważnienia postępowania z uwagi na treść art. 93 ust 1 ustawy pzp 39

może dojść tylko wówczas, gdy nastąpi jedna z okoliczności taksatywnie wskazanych przez ustawodawcę w tej regulacji. Jednocześnie obowiązkiem Zamawiającego jest także „wykazanie”, że zachodzą przesłanki określone w przywołanym przepisie. A contrario, brak wykazania tych przesłanek - co nastąpiło w przedmiotowym postępowaniu - uniemożliwia zgodne z ustawą unieważnienie postępowania. Co równie istotne obowiązująca na gruncie ustawy zasada numerus clausus przesłanek unieważnienia postępowania nie pozwala na ich wykładnię rozszerzającą (wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2011 r. sygn. KIO 1693/11).

W stanie faktycznym leżącym u podstaw niniejszego odwołania Zamawiający w piśmie z dnia 13 kwietnia 2017 r. wskazał w uzasadnieniu, iż podstawą prawną unieważnienia - z uwagi na brak środków na sfinansowanie zamówienia - jest art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy pzp bez wskazania innej normy - w szczególności którejś z tych wskazanych w art. 146 ust 1 ustawy pzp. Dokonując oceny podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o wskazaną przesłankę ustawową należy sięgnąć do art. 146 ustawy pzp, który wskazuje na okoliczności uprawniające do unieważnienia umowy. Przesłanki te określone w art. 146 ust. 1 ustawy pzp stanowią kwalifikowane wady (nieprawidłowości) dotyczące prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcia umowy. Ust. 5 i 6 art. 146 ustawy pzp określają także dodatkowe materialne przesłanki wskazujące na możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jedną z nich jest przesłanka wskazująca na czynności lub zaniechania zamawiającego dokonane z naruszeniem przepisów ustawy pzp, które to naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (podobnie KIO w wyroku z dnia 11 stycznia 2011 r. sygn. KIO/UZP 2789/10). Dla unieważnienia postępowania w oparciu o przesłankę zawartą w art. 96 ust 1 pkt 7 ustawy pzp, na który powołuje się Zamawiający, koniecznym jest ponadto - co wskazuje wyraźnie orzecznictwo - wykazanie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy (UZP/ZO/0-1564/05), czego w omawianym stanie faktycznym zabrakło.

W tym miejscu Odwołujący pragnie ponownie odnieść się do okoliczności wynikających wprost z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Otóż 6 października 2016 r. ustalono wartość szacunkową zamówienia pn. „Oczyszczanie

terenów komunalnych oraz utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Gminy Miejskiej Świdnik w latach 2017 - 2019". W dokumencie, który Odwołujący się przedkłada wraz z niniejszym pismem, Kierownik referatu WMK UM Świdnik mgr. Inż. P. K., ustalił szacunkową wartość przedmiotowego zamówienia na 10.982.025 złotych brutto, opierając się na wartości takiego samego zadania z roku 2016 (utrzymanie zieleni i oczyszczanie terenów komunalnych w tym roku wyniosło 3.686.547,73 złotych brutto/rok). W kolejnym z dokumentów - „Protokole postępowania w trybie przetargu nieograniczonego” - w rozdziale 2 pkt 4 (str 3), Zamawiający wskazał ostatecznie, iż wartość szacunkowa zamówienia (kwota netto - przyp. Odwołujący się) to 10.140.000,00 złotych, przy jednoczesnym oszacowaniu kwoty na 40

wartość przewidywanych zamówień (o których mowa w art. 67 ust 1 pkt 6 i 7 ustawy pzp i art. 134 ust 6 pkt 3 ustawy pzp) na kwotę 5.070.000,00. Jak wskazano w pkt 5 „wartość zamówienia została ustalona w dniu 6.10.2016 r. na podstawie planowanych kosztów”. Chronologicznie kolejnym istotnym dokumentem jest uchwała nr XXXI/321/2016 r Rady Miasta Świdnik z dnia 28 grudnia 2016 r. w sprawie uchwały budżetowej Gminy Miejskiej Świdnik na rok 2017 r. W dziale 900 załącznika nr 1 do przedmiotowej uchwały, rozdział 90003 i 90004 tj. odpowiednio „Oczyszczanie 'miast i wsi'” oraz „Utrzymanie zieleni w miastach i gminach” przeznaczono (zaplanowano na rok 2017) wydatki 3.034.800,00 złotych (oczyszczanie) i 702.275,00 złotych (zieleni). Porównując wartości te z tymi wykazanymi w dokumencie „wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia” z dnia 6.10.2016 r. trzeba zauważyć, iż kwoty przeznaczone na oczyszczanie miasta nie różnią się, zaś te przeznaczone na utrzymanie zieleni dzieli niewielka różnica. Wreszcie co najistotniejsze - wbrew temu, iż jak twierdzi Zamawiający od dnia 2 stycznia 2017 r. zaplanował on roczne wydatki dla pozycji „oczyszczanie miasta” i „utrzymanie zieleni” na poziomie 2.700.675,00 złotych - procedując m.in. podczas otwarcia oświadczył, iż zgodnie z treścią art. 86 ust 3 ustawy pzp dysponuje dla sfinansowania przedmiotowego zadania kwotą 10.022.025,00 zł brutto, a więc wystarczającą, by wybrać oferty sklasyfikowane na pozycjach nr 1 i 2 rankingu. Kwotę tą Zamawiający również wykazał w rozdziale 11 pkt 2 „protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego” (str 8). Zakładając, iż protokół postępowania uzupełniano „na bieżąco”, to w dniu otwarcia ofert, po raz drugi wskazano kwotę 10.022.025,00 zł brutto, jako tą, którą zamierza się przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a więc wystarczającą do sfinansowania zamówienia przy wyborze którejkolwiek z dwóch pierwszych ofert.

Reasumując powyższe Odwołujący się pragnie zauważyć, iż nawet jeśli przyjąć, iż Zamawiający środkami nie dysponuje - czemu przeczą przywołane dokumenty - i wiedzą tą dysponował od dnia 2 stycznia 2017 r., winien był podjąć odpowiednie kroki jeszcze przed złożeniem ofert przez Wykonawców, czego nie uczynił. Tymczasem 24 stycznia 2017 r. podczas otwarcia ofert - jak wynika z dokumentów postępowania - ogłosił, iż dysponuje określoną kwotą dla sfinansowania zamówienia, co istotne inną niż ta wskazana w uzasadnieniu do unieważnienia postępowania i procedował dalej. Co szczególnie istotne, jeszcze 12 kwietnia 2017 r. (w mailu do AVR sp. z o.o. z dnia 13 kwietnia 2014 r.) w piśmie będącym odpowiedzią na zapytanie skierowane do niego w trybie informacji publicznej, Zamawiający stwierdził wprost, iż: „postępowanie jest na etapie badania i oceny ofert”. Pytaniem zasadniczym w sytuacji takiej jak opisywana jest, czy działanie Miasta Świdnik można określić mianem działania „racjonalnego Zamawiającego” i dlaczego prowadził on nadal postępowanie „badał i oceniał oferty”, skoro jak twierdzi w uzasadnieniu do swej decyzji nie miał odpowiednich środków na pokrycie ewentualnych zobowiązań. W kontekście powyższego Wykonawca pragnie podnieść za wyrokiem Krajowej izby Odwoławczej przy Prezesie Zamówień Publicznych z dnia z dnia 22 marca 2010 r.(sygn. akt KIO/UZP 210/10), 41

że „nadużycie instytucji unieważnienia (w oparciu o treść art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy pzp - przyp.) postępowania przez Zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, ze względu na podstawę unieważnienia przedmiotowego postępowania, istotne jest wskazanie, iż wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji błędów i zaniedbań zamawiającego, zaś w przypadku ich wystąpienia winny być one każdorazowo odczytywane i interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego

Dodatkowo na co trzeba zwrócić uwagę, w swym uzasadnieniu, Zamawiający - nawet

przy założeniu słuszności jego argumentacji - nie wykazał, iż nie jest możliwe przesunięcie środków z innych pozycji w budżecie nie wyjaśnił rozbieżności pomiędzy kwotą podaną zgodnie z art. 86 ust 3 ustawy pzp, a tą wskazaną w uzasadnieniu do unieważnienia postępowania.

Co konieczne podkreślenia Zamawiający w części obejmującej niniejszy zarzut nie wskazał z jaką konkretnie normą art. 146 ustawy pzp należy wiązać przepis art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy pzp, co jak wskazano wcześniej jest warunkiem sine qua non prawidłowego uzasadnienia unieważnienia postępowania w omawianym zakresie.

Dalej trzeba nadmienić, że nie wskazano dlaczego Zamawiający wiedząc, że istnieje możliwość wystąpienia rozbieżności pomiędzy kwotami z obliczenia wartości szacunkowej zamówienia, budżetu miasta z 28 grudnia 2017 r. i kwoty podanej podczas otwarcia złożonych ofert, a kwotą wskazaną w uzasadnieniu do unieważnienia postępowania - zachowując się biernie - nadal procedował, narażając postępowanie, jego wynik oraz biorących w nim Wykonawców na efekt końcowy jak ten stanowiący podstawę zarzutów w niniejszym odwołaniu.

V. Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp: W zw. Z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp; w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp: w zw. z art. 22 § 1 ustawy kodeks pracy,

42

Zamawiający na str. 3 „Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania” wskazał na niedającą się usunąć wadę prawną postępowania w zakresie wymagań w sprawie zatrudnienia osób na umowę o pracę. Stwierdził, że wobec faktu, iż wymagał zatrudnienia na umowę o pracę wyłącznie od :

- a. Kierowców pojazdów zimowego i letniego utrzymania dróg,
- b. Przedstawiciela Wykonawcy- Koordynatora.

i nie dopatrzył się konieczności zawarcia analogicznej umowy z pozostałymi osobami uczestniczącym w realizacji usług na jego rzecz, zachodzi niemożliwość do usunięcia wada, rzutująca na późniejszą umowę.

Wobec ujęcia tylko niektórych zadań w obowiązku zatrudniania w oparciu o umowę o pracę, Zamawiający dopatrzył się możliwości błędnego odczytania treści SIWZ przez Wykonawców i tym samym złożenie przez nich ofert nieporównywalnych.

Celem poparcia swoich twierdzeń, Zamawiający postanowił przytoczyć fragment opinii Prezesa UZP dotyczącego stosowania art. 29 ust. 3a ustawy pzp.

Stanowisko Zamawiającego należy uznać za niewłaściwe, a przytoczony przez niego fragment opinii Prezesa UZP za wybiórczy i oderwany od logicznej całości.

Omawiany problem - zdaniem Odwołującego się - należy rozważyć z na kilku płaszczyznach:

1. po pierwsze należy wskazać na cechy stosunku pracy i w oparciu o jakie przepisy Zamawiający będzie władny ustalić cechy poszczególnych zadań związanych z realizacją zamówienia;
2. po drugie należy ustalić kto ponosi negatywne skutki niedopatrzenia Zamawiającego i jaki powinien być tryb ich usunięcia;
3. po trzecie czy potencjalne uchybienie spowodowało niemożność porównania złożonych ofert.

Dopiero w oparciu o takie ustalenia będziemy w stanie określić czy rzeczywiście nastąpiło niedopatrzenie ze strony Zamawiającego i czy ewentualne uchybienie uniemożliwia zawarcie ważnej umowy.

W zakresie pkt. 1, Prezes UZP w swojej opinii dotyczącej art. 29 ust. 3a ustawy pzp, stwierdził, iż „[...] Ustawodawca zobligował Zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia, wykonanie określonych czynności będzie zawierały cechy stosunku pracy

Co za tym idzie Zamawiający winien dokonać określenia poszczególnych czynności przy zastosowaniu przepisów Kodeksu pracy, a dokładnie art. 22 § 1 te same ustawy.

W oparciu o tę jednostkę redakcyjną w doktrynie przyjmuje się, że stosunek pracy charakteryzuje: dobrowolność, osobiste świadczenie pracy w sposób ciągły, podporządkowanie, wykonywanie pracy na rzecz pracodawcy ponoszącego ryzyko związane 43

pracy. Komentarz, wyd. III).

Takie samo stanowisko przyjęte zostało w orzecznictwie sądów powszechnych, gdzie za przykład posłużyć może wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt III AUa 1235/16, gdzie podniesiono, iż:

„[...] „Praca” w rozumieniu art. 22 k.p., to działalność:

1. zarobkowa;
2. wykonywana osobiście przez pracownika (z możliwością zastępstwa przy wykonywaniu niektórych czynności, za zgodą pracodawcy, przez innego pracownika);
3. wykonywana stale, powtarzająca się w codziennych lub dłuższych odstępach czasu, niebędąca więc jednorazowym wytworem lub czynnością jednorazową;
4. wykonywana „na ryzyko” pracodawcy, który z reguły dostarcza pracownikowi środków niezbędnych do wykonywania umówionych obowiązków oraz ponosi konsekwencje niezawinionych błędów popełnianych przez pracownika (tzw. ryzyko osobowe), a ponadto jest obowiązany do zapłaty pracownikowi wynagrodzenia w przypadkach zakłóceń w funkcjonowaniu zakładu pracy, np. przestojów (tzw. ryzyko techniczne) lub złej sytuacji finansowej przedsiębiorstwa (tzw. ryzyko gospodarcze);
5. świadczona „pod kierownictwem” pracodawcy, co oznacza, że pracownik powinien stosować się do poleceń przełożonych, które dotyczą pracy (art. 100 § 1), i pozostawać do dyspozycji pracodawcy w zakładzie pracy lub w innym miejscu [...]”.

Zbiór cech charakterystycznych dla stosunku pracy wyspecyfikowany powyżej powoduje, że należy go zestawić z wykazem pozostałych prac, zawartym w „Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania”.

Na str. 3 i 4 tegoż dokumentu czytamy, iż : „w świadczeniu usług w zakresie zamówienia będą brały udział osoby fizyczne odpowiedzialne za utrzymanie czystości i porządku, w szczególności za:

- a. wywóz śniegu z chodników, placów i ulic;
- b. sprzątanie i utylizację martwych zwierząt;
- c. koszenie trawników w pasach drogowych na terenach ogólnomiejskich itp.;
- d. zakładanie trawników;
- e. pielęgnację żywopłotów, w tym: sezonowe cięcie, cięcie odmładzające, karczowanie, odchwaszczanie żywopłotów, pielęgnacja bylin i różanek, kwiatów w donicach oraz kwietników sezonowych;
- f. pielęgnację drzew i krzewów, w tym: usuwanie posuszu, formowanie koron drzew, odmładzanie, karczowanie i odchwaszczanie krzewów pojedynczych i w skupiskach, usuwanie drzew oraz korzeni po ściętych drzewach;
- g. pielęgnację zieleni w parku miejskim; 44

h. wykonywanie nasadzeń drzew, krzewów i kwiatów.

Już wstępna lektura powyższego zestawienia pozwala wskazać, że każda z tych czynności ma charakter okresowy - będzie wykonywana w momencie zajścia określonej potrzeby. Niektóre z wymienionych usług, mogą być wykonywane nawet jednorazowo w ciągu całego roku/kilkukrotnie w ciągu trwania całej umowy (np. wywóz śniegu w przypadku braku opadów lub niewielkich opadów).

Wobec wyraźnej cechy okresowości poszczególnych prac, w sposób oczywisty odpadnie przesłanka „stałości” czy też „ciągłości” realizacji poszczególnych zadań, co wyklucza zaliczenie takich świadczeń jako wykonywanych w ramach stosunku pracy.

Część czynności może zostać wykonana w zakresie jednego dnia roboczego, a następnie, potrzeba ich powtórnej realizacji odpadnie na dłuższy okres czasu.

W znaczącej liczbie wskazanych usług najistotniejszy jest efekt końcowy (wywiezienie śniegu; wywiezienie gałęzi), co tym samym przybliża je do wykonania w ramach umowy o dzieło aniżeli stosunku pracy.

W zakresie punktu 2, należy krótko wskazać, iż ewentualne negatywne konsekwencje zatrudnienia pracownika w oparciu o umowę inną niż umowa o pracę, przy występowaniu cech stosunku pracy obciąża w tym przypadku wyłącznie pracodawcę/wykonawcę.

To w stosunku do niego zostaną wyciągnięte konsekwencje znajdujące swoje podłoże w normach prawa pracy ale też w przepisach karnych.

Taki stan rzeczy nie powinien w żaden sposób skłaniać Zamawiającego do modyfikacji postępowania, ponieważ nie wpływają one na jego sytuację prawną.

W sytuacji jednak gdyby Wykonawca uznał takie warunki prowadzenia przetargu za

nazbyt niesprawiedliwie i sprzeczne z prawem, wtedy obowiązany jest skorzystać ze środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą pzp i wnieść odwołanie na postanowienia SIWZ, co w przedmiotowym stanie nie nastąpiło.

Wreszcie w zakresie punktu 3, należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w swoim piśmie podszedł do opinii Prezesa UZP w sposób wybiórczy, jednocześnie nie zwracając uwagi na istotne zapisy cytowanego przez siebie fragmentu.

Możemy przeczytać w nim, że na skutek niewłaściwego określenia obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę osób biorących udział w realizacji zamówienia oferty, może powstać nieporównywalność złożonych ofert, ale tylko w określonych warunkach, tj. :

1. przy scedowaniu na Wykonawcę obowiązku określenia które prace mają charakter stosunku pracy, np. w formie zapisu, że jeśli Wykonawca ujawni po swojej stronie z pracownikami je czynności o takim

charakterze zobowiązany będzie zawrzeć wykonującymi umowy o pracę,

2. jak też nadmiernie ogólne wskazanie rodzaju prac, np. w formie zapisu, że zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności o takim charakterze podczas realizacji, etc. 45

Prezes UZP wskazuje na te dwa konkretne przypadki i tylko i wyłącznie do nich wysuwa obawy, co do możliwości powstania nieporównywalności ofert, co niewątpliwie stanowiłoby naruszenie art. 7 ustawy pzp.

W zakresie obowiązku zastosowania się do normy art. 29 ust. 3a ustawy pzp, Zamawiający zawarł wszelkie informacje na str. 2 SIWZ.

Po analizie należy stwierdzić, iż zapisy pkt 3.5 w żaden sposób nie wpisują się jedną z sytuacji o której w swojej opinii wypowiedział się Prezes UZP, co tym samym wskazuje na niewłaściwe założenia Zamawiającego, co skutkowało naruszeniem norm ustawy pzp.

Kolejno należy podnieść, iż podstawą do oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu są kryteria przyjęte przez Zamawiającego w SIWZ, w ustępie zatytułowanym: „18. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego”.

Na str. 13-15 SIWZ w pkt 18, Zamawiający wskazał następujące kryteria:

18.1 Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:

Kryterium wyboru Znaczenie —
waga

Cena oferty 60%

Doświadczenie 40 %

gdzie kryterium „Doświadczenie” to doświadczenie Koordynatora Wykonawcy, który zostanie skierowany do realizacji usług na rzecz Zamawiającego.

Taka konstrukcja treści SIWZ, jak też formularzy ofertowych w sposób jednoznaczny pozwala wyłonić ofertę najkorzystniejszą w oparciu o obiektywne i możliwe do zestawienia ze sobą kryteria.

Odwolujący pragnie podnieść, że Zamawiający zamieścił ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu w Biuletynie Informacji Publicznej w dniu 16 grudnia 2016 r.. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 24 stycznia 2017 r., po czym Zamawiający cały czas procedował, podejmując różne czynności w postępowaniu (odtajnając oferty, wzywając do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy pzp oraz wzywając do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 1 ustawy pzp), powierzając usługę Przedsiębiorstwu Komunalnemu PEGIMEK sp. z o.o., jako zamówienie in-house, po czym dopiero z początkiem kwietnia (Zawiadomienie o unieważnieniu datowane jest na dzień 13 kwietnia 2017 r.), zdecydował się na ujawnienie potencjalnego uchybienia, jakiego dopuścił się przy organizacji postępowania.

46

Zdaniem Odwołującego, podstawa na jaką powołał się Zamawiający ma charakter iluzoryczny i nie znajduje uzasadnienia w rzeczywistości.

Co istotne w kwestii omawianego zarzutu, Zamawiający wskazując na przyczyny

unieważnienia postępowania, na str. 2 „zawiadomienia” z dnia 13 kwietnia 2017 r. wskazał jedynie na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. Przytoczona norma prawna dopuszcza unieważnienie ze względu na niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tymczasem sama kwestia unieważnienia umowy musi zostać oceniona pod kątem art. 146 ustawy pzp, który Zamawiający pominął przy określeniu podstawy prawnej podjętej przez niego czynności. Odwołujący, po lekturze całego pisma może wnioskować, że Zamawiający przy wykorzystaniu instytucji z art. 93 ust. 7 pzp pragnie powiązać ją z art. 146 ust. 6 pzp, o czym świadczyłby zapis w główce pisma (str. 1). Taką podstawę prawną należy uznać jednak za wątpliwą w szczególności, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek wskazania konkretnych przyczyn, związku przyczynowego pomiędzy wadą, a niemożliwością zawarcia ważnej umowy i precyzyjnego uzasadnienia swej decyzji, zgodnie z normą art. 93 ust 3 ustawy pzp. Przepis z art. 146 ust. 6 ustawy pzp wskazuje natomiast jedynie na możliwość unieważnienia umowy zawartej po przeprowadzenia postępowania w trybie pzp.

Wobec braku wyczerpującego uzasadnienia, Odwołującemu ciężko jest znaleźć związek pomiędzy omówionymi przepisami, a tym bardziej odnaleźć zasady na jakich Zamawiający postanowił je zastosować.

VI. Naruszenie art. 93 ust 3 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy pzp.

Kolejnym naruszeniem przepisów ustawy pzp na którą pragnie zwrócić uwagę Odwołujący się, jest obraza art. 93 ust 3 ustawy pzp, poprzez niewystarczające uzasadnienie przez Zamawiającego swej decyzji o unieważnieniu postępowania z uwagi na treść art. 93 ust 1 pkt 6 i 7 ustawy pzp. Jak wskazuje ust 3 art. 93 ustawy pzp „O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy: 1) ubiegali się o udzielenie zamówienia - w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert, 2) złożyli oferty - w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert - podając uzasadnienie faktyczne i prawne”. W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania zamawiający podaje uzasadnienie faktyczne i prawne. Wystarczającym uzasadnieniem prawnym jest wskazanie konkretnej przesłanki unieważnienia (lub wszystkich przesłanek, jeśli wystąpią kumulatywnie). Uzasadnienie faktyczne powinno natomiast zawierać przytoczenie okoliczności, które sprawiły wystąpienie przesłanki i wskazanie, w jaki sposób ją wyczerpują. Dotyczy to wszelkich przesłanek unieważnienia, jednak ze względu na niedookreślony charakter jest szczególnie istotne przy unieważnianiu postępowań na podstawie przesłanek odnoszących się do interesu publicznego oraz wady postępowania” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. - Dzierżanowski W., Jerzykowski, Stachowiak M., Wolters Kluwer, 47

Warszawa 2014). Jak wynika z zaprezentowanego powyżej stanowiska doktryny, o ile uzasadnieniem prawnym może być jak uczynił to Zamawiający samo przywołanie odpowiedniego przepisu (w tym przypadku art. 93 ust 1 pkt 6 i 7 ustawy pzp), to już uzasadnienie faktyczne - zwłaszcza gdy mamy do czynienia z podstawą unieważnienia z pkt 6 i 7 art. 93 ustawy pzp - winno zawierać przytoczenie okoliczności, które sprawiły wystąpienie przesłanki oraz wskazanie, w jaki sposób ją wyczerpują. Tego w uzasadnieniu Zamawiającego nie ma. Jak wskazano wcześniej przy omawianiu konkretnych zarzutów związanych z art. 93 ust 1 pkt 6 i 7 ustawy pzp uzasadnienie jest nieprecyzyjne, mało konkretne, a przede wszystkim uniemożliwia precyzyjne ustalenie, co było faktyczną przyczyną unieważnienia - jak w przypadku art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy pzp. Powoduje, że Odwołujący się, konstruując niniejsze odwołanie zmuszony był do „spekulowania” i ustalania faktycznych intencji Zamawiającego. W przypadku zaś art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy pzp brak było wskazania wymaganego w takiej sytuacji związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wadą, a niemożliwością zawarcia ważnej umowy, wykazania, iż wada ta, iż nawet „niemożliwa do usunięcia” stanowi okoliczność uzasadniającą unieważnienie umowy. Warto także zwrócić uwagę, iż Zamawiający uzasadniając swoją decyzję o „unieważnieniu postępowania” pomija pewne okoliczności, które świadczą albo o jego błędach i zaniechaniach (kwestia związana z finansowaniem zamówienia) lub powołuje się na wybiórcze okoliczności postępowania (zapominając chociażby, iż wybór najkorzystniejszej oferty dokonywany jest w oparciu o zapisy przywołanego fragmentu SIWZ i wskazane tam kryteria, a nie okoliczności wskazane w opisie przedmiotu zamówienia). Tymczasem stosownie do orzeczenia KIO z dnia 3 kwietnia 2008 roku w sprawie oznaczonej sygn. KIO/UZP 248/08 „W przypadku unieważnienia postępowania na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia zaistnienia jednej z przesłanek określonych w art. 93 ust 1 p.z.p.”

tym bardziej, iż „Ze względu na charakter normy prawnej wyrażonej w art. 93 ust 1 pkt 7 decyzji o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie może podjąć na podstawie domniemań i przypuszczeń, tym bardziej jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, iż zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (wyrok KIO z dnia 22 marca 2010 r. sygn. KIO/UZP 210/10). Powracając więc do kwestii niewłaściwego uzasadnienia swej decyzji przez Zamawiającego należy podkreślić, iż „podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego art. 93 ust 3 ustawy pzp, lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania, w szczególności jeżeli została ona podjęta z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.” (z dnia 22 marca 2013 r. sygn. KIO 532/13). Dlatego też - co podkreśliła Izba w tym samym wyroku - jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog oczywistych sytuacji opisanych w pkt 1-6 art. 146 ust. 1 p.z.p. tym bardziej musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty i jest na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu 48

umowy w sprawie zamówienia. Dlatego w kontekście art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy pzp kwestią wątpliwą jest czy do unieważnienia postępowania w ogóle powinno dojść zwłaszcza, iż Zamawiający nie wykazał czy wada ma charakter nieusuwalny, czy jest poważna, jaki ma wpływ na wynik postępowania, czy wynika z okoliczności wskazanych w art. 146 ustawy pzp czy też innych nie wynikających z ustawy i czy na pewno do unieważnienia umowy w przypadku jej zawarcia doszłoby, a jeśli tak do dlaczego.

Konsekwencją kwestii podniesionych powyżej g naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust 3 ustawy pzp jest jednocześnie naruszenie przez Zamawiającego kluczowej zasady udzielania zamówień publicznych w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, czym naruszył on w szczególności art. 7 ust. 1 ustawy pzp, albowiem wadliwe uzasadnienie decyzji o unieważnieniu postępowania ma istotny wpływ na prawidłowe sformułowanie i wniesienie środków ochrony prawnej.

VII. Naruszenie art. 93 ust 1 pkt 6 pzp; w zw. z art. 7 ust 1 Pzp; w zw.art. 107 ust 1 TFUE.

Dla omówienia wskazanego zarzutu, istotne wydaje się wskazanie celu dla którego ustawodawca wprowadził ustawę prawo zamówień publicznych.

Potrzeba wprowadzenia przedmiotowych przepisów wyniknęła z konieczności określenia jasnych i transparentnych zasad wydatkowania środków publicznych. Ustawodawca pragnął zadbać, aby finansowanie potrzeb Zamawiających dokonywane było w sposób rozsądny, przy jednoczesnym wspieraniu zdrowej i uczciwej konkurencji, co też zostało podyktowane obowiązującym prawem unijnym.

W uzasadnieniu do projektu ustawy, możemy przeczytać, iż „[...] wyłączenia z reżimu zamówień publicznych wyznaczają zakres w którym gwarancje swobody przepływu towarów i usług są mniej intensywnie zabezpieczone- katalog (o katalogu wyłączeń spod reżimu Ustawy Prawo zamówień publicznych- przyp. Odwołującego) ten jest przedmiotem wyjątkowo skrupulatnej oceny Komisji Europejskiej i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości [...]”.

W samym opisie projektu ustawy z 2004 r. wskazano, iż celem nowego aktu prawnego jest „[...] wprowadzenie rozwiązań ułatwiających przedsiębiorcom dostęp do rynku pracy [...]”, co jest potwierdzeniem tezy wysuwanej przez Odwołującego się.

Ustawodawca wprowadzając rozwiązania unijne musiał zgodzić się na implementację a podstawowych wartości i zasad jakie przyświecają rynkowi wspólnotowemu, tj. najwyższemu poszanowaniu konkurencji. Dał temu wyraz chociażby w obowiązującym art. 7 ustawy pzp, ale też art. 10 ustawy pzp w zakresie preferencji trybów konkurencyjnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na względzie „zamiar” ustawodawcy, polegający na wdrożeniu rozwiązań unijnych, należy wysunąć wniosek, iż każdy Zamawiający zlecając określone usługi winien w 49

sposób szczególnie uważny analizować możliwość działania z pominięciem stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, jak też pamiętać o normach ogólnych wynikających z traktatów, a w szczególności TFUE.

Do tego ostatniego oblige ugruntowana w doktrynie zasada pierwszeństwa prawa UE. Oznacza ona, że postanowienia i akty prawa wspólnotowego stanowią hierarchicznie

wyższą część składową porządku prawnego obowiązującego na terenie każdego Państwa członkowskiego. Zasada ta uniemożliwia stosowanie każdego przepisu prawa wewnętrznego sprzecznego z prawem wspólnotowym i umożliwia organom ochrony prawnej niestosowanie się do niego jeszcze przed jego uchyleniem.

Wobec wstępnego przytoczenia rozwiązań o charakterze systemowym, Odwołujący przejdzie do omówienia przepisów stanowiących podstawę zarzutu.

Zamawiający, wykorzystując przepisy ustawy o gospodarce komunalnej, postanowił przekazać do wykonania zadanie objęte wcześniej postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, kontrolowanej przez siebie spółce prawa handlowego. Zamawiający uczynił to w drodze Uchwały Rady Miejskiej z dnia 15 marca 2017 r. nr XXXV/349/2017 zmieniającej uchwałę nr XXVIII/228/92 w sprawie przekształcenia Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Świdniku.

Przedsiębiorstwo Komunalne PEGIMEK sp. z o.o. (bo o nim mowa), jest spółką prawa handlowego, w której 100% udziałów posiada Gmina Miejska Świdnik. Wobec faktu, iż zamówienie należy do zadań własnych Gminy, potencjalnie posiada ona uprawnienie do jego realizacji za pośrednictwem „należącej” do niej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjnej. Odwołujący pragnie wskazać, iż w sposób zamierzony użył zwrotu „potencjalnie”, albowiem aby takie powierzenie odbyło się w sposób prawidłowy musi zostać spełniony szereg warunków, których spełnienie weryfikują zarówno Wojewódzkie Sądy Administracyjne, jak też Krajowa Izba Odwoławcza.

Odwołujący jedynie informacyjnie pragnie podnieść, iż powierzenie zadania własnego Gminy, spółce prawa handlowego nie może nastąpić inną uchwałą aniżeli uchwałą organu stanowiącego Gminy będącego aktem założycielskim spółki. Tam i tylko tam (vide: Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 03 lipca 2013 r., sygn. akt II SA/Wr 299/13) może zostać wskazany zakres czynności/zadań, jakie na rzecz podmiotu założycielskiego może wykonywać „należąca” do niego spółka.

Aktem założycielskim dla Przedsiębiorstwa Komunalnego PEGIMEK sp. z o.o. jest uchwała nr XXVIII/228/92, która nie zawierała w swojej treści zakresu usług, które obecnie powierzył spółce Zamawiający. Co prawda, Rada Miejska podjęła uchwałę o modyfikacji uchwały założycielskiej, to jednak należy uznać taki zabieg za niedopuszczalny wobec faktu, iż akt założycielski kreował potrzeby Gminy na tamten moment (1992 r.) i niemożliwie zdaje się ich modyfikowanie biorąc pod uwagę dzień dzisiejszy. 50

Gmina ma prawo zmienić zakres świadczeń podległej spółki kapitałowej, jednak zawsze będzie to zmiana „na przyszłość”.

Należy mieć na względzie, że sam akt założycielski przekłada się bezpośrednio na treść umowy spółki. Późniejsze modyfikacje winny znaleźć w niej bezpośrednie odzwierciedlenie. W tym przypadku akt administracyjny nie może ingerować w dziedzinę uregulowaną przepisami Kodeksu spółek handlowych, tym samym aby zmiana nabrała mocy prawnej, Zgromadzenie wspólników winno podjąć stosowną uchwałę większością kwalifikowaną o której mowa w art. 246 ksh, a następnie zostać zarejestrowana w myśl przepisów ustawy o KRS.

Są to rozważania w części należące do kognicji Sądów administracyjnych, jednak tytułem wstępu Odwołujący postanowił je uwypuklić dla wskazania skali naruszeń po stronie Zamawiającego.

W zakresie naruszeń przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, a tym samym naruszeń traktatów, Odwołujący podnosi, iż działanie w oparciu o ustawę pzp daje takim zabiegom domniemanie zgodności z prawem unijnym, albowiem jej przepisy stanowią w dużej mierze implementacje norm UE bezpośrednio do porządku krajowego.

Wyjście poza ustawę o której mowa powyżej, nie korzysta z takiego domniemania, co sprawa, iż Zamawiający winien każdorazowo badać czy nie naruszył prawa wspólnotowego.

Należy jasno stwierdzić, że zlecanie zamówień w tzw. trybie in-house i przekazywanie bezprzetargowo środków publicznych podmiotowi trzeciemu może stanowić naruszenie art. 107 TFUE o niedozwolonej pomocy publicznej.

Zamawiający winien dołożyć w tym przypadku szczególnej staranności i zbadać w oparciu o przesłanki utarte w orzecznictwie, jaką rolę będą spełniać przekazywane fundusze.

Pomocne w tym zakresie jest orzeczenie ETS z dnia 24 lipca 2003 C-280/00 (Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, przy udziale Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht), dotyczące

powierzenia przez Rząd regionu Magdeburga zadań z zakresu transportu publicznego.

W ramach wskazanego wyroku wypracowano zbiór warunków/pytań co do których każdy organ dysponujący środkami publicznymi winien się odnieść i sprawdzić, czy aby przekazywane przez niego fundusze nie stanowią naruszenia postanowień traktatowych.

Aby pomoc publiczna była dozwolona należy określić jej cechy w oparciu o cztery przesłanki:

1. Przedsiębiorstwo będące beneficjentem pomocy musi faktycznie być zobowiązane do wykonywania obowiązków z zakresu użyteczności publicznej, a obowiązki muszą być jasno określone;

2. Parametry na podstawie których, obliczana jest rekompensata finansowa, powinny być wcześniej określone w sposób obiektywny i przejrzysty, aby uniknąć przyznawania korzyści gospodarczych, które dawałyby przedsiębiorstwu będącym 51

beneficjentem przewagę nad przedsiębiorstwami konkurencyjnymi;

3. Rekompensata nie może przekraczać kwoty będącej niezbędnej do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych w związku z wykonywaniem obowiązków świadczenia usług użyteczności publicznej, przy uwzględnieniu odpowiednich przychodów i rozsądnego zysku.

Spełnienie tego warunku jest niezbędne dla zagwarantowania, że przedsiębiorstwo będące beneficjentem nie pomocy nie uzyska żadnej korzyści, która zakłóciłaby lub groziłaby zakłóceniem warunków konkurencji poprzez wzmocnienie pozycji konkurencyjnej tego przedsiębiorstwa.

4. Jeżeli przedsiębiorstwo, które ma wykonywać obowiązki świadczenia usług użyteczności publicznej nie zostało w konkretnym przypadku wybrane zgodnie z procedurami zamówień publicznych, które pozwoliłyby na wybór oferenta będącego w stanie zapewnić świadczenie tych usług społeczności po najniższych kosztach, poziom koniecznej rekompensaty należy określić na podstawie analizy kosztów, jakie typowe, dobrze zarządzane i odpowiednio wyposażone w środki transportu przedsiębiorstwo, poniosłoby przy wykonywaniu obowiązków z zakresu użyteczności publicznej, aby móc sprostać wymaganiom z nimi związanym, przy uwzględnieniu odpowiednich przychodów i rozsądnego zysku z tytułu wypełnienia tych zobowiązań.

Jak widać, przy zastosowaniu procedur niemieszczących się w ustawie pzp, Zamawiający winien jest podjąć niezwykle szczegółową i wnikliwą analizę sytuacji zarówno samej spółki jak i wydatkowanych środków.

Organ publiczny zobowiązany jest do szczegółowej kalkulacji przekazywanych funduszy, celem zapewnienia, iż taki zabieg spełnia przesłanki z pkt. 3 i 4 in fine.

Ponadto sam zamiar powierzenia usług w omawiany sposób winien być zaplanowany ze znaczącym wyprzedzeniem dla przeprowadzenia odpowiednich analiz i badań, które spełnią wymagania z pkt 2.

W niniejszym przypadku Zamawiający zupełnie pominął proces kalkulacji i sprawdzania zasad oraz metod przekazania środków publicznych. Z wiedzy posiadanej przez Odwołującego w żaden sposób nie wynika, aby Zamawiający podejmował jakiegokolwiek kroki które wpisywałyby się w którykolwiek z powyżej przedstawionych założeń.

Zamawiający, co w takiej sytuacji ma status priorytetowy, nie dokonał żadnych obliczeń, które pozwoliłyby mu skalkulować kwotę spełniającej warunek „rekompensaty powiększonej o rozsądny zysk”. Przekazując środki bez takich badań, może dojść do sytuacji w której kwota za wykonana usługę będzie stanowić swojego rodzaju „dotację” dla spółki, co w sposób znaczący pozwoli jej zdobyć uprzywilejowaną pozycję na rynku.

Odwołujący wskazuje, że działania Zamawiającego, wobec braku jakiegokolwiek analizy skutków przekazania zamówienia w trybie in-house, w sposób oczywisty naruszyło postanowienia traktatowe, zakazujące „dotowania” przedsiębiorców ze środków publicznych. 52

Wystąpienia powyższego deliktu ma bezpośredni wpływ na zastosowanie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, albowiem uzasadnił on jego wykorzystanie faktem podjęcia przez Radę Miejską uchwały w zakresie przekazania usług stanowiących przedmiot niniejszego postępowania. Natomiast, jeżeli samo przekazanie jest dotknięte błędami, który winny skutkować jego bezskutecznością, to należy wskazać, że stanowi ono jedynie powód pozorny dla wykorzystania przepisów Ustawy Prawo zamówień publicznych dot. unieważnienia postępowania, co tym samym czyni zarzut Odwołującego w pełni

zasadnym.

Kończąc powyższy wywód należy z ostrożności dodać, że zgodnie z Wyrokiem ETS z dnia 24 lipca 2003 r. C-280/00, „[...] nawet stosunkowo niewielki rozmiar pomocy, bądź stosunkowo nieznaczna wielkość przedsiębiorstw, które ją otrzymuje, nie wyklucza możliwości, iż handel pomiędzy Państwami członkowskimi (tym samym konkurencja- przypis Odwołującego) mógłby być dotknięty skutkami udzielonej pomocy

VIII. Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp; w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP : w zw. z art. 102 ust. 1 TFUE.

Proces udzielenia zamówienia in-house i związane z nim delikty zostały już w sposób szczegółowy opisane w poprzednim zarzucie. Mając to na względzie Odwołujący pominie znaczącą część rozważań w tym zakresie, przechodząc do wskazania naruszeń norm prawnych określonych w zarzucie niniejszym.

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosi, iż Gmina Miejska Świdnik wpisuje się w funkcjonującą definicję przedsiębiorcy, a która to została zawarta w art. 4 pkt. 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Mając na względzie takie unormowanie pojęcia „przedsiębiorcy”, Gmina występując w roli Zamawiającego mogła dopuścić się naruszenia przepisów dotyczących naruszenia konkurencji i wykorzystania pozycji dominującej, na co zwraca uwagę Odwołujący.

Celem klarownego przedstawienia deliktu Gminy, należy zwrócić uwagę, że Zamawiający pomimo uprzedniego umieszczenia usług z zakresu utrzymania dróg, chodników, jak też zieleni miejskiej, jako przedmiotu zamówienia prowadzonego w trybie ustawy pzp, już w trakcie jego trwania przekazał je z pominięciem procedur określonych tymże akcie prawnym.

Usługi zostały przekazane w drodze aktu administracyjnego Przedsiębiorstwu Komunalnemu PEGIMEK sp. z o.o., które wprowadziło udział w zorganizowanym uprzednio przetargu, jednak złożyło najmniej korzystną ofertę sklasyfikowaną na ostatnim miejscu rankingu, znacząco przekraczając kwotę jaką Zamawiający przewidział na realizację zadania objętego postępowaniem.

Niewątpliwie Gmina w zakresie zlecenia wykonania na jej rzecz poszczególnych usług posiada pozycję dominującą, albowiem na konkretnym rynku, ograniczonym terytorialnie, posiada ona monopol na usługi określonego rodzaju, świadczone na rzecz 53

mieszkańców tego rejonu.

Mając pewność co do podmiotu, który może dopuścić się naruszenia, niezbędne jest zdefiniowanie czym jest wykorzystanie pozycji dominującej.

Sięgając do literatury fachowej czytamy: „[...] Przepis ten (art. 9 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów- przyp. Odwołującego) z definicji znajduje zastosowanie jedynie do przypadków, w których podmiot posiadający szczególną siłę rynkową (podmiot dominujący) nadużywa tej pozycji (a więc wykorzystuje ją w naganny sposób), co prowadzi do zakłócenia konkurencji na rynku. Zachowanie takie jest jednoznacznie kwalifikowane jako sprzeczne z celami Ustawy (można przyjąć, że praktyka taka jest antykonkurencyjna ze swej istoty) [...]” (vide: Stawicki Aleksander (red.), Stawicki Edward (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II).

Gmina Miejska Świdnik poprzez zlecenie świadczenia usług w drodze uchwały wykorzystwała możliwości jakie posiada na skutek jej pozycji ustrojowej. Wsparcie przedsiębiorcy na skutek zlecenia określonych świadczeń w trybie bezprzetargowym prowadzi do jego ewidentnej faworyzacji na rynku lokalnym.

W obecnej sytuacji Przedsiębiorstwo Komunalne PEGIMEK sp. z o.o. nie tylko zyskuje pozycję lidera w zakresie usług z zakresu utrzymania dróg i zieleni, ale też posiadając zagwarantowane finansowanie i otrzymując środki na potrzeby bieżące, jest w stanie podejmować dalsze inwestycje i tym samym wypierać przedsiębiorców działających w warunkach wolnorynkowych. Przedsiębiorca mający gwarancję zysku i gwarancję utrzymania konkretnego zlecenia w określonym rozmiarze, jest w stanie podjąć ryzyko w innych sektorach, dopuszczając się nawet rezygnacji z zysku celem wzmocnienia swojej pozycji.

Gmina Miejska Świdnik wskazuje na konieczność zlecenia określonych usług w opisany powyżej sposób celem utrzymania kilkudziesięciu miejsc pracy oraz zaspokojenia interesu publicznego mieszkańców (vide: str. 2 zawiadomienia o unieważnieniu postępowania).

Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z bieżącym stanowiskiem doktryny nie jest ważny

cel jaki przyświeca nadużyciu pozycji dominującej, albowiem jest ono niewłaściwe samo w sobie.

W komentarzu czytamy: „[...] Negatywny wymiar nadużycia pozycji dominującej dla konkurencji na rynku właściwym jest na tyle istotny, że niejako z definicji praktykę taką kwalifikuje się jako zakazaną, niezależnie od celu lub skutku podejmowanych działań. Tym samym praktyki w postaci nadużycia pozycji dominującej należy zasadniczo pojmować w kategoriach obiektywnych. Są one zakazane z uwagi na sam ich przedmiot (cel), a nie skutek podejmowanych czynności, co oznacza, że wystąpienie takiego skutku nie jest konieczne do stwierdzenia praktyki, wystarczy, że zostanie wykazane, iż wystąpienie takiego

54

skutku jest wysoce prawdopodobne [...]” (vide: Stawicki Aleksander (red.), Stawicki Edward (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II).

Jak widać podejście do oceny nadużycia pozycji dominującej jest korzystne z punktu widzenia innych uczestników obrotu gospodarczego na danym rynku. Samo udowodnienie negatywnego skutku postępowania przedsiębiorcy dominującego nie jest konieczne, a wystarczy jedynie jego uprawdopodobnienie.

Skutek działania Zamawiającego będzie niezwykle oczywisty, o czym była mowa powyżej, mianowicie: wzmocnienie pozycji spółki komunalnej względem przedsiębiorców działających stricte w warunkach wolnorynkowych. Nie trudno wskazać na stopień jego prawdopodobieństwa w sytuacji kiedy jeden z podmiotów świadczących usługi na określonym terenie posiada „gwarancję” świadczenia usług w określonym czasie i przy wykorzystaniu znacznych środków publicznych.

Dodatkowo, w nawiązaniu do opisanej kwestii wykazania zaistnienia niezadowolonego czynu o którym mowa w art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, doktryna pewne szczególne koncepcje, będące niezwykle pomocne przy ocenie działań konkretnych podmiotów, tj. (w zakresie opisu koncepcji vide: Stawicki Aleksander (red.), Stawicki Edward (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II):

> Test utraconych zysków, ewentualnie test braku ekonomicznego uzasadnienia (ang. Profit Sacrifice Test / No Economic Sense Test)-oba testy są oparte na założeniu, że zakazane są takie zachowania, których nie można wytłumaczyć inaczej niż tylko chęcią eliminacji lub ograniczenia konkurencji. Dominant dopuszcza się nielegalnych działań, jeżeli wybiera taką strategię biznesową, która ogranicza jego korzyści ekonomiczne możliwe do osiągnięcia w przypadku podjęcia alternatywnych działań, a wyboru tego nie można uzasadnić w inny sposób niż tylko dążeniem do utrzymania lub zwiększenia swojej siły rynkowej (innymi słowy, jedyną realną korzyścią, której osiągnięcie zapewnia przyjęta strategia biznesowa, jest uzyskanie lub utrzymanie silnej pozycji rynkowej). Różnice sprowadzają się do tego, że test utraconych zysków odnosi się do strategii podmiotu dominującego zakładającej utratę zyskowności w krótkim czasie w celu ograniczenia lub eliminacji konkurencji w dłuższej perspektywie czasowej (a więc do zastosowania tego testu konieczna jest choćby czasowa utrata zysków), podczas gdy test braku ekonomicznego uzasadnienia może mieć zastosowanie także do zachowań, które nie prowadzą do utraty zysków przez dominanta, są szkodliwe dla konkurencji, a jednocześnie motywacji do ich podjęcia nie można wytłumaczyć inaczej niż tylko chęcią eliminacji lub osłabienia konkurencji:

Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, iż działanie Zamawiającego ma na celu wzmocnienie własnej spółki komunalnej, działającej w formie spółki prawa handlowego, co w oparciu o ten test pozwala na przychylenie się do koncepcji Odwołującego. 55

> Test eliminacji równie efektywnego konkurenta (ang. Equally- Efficient Competitor Testy - zakłada on, że nadużyciem pozycji dominującej są takie zachowania dominanta, które prowadzi do eliminacji z rynku jego konkurenta działającego w równie lub bardziej efektywny sposób. Nie stanowią zaś nadużycia takie działania, które mogą skutkować eliminacją z rynku podmiotów działających w sposób mniej efektywny niż dominant;

W tym zakresie komentarz jest zbieżnym z tym przedstawionym przez Odwołującego do testu pierwszego.

> Test ograniczenia dobrobytu konsumentów (ang. Consumer Welfare Testy - w tym wypadku kluczowe jest pytanie o to, czy działania przedsiębiorstwa dominującego mogą w sposób negatywny oddziaływać na dobrobyt konsumentów, prowadząc do wzrostu cen, ograniczenia podaży, czy ograniczenia wyboru produktów lub usług dostępnych na rynku.

Mając na względzie fakt, że oferta Przedsiębiorstwa Komunalnego PEGIMEK sp. z o.o. zajęła ostatnie miejsce w rankingu Wykonawców podczas otwarcia ofert, należy mieć istotne obawy co do atrakcyjności oferty możliwej do przedstawienia Zamawiającemu.

Wobec konieczności pokrycia kosztów droższego Wykonawcy,

Gmina będzie zobligowana poszukać dodatkowych środków finansowych, co też bezpośrednio przełoży się na sytuację jej mieszkańców (przesunięcia środków w budżecie, a tym samym brak realizacji innych inwestycji).

Reasumując, należy wskazać na szereg ustalonych okoliczności:

1. Gmina jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a Ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta;

2. Gmina wobec swojej pozycji ustrojowej jako jednostki samorządu oraz jako Zamawiający jest podmiotem dominującym na rynku lokalnym;

3. Pomijając przepisy ustawy pzp Gmina nadużyła swojej pozycji dominującej naruszając przepisy tak ustawy pzp, jak też przepisy ustawy o gospodarce komunalnej i Kodeksu spółek handlowych;

4. Wykazanie nadużycia pozycji dominującej wymaga uprawdopodobnienia (nie udowodnienia) skutków;

5. Celem wykazania nadużycia pozycji dominującej w doktrynie przyjęte zostały trzy testy, gdzie przy zastosowaniu któregośkolwiek z nich wynik wskazuje na niewłaściwe działanie Gminy.

Mając na względzie powyższą argumentację Wykonawca wskazuje na zasadność podniesionych zarzutów, podnosząc, że przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję regulują akty zarówno krajowe, jak i wspólnotowe, uzasadnione jest naruszenie art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak też art. 102 i 106 TFUE.”.

56

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 treść SIWZ, ofert Odwołujących, zawiadomienia o odrzuceniu oferty AVR sp. z o.o. z dnia 13 kwietnia 2017r., zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 13 kwietnia 2017r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 9 maja 2017r., pism procesowych Odwołujących, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołania uwzględnić.

Odwołania nie zawierały braków formalnych, wpis został przez Odwołujących uiszczony, zatem odwołania podlegały rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do ich odrzucenia. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 9.05.2017r. wprawdzie Zamawiający podniósł zarzut z art.189 ust.2 ustawy Pzp w zw.179 ust.1 pkt.1 ustawy Pzp, jednak nie wskazał on szczegółowych podstaw prawnych do odrzucenia odwołania.

Z racji podniesienia przez Zamawiającego braku przesłanek materialnych z art. 179 ust.1 ustawy Pzp Izba rozstrzygnęła na wstępie zagadnienie interesu i możliwości wystąpienia szkody.

Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W ocenie Izby, wykonawca AVR sp. z o.o. miał interes w uzyskaniu zamówienia, a nie można wykluczyć, że w sytuacji, gdyby odrzucona była jego oferta przez Zamawiającego mógłby ponieść szkodę.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach

Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art. 89 ust.1 pkt 7a ustawy Pzp w stosunku do wykonawcy AVR sp. z o.o., a także art.93 ust.1 pkt.6 i 7 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty wykonawcy AVR sp. z o.o. z powodu nie wyrażenia przez tego wykonawcę zgody, o której mowa w art.85 ust.2, na przedłużenie terminu związania ofertą, a także czy mógł on unieważnić przedmiotowy przetarg. 57

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 13 kwietnia 2017r. zawiadomił Odwołującego: AVR sp. z o.o., działając, jak wskazał zgodnie z art.23 ust.3 ustawy Pzp o odrzuceniu oferty Odwołującego na mocy art.89 ust.1 pkt 7a ustawy Pzp podając uzasadnienie, że termin związania ofert mijał w dniu 24.02.2017r. i w związku z tym, iż wykonawca zgodnie z art.85 ust.2 ustawy Pzp nie przedłużył terminu związania ofertą oraz nie przedłużył okresu ważności wadium doszło do odrzucenia jego oferty.

Dalej, Izba stwierdziła, że Zamawiający pismem z dnia 13.04.2017r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć oraz na podstawie art 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust.6 ustawy Pzp, z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W piśmie tym Zamawiający stwierdził, że wartość zamówień, których Zamawiający zamierza udzielić w okresie obowiązywania umowy została ustalona na kwotę 10 140 000 zł netto.

Nadto Zamawiający oświadczył, że przedmiotowa wartość została ustalona w dniu 6.10.2016r. na podstawie planowanych kosztów, a bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 10 022 025 zł brutto.

W piśmie tym Zamawiający potwierdził również, że cena najkorzystniejszej oferty została określona na kwotę 9 430 389, 35 zł brutto.

W swojej motywacji do czynności unieważnienia przetargu podniósł, co następuje:
„Postępowanie zostało unieważnione na podstawie:

1. art.93 ust.1 pkt 6 Pzp, „wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć”

W dniu 15 marca 2017r. Rada Miasta Świdnik podjęła uchwałę Nr XXXV/349/2017 w sprawie zmiany uchwały Nr XXVIII/228/92 Rady Miejskiej w Świdniku z dnia 8 czerwca 1992 r. w sprawie przekształcenia Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Świdniku zmienionej uchwałą Nr XL/406/2014 Rady Miasta Świdnik z dnia 6 lutego 2014r.

58

Zgodnie z § 1 tej uchwały Rada Miasta Świdnik powierzyła z dniem 15 marca 2017r. Przedsiębiorstwu Komunalnemu „Pegimek” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do realizacji zadania własne Gminy Miejskiej Świdnik w zakresie utrzymania zieleni oraz utrzymania dróg i terenów komunalnych. W momencie wszczęcia postępowania nie można było przewidzieć, że Rada Miasta powierzy spółce komunalnej realizację zadań własnych Gminy. Jest to wyłączna kompetencja Rady Miasta. W tej sytuacji udzielenie zamówienia w trybie przetargu nie leży w interesie publicznym i jest niemożliwe pod względem prawnym. Powierzenie zamówienia Spółce pozwoli na utrzymanie kilkudziesięciu miejsc pracy oraz lepiej zaspokoi interes publiczny mieszkańców Gminy Miejskiej Świdnik.

2. art 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. „postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie

zamówienia publicznego

Najkorzystniejsza oferta złożona przez firmę Garden Designers określa cenę za całość usługi w latach 2017-2019 w kwocie 9 430 389,35 zł, tak więc kwota przeznaczona przez Zamawiającego na wykonanie przedmiotowego zamówienia jest wystarczającą. Jednak w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający żądał, aby kwota zamówienia została ustalona odrębnie na poszczególne lata oraz oddzielnie na dwa zadania:

3) oczyszczanie letnie i zimowe (...)

4) utrzymanie zieleni miejskiej (...)

Takie rozdzielanie kosztów występuje również we wzorze umowy. Wszyscy wykonawcy, w tym także Garden Designers, złożyli swoje oferty zgodnie ze SIWZ, a więc dokonali podziału ceny zamówienia na poszczególne lata oraz zadania. Na przedsięwzięcie wieloletnie pn. „Oczyszczanie terenów komunalnych, oraz utrzymanie zieleni na terenach Gminy Miejskiej Świdnik w latach 2017-2019” w planie finansowym Urzędu Miasta Świdnik na rok 2017 stanowiącym załącznik do Zarządzenia Nr 1/2017 z dnia 2 stycznia 2017r. w sprawie planu finansowego Urzędu Miasta Świdnik na 2017 rok zaplanowano łącznie wydatki w kwocie 2 700 675,00 zł. w dwóch rozdziałach klasyfikacji budżetowej: rozdział 90003 Oczyszczanie miast i wsi- kwota wydatków 2 169 800,00 zł rozdział 90004 utrzymanie zieleni w miastach i gminach- kwota wydatków 530 875,00 zł

W najkorzystniejszej ofercie złożonej przez firmę Garden Desisners, cena za usługi w 2017r. ustalona została na kwotę 2,83 7.625,33 zł w podziale na

- oczyszczanie - kwota 2.097.205,16 zł

- utrzymanie zieleni - kwota 740.420,17 zł

i znacznie przewyższyła plan wydatków Gminy na 2017 rok o łączną kwotę 136. 950,33 zł w tym w rozdziale 90004 utrzymanie zieleni w miastach i aaminach o kwotę 209.545,17zł. Aby uzupełnić brakujące środki finansowe w budżecie Gminy Miejskiej Świdnik w planie finansowym Urzędu Miasta na 2017 rok Burmistrz Miasta przedłożył Radzie Miasta 59

projekt uchwały w sprawie wieloletniej prognozy finansowej Gminy Miejskiej Świdnik zawierający odpowiednie (konieczne) zmiany w wykazie przedsięwzięć wieloletnich , w zakresie przedsięwzięcia pn. „Oczyszczanie terenów komunalnych oraz utrzymanie zieleni na terenach Gminy Miejskiej Świdnik w latach 2017-2019” oraz projekt uchwały w sprawie zmian w uchwale budżetowej Gminy Miejskiej Świdnik na 2017 r. obejmujący powyższe zmiany Na sesji w dniu 7 marca 2017 r. radni nie uchwalili żadnej z dwóch przedłożonych przez Burmistrza uchwał, tym samym Zamawiający nie ma możliwości podpisania umowy z firmą Garden Desingers. Zawarcie umowy stanowiłoby zaciągnięcie zobowiązań, nie mających pokrycia w planie finansowym oraz w budżecie Gminy Miejskiej Świdnik na rok 2017, a w konsekwencji naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art.15 ustawy z 17 grudnia 2004r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013r.poz. 168 z późn.zm). Natomiast zapłata za zrealizowane usługi powyżej środków określonych w planie finansowym Urzędu Miasta Świdnik oraz w budżecie Gminy Miejskiej Świdnik na 2017 r. stanowiłoby naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w ort 11 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W tej sytuacji Zamawiający nie ma możliwości prawnej zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Kolejna wada, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczy określenia wymagań w sprawie zatrudnienia osób na umowę o pracę.

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ Zamawiający zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp postawił następujące wymagania w sprawie zatrudnienia osób:

1) Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących wskazane poniżej czynności w trakcie realizacji zamówienia:

c) kierowców pojazdów, którymi będą wykonywane usługi zimowego i letniego utrzymania dróg. Zatrudnienie kierowcy na umowę o pracę nie dotyczy Wykonawcy, który prowadząc jednoosobową działalność gospodarczą sam będzie pełnił tę funkcję.

d) Przedstawiciel Wykonawcy - Koordynator. Jest on odpowiedzialny za organizację zimowego utrzymania dróg. Ma on obowiązek ściśle współpracować z przedstawicielem Zamawiającego w planowaniu zakresu prac.

Z opinii wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych zamieszczonej na stronach UZP pt „Opinia dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp” wynika, iż „ (...) Odnajdując czynności mające charakter czynności z Kodeksu pracy; zamawiający będzie zobowiązany do wyspecyfikowania wszystkich tych czynności. Niezgodne z treścią art. 29 ust. 3a ustawy Pzp byłoby wskazanie tylko niektórych czynności, choćby miały znaczenie doniosłe dla zamawiającego i pominięcie innych mających np. znaczenie drugorzędne. Niedopuszczalne 60

będzie zarówno scedowanie tego obowiązku na wykonawcę, np. w formie zapisu, że jeśli wykonawca ujawni po swojej stronie czynności o takim charakterze zobowiązany będzie zawrzeć z pracownikami je wykonującymi umowy o pracę, jak też nadmiernie ogólne ich wskazanie, np. w formie zapisu, że zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności o takim charakterze podczas realizacji, etc. Oba opisane powyżej przypadki nie tylko mogą skutkować złożeniem przez wykonawców nieporównywalnych cenowo ofert (wykonawcy mogą różnie oceniać charakter tego samego stosunku, którego ocena należy do zamawiającego), ale też są niezgodne z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który w odniesieniu do precyzji opisu przedmiotu zamówienia zachowuje swoją moc.”

W przedmiotowym zamówieniu Zamawiający określił wymóg zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę tylko kierowców i kierownika robót. Jest to wymóg zbyt wąski i zgodnie z w/w opinią niewyczerpujący przesłanek z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, gdyż w realizacji przedmiotu zamówienia będą brały udział osoby fizyczne (pracownicy) odpowiedzialne za utrzymanie czystości i porządku, w szczególności wywóz śniegu z chodników, placów i ulic, sprzątanie i utylizacja martwych zwierząt, koszenie trawników w pasach drogowych, na terenach ogólnomiejskich, w parku miejskim oraz terenach niezagospodarowanych; zakładanie trawników, pielęgnacja żywopłotów, w tym: sezonowe cięcie, cięcie odmładzające, karczowanie, odchwaszczanie żywopłotów; pielęgnacja bylin i różanek, kwiatów w donicach oraz kwietników sezonowych, pielęgnacja drzew i krzewów, w tym: usuwanie posuszu, formowanie koron drzew, odmładzanie, karczowanie i odchwaszczanie krzewów pojedynczych i w skupiskach, usuwanie drzew oraz korzeni po ściętych drzewach, pielęgnacja zieleni w parku miejskim, wykonywanie nasadzeń drzew, krzewów i kwiatów. Do tych czynności Zamawiający był zobowiązany określić w przedmiocie zamówienia wymóg zatrudnienia osób, do wykonywania przedmiotowych czynności na umowę o pracę. Nie postawienie przez Zamawiającego przedmiotowego wymogu w świetle powyższej opinii spowodowało, iż złożone oferty są nieporównywalne, gdyż Wykonawcy mogli różnie zinterpretować opis przedmiotu zamówienia w zakresie art.29 ust. 3a ustawy Pzp. Powoduje to nierówne traktowanie wykonawców i złamanie zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, która stanowi fundamentalną zasadę udzielania zamówień. Różnice w interpretacji przez wykonawców i zamawiającego, skutkowałyby tym, iż wykonawcy musieliby być inaczej traktowani. Dalsze prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na zasadzie nierównego traktowania wykonawców jest nie tylko niezgodne z zasadami systemu zamówień publicznych, ale również pozostaje w sprzeczności z obowiązującą zamawiającego, na podstawie przepisów o finansach publicznych, zasadą celowego i oszczędnego wydatkowania' środków publicznych. Zamawiający zobowiązany jest dążyć do realizacji zasady uczciwej konkurencji, równego 61

traktowania wykonawców oraz efektywności wydatkowania środków publicznych. Mając powyższe na uwadze oraz fakt, iż zamówienie ma być udzielone na okres ponad 2 lat; niedookreślenie w sposób prawidłowy wymagań z art. 29 ust. 3 powoduje, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą.

Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust.1 pkt. 7) w związku z art. 146 ust. 5 i 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na fakt, iż na tym etapie prowadzonego postępowania nie ma możliwości usunięcia wadliwych postanowień specyfikacji i udzielonych Wykonawcom odpowiedzi postępowanie zostaje unieważnione. ”.

Odnosząc się do kwestii prawnej dopuszczalności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepis art.93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp Izba stanęła na stanowisku, że jego uruchomienie przez Zamawiającego może nastąpić jedynie przy łącznym spełnieniu wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek.

Powyższy przepis stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Według zapatrywania Izby nie można za taką istotną zmianę okoliczności uznać uchwały Rady Miejskiej, która ma charakter wewnętrzny i nie została podjęta w trybie wystąpienia zdarzeń nagłych, nadzwyczajnych.

Poza tym okoliczność powierzenia spółce komunalnej przez Radę Miejską zakresu zadań odpowiadających opisanemu przedmiotowi zamówienia publicznego nie powoduje, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

W rozstrzyganej sprawie interes publiczny należy rozumieć jako zaspokajanie potrzeb społeczności lokalnej, w tym również w odniesieniu do utrzymania czystości w mieście i utrzymania zieleni miejskiej.

62

Wobec powyższego nie można traktować pojęcia interesu społecznego wybiórczo poprzez uznanie, że w sytuacji, gdy zadanie własne wykonuje spółka komunalna, a nie podmiot wybrany w drodze przetargu, to tak rozumiany interes publiczny jest realizowany, a w innym przypadku odwrotnym nie zachodzi.

Podana w motywacji Zamawiającego o unieważnieniu przetargu w pkt 1 przyczyna w postaci utrzymania kilkudziesięciu miejsc pracy nie została przez Zamawiającego w żaden sposób udowodniona, tak samo jak ogólnikowo stwierdził on, że powierzenie spółce zamówienia lepiej zaspokoi interes publiczny.

W ocenie Izby Zamawiający również nie wykazał, że nie mógł wcześniej przewidzieć tej istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

W rozpoznawanej sprawie Izba reprezentuje pogląd, że Burmistrz Miasta, jako kierownik zamawiającego miał świadomość, że Rada Miejska, jako organ stanowiący może w każdej chwili podjąć podobną uchwałę rozszerzającą zakres świadczenia usług na rzecz gminy, skoro taka spółka komunalna funkcjonuje na rynku usług komunalnych. Podobnie Rada Miejska podejmując uchwałę taką wiedzę posiadała.

Reasumując, Zamawiający nie udowodnił istnienia przesłanek z art.93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp.

Przechodząc do omówienia problematyki związanej z możliwością zastosowania w przedmiotowej sprawie przepisu art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie mógł skorzystać z jego brzmienia.

Analizując, podane przez Zamawiającego przyczyny, Izba uznała, że nie stanowiły one wady prowadzonego przez niego postępowania.

W ocenie Izby Zamawiający miał zabezpieczone środki na realizację przedmiotowego przetargu, co potwierdza ogłoszona przez niego kwota na otwarciu ofert i wobec tego inne dowody przedstawione przez Zamawiającego w tej sprawie nie mają żadnego znaczenia prawnego, skoro jako podstawę prawną do podjęcia czynności unieważnienia przetargu nie

wskazał on przepisu art.93 ust.1 pkt 4) ustawy Pzp. 63

Wymaga wskazania, że stosownie do przepisu art.93 ust.1 pkt 4) ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Z powyższych względów Izba nie przyjęła argumentacji Zamawiającego o braku zabezpieczonych środków finansowych na realizację zadania i niezdolności w tym zakresie do zaciągnięcia zobowiązania.

Natomiast, wszelkie kwestie związane z możliwością zmiany lub przesunięcia środków finansowych do danej pozycji budżetowej stanowią okoliczność wewnętrzną Zamawiającego i pozostają poza kognicją Izby.

Dalej, Izba uznała, że za wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego nie można także uznać braku wymagania Zamawiającego zatrudnienia wszystkich osób realizujących zamówienie na zasadzie umowy o pracę.

Stosownie do art. 29 ust.3a ustawy Pzp Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.).

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający określił w SIWZ stanowiska pracownicze dotyczące zadań ciągłych odpowiadających charakterowi umowy o pracę, przy czym niektóre zadania miały charakter okresowy, nienormowany, a zatem trudno dla takich czynności było wymagać zawarcia umowy o pracę.

Podsumowując, Zamawiający nie udowodnił istnienia przesłanek z art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Rozpatrując zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 7a ustawy Pzp Izba stanęła na stanowisku, że przepis ten odnosi się jedynie do sytuacji braku wyrażenia zgody, o której mowa w art.85 ust.2 przez wykonawcę na przedłużenie terminu związania ofertą. 64

Wymaga wskazania, że stosownie do przepisu art.85 ust.2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy niż 60 dni.

Według Izby z powyższego przepisu wynika, że instytucja wyrażenia zgody występuje jedynie, gdy Zamawiający zwraca się do wykonawców o wyrażenie takiej zgody, w innym przypadku wykonawca zwraca się do Zamawiającego samodzielnie.

Należy zauważyć, że przepis art.89 ust.7a ustawy Pzp dotyczy sytuacji, gdy wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą, a zgoda ta, w myśl tego przepisu następuje po zwróceniu się przez Zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W niniejszej sprawie Zamawiający o taką zgodę nie wystąpił.

Nadto, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego AVR sp. z o.o. o obowiązku Zamawiającego wystąpienia o przedłużenie terminu związania ofertą. Z przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nie wynika *expressis verbis* taki obowiązek, a zatem jest to raczej uprawnienie. Gdyby taki obowiązek został przewidziany przez ustawodawcę w tym przepisie zbędna byłaby redakcja odnosząca się do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą

przez wykonawcę.

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.....