

WYROK
z dnia 7 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20.06.2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Trecom Enterprise Solutions Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) ul. Mokotowska 4/6; 00-641 Warszawa** oraz **Trecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa ul. Mokotowska 4/6; 00-641 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Energa Operator S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Modernizacja infrastruktury sieciowej CISCO” (postępowanie nr P/I/AZL/00059/15)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, jak również nakazuje dokonania czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Energa Operator S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk** i:

1

-
- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Trecom Enterprise Solutions Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) ul. Mokotowska 4/6; 00-641 Warszawa** oraz **Trecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa ul. Mokotowska 4/6; 00-641 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od zamawiającego **Energa Operator S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk** na rzecz wykonawców - wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Trecom Enterprise Solutions Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) ul. Mokotowska 4/6; 00-641 Warszawa** oraz **Trecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa ul. Mokotowska 4/6; 00-641 Warszawa** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1093/16

Zamawiającego – **Energa Operator S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn.: „Modernizacja

infrastruktury sieciowej CISCO" (postępowanie nr P//AZL/00059/15).

W dniu 31.12.2015 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE.

W dniu 05.01.2015 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 002-002104.

W dniu 10.06.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Na powyższą czynności odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20.06.2016 r. wniosło Konsorcjum Wykonawców: Trecom Enterprise Solutions Sp. z o.o. oraz Trecom Spółka z o.o. Spółka k.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu nie zaszły okoliczności wskazane w powyższym przepisie, w szczególności opisane okoliczności wskazane w treści uzasadnienia unieważnienia zawarte w piśmie z 10 czerwca 2016 roku nie dają podstaw do zastosowania tego przepisu.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. Unieważnienia Czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania;
2. Dokonania czynności badania i oceny ofert;
3. Uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a będące przedmiotem odwołania czynności Zamawiającego wprost skutkują powstaniem po stronie

Odwołującego szkody z uwagi na fakt, iż niezgodne z ustawą Pzp unieważnienie postępowania wprost może pozbawić Odwołującego uzyskania tego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, że każdy Zamawiający (również sektorowy) wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje swojego rodzaju publicznego przyrzeczenia wszystkim potencjalnym Wykonawcom polegającego na obowiązku udzielenia zamówienia Wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu a jego oferta jest najkorzystniejsza w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, jest zgodna z treścią SIWZ, nie zawiera rażąco niskiej ceny i „mieści się” w kwocie przeznaczanej na sfinansowanie zamówienia. Ta ustalona reguła ma na celu nie tylko zapewnienie pewności obrotu gospodarczego (zapewnienia praw Wykonawcom pod kątem możliwości określenia przez nich ryzyk finansowych związanych ze składaniem ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pod kątem uzyskania zamówienia), ale także zachowania w toku postępowania zasad uczciwej konkurencji poprzez wyeliminowanie możliwości manipulacji przez Zamawiającego dotyczących uzyskania zamówienia w danym przedmiocie tj. preferowania przez Zamawiających ofert „z góry upatrzonych” lub dyskryminowania Wykonawców, którym Zamawiający jest niechętny (możliwości unieważnienia postępowania i wszczęcia nowego w tym samym przedmiocie celem wybrania oferty „właściwego” Wykonawcy). Przesłanki unieważnienia jako wyjątek od reguły, zgodnie z którym postępowanie prowadzi się w celu udzielenia danego zamówienia, winny być interpretowane ściśle.

Na potwierdzenie swojej argumentacji przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 roku (KIO 991/14, KIO 1001/14), w którego uzasadnieniu zostało wskazane, że: „Zamawiający, mimo że jako wszczynający i prowadzący postępowanie jest niejako w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, pozbawiony został m.in. możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, nie może też według swego uznania odstąpić od czynności zmierzających do zawarcia umowy. Publicznoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia jest bowiem realizowany przez zamawiającego w granicach wyznaczonych przez przepisy prawa.

Następnie Zamawiający wskazał, że unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i powinno być stosowana rozważnie. Celem postępowania jest przecież - zgodnie z art. 2 pkt 7a Pzp - wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania wywiera skutek ex tunc i znosi

wszystkie czynności dokonane w postępowaniu przez zamawiającego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, tak w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym (wyrok z 23 września 2011 r., KIO 1948/11)."

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że Zamawiający (również sektorowy) po wszczęciu postępowania, nie ma swobody decyzyjnej w unieważnieniu postępowania, w szczególności poprzez stosowanie zasad korporacyjnych np. zmiany w toku postępowania swoich preferencji inwestycyjnych. Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 lipca 2002 r. (V Ca 960/02), w którym Sąd wskazał, iż „nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Należy więc przyjąć, że inne (...) potrzeby zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na wykonanie przedmiotu zamówienia nie może być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania. Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny, może powodować, iż środki nań przeznaczone nie powinny być wydane,, a zamówienie nie powinno być udzielone."

W kontekście uwarunkowań korporacyjnych Odwołujący wskazał wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie, IV Ca 527/11 niepubl. zgodnie z którym zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego. Zmiana taka może wynikać z aktu prawnego wiążącego zamawiającego i stanowiącego źródło prawa. Z pewnością za źródło prawa nie może być uznana decyzja zarządu spółki lub inna uchwała zobowiązująca kierownika zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Następnie Odwołujący podniósł, że Zamawiający w piśmie o unieważnieniu przedmiotowego postępowania jako podstawę prawną podał art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, zgodnie z którym podstawą do unieważnienia postępowania jest łączne wystąpienie trzech przesłanek:

- 1) Wystąpienie istotnych zmian okoliczności,
- 2) Prowadzenie postępowania lub wykonania zamówienia nie leży w interesie publicznym,
- 3) Brak możliwości przewidzenia istotnych okoliczności, które spowodowały brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub wykonaniu zamówienia.

W ocenie Odwołującego analiza uzasadnienia faktycznego wskazuje, iż Zamawiający nie udowodnił żadnej z powyższych przesłanek. Zgodnie z jednolitym orzecnictwem KIO to na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania ziszczenia się okoliczności wskazanych w art. 93 ust. 1 uprawniających do unieważnienia danego postępowania. Stanowisko takie zajęła Izba m.in. w wyroku z dnia 1 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1792/11) stwierdzając: "Tym samym wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy spoczywa zawsze na zamawiającym. To na Zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia przesłanek unieważnienia postępowania, gdyż on wywodzi z nich skutki prawne. Samo wskazanie okoliczności faktycznych, z którymi Zamawiający wiąże konieczność unieważnienia postępowania nie jest wystarczające."

Zdaniem Odwołującego wskazane w treści uzasadnienia ustalenia Zamawiającego mają charakter ogólnikowy, nie oparty o żadne dowody (dokumenty). W miejscu wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2014 roku (KIO 293/14, KIO 294/14): „(...) podkreślenia wymaga, że określona w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy podstawa unieważnienia

postępowania odnosi się do sfery, o której wiedza leży w wyłącznej gestii Zamawiającego. Następnie, katalog podstaw do unieważnienia postępowania ma charakter zamkniętego, pozostającego poza sferą uznania Zamawiającego. Oznacza to, że dla unieważnienia postępowania, konieczne jest nie tylko wystąpienie opisanych w tym przepisie okoliczności, dających podstawy do unieważnienia postępowania, ale także kompletne i czytelne zaprezentowane ich w postępowaniu. Pełne, klarowne i rzeczywiste uzasadnienie tej decyzji jest obowiązkiem Zamawiającego, tylko wtedy bowiem wykonawcy mają szansę poznać motyw, którymi kierował się Zamawiający, gdy zostaną one w sposób pełny i czytelny zaprezentowane. Tylko wtedy decyzja Zamawiającego może zostać poddana rzeczywistej kontroli."

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że treść uzasadnienia decyzji nie zawiera kluczowych informacji (dokumentów) pozwalających na przyjęcie zaistnienia przesłanki określonej w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w szczególności odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Kiedy Zamawiający powziął wiadomości o konieczności zwiększenia inwestycji w obszarze budowy i modernizacji sieci elektroenergetycznej?
- 2) Czy powołane przez zamawiającego okoliczności są od niego niezależne, w szczególności czy środki inwestycyjne zostały należycie zaplanowane?
- 3) Jaki dokument, ewentualnie jakie informacje stanowiły podstawę do zwiększenia wartości planowanych inwestycji?

6

-
- 4) Jaka była wartość planowanych inwestycji w planie rzeczowo-finansowym na rok 2016 w obszarze budowy i modernizacji sieci elektroenergetycznej, wartość na dzień wszczęcia postępowania, wartość na dzień składania ofert a jaka jest wartość planowanych inwestycji w obszarze budowy i modernizacji sieci elektroenergetycznej w dniu dzisiejszym?
 - 5) Jakie inne wydatki zostały zmniejszone w wyniku zwiększenia zapotrzebowania inwestycyjnego w obszarze budowy i modernizacji sieci elektroenergetycznej?
 - 6) Czy unieważniono także inne postępowania o udzielenie zamówienia z powodu zwiększenia wartości inwestycyjnych w obszarze budowy i modernizacji sieci elektroenergetycznej, zarówno tych prowadzonych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych jak i o (wedle w oparciu Regulamin zamawiającego nazewnictwa Zamawiającego „niepublicznych”). Jeśli tak to jakich?
 - 7) Jakie były kryteria wyboru inwestycji lub wydatków podlegających wycofaniu lub zmniejszeniu środków finansowych z uwagi na konieczność zwiększenia inwestycji w obszarze budowy i modernizacji sieci elektroenergetycznej?
 - 8) Czy istniała/istnieje inna forma finansowania przedmiotowych inwestycji?
 - 9) Jaki organ spółki podjął decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Czy decyzja komisji przetargowej była poprzedzona zgodą korporacyjną?

Jak wskazał Odwołujący żadna z tych informacji i/lub dokumentów nie znajduje się w protokole postępowania o udzielenia zamówienia publicznego (lub w załącznikach). Nie sporządzono również żadnych notatek z posiedzeń komisji przetargowej. Powyższe pozwala przypuszczać, iż Zamawiający nie dokonał żadnej prawnej i ekonomicznej analizy w kontekście obowiązków i praw inwestycyjnych Operatorów Sieci Dystrybucyjnej wynikających z ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 roku Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 1059 z późn. zm.), w szczególności obowiązku planowania inwestycji wynikającego z art. 16 oraz przesłanek zawarcia i odmowy zawarcia umowy i współfinansowania inwestycji zawartych w art. 7 ustawy Prawo energetyczne, jak i rzeczywistego spełnienia przesłanek o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż jeden z celów publicznych, na które powołuje się Zamawiający w piśmie dotyczącym unieważnienia - obowiązek publicznoprawnego określonego w art. 4 ustawy Prawo energetyczne dotyczącego konieczności utrzymywania zdolności urządzeń, instalacji i sieci do realizacji zaopatrzenia w energię w sposób ciągły i niezawodny, przy zachowaniu obowiązujących wymagań jakościowych jest zbieżny z celem przedmiotowego postępowania wskazanym przez Zamawiającego w treści OPZ (punkt 1.1 ppkt 1.1 - Stan istniejący oraz cel jaki zamierza uzyskać Zamawiający):

„Na obszarze swojego działania, obejmującym sześć Oddziałów ENERGA-OPERATOR SA, Zamawiający dysponuje jednorodną, teletransmisyjną siecią technologiczną określaną w wewnętrznej nomenklaturze jako TAN. Sieć ta, powstała i wykorzystywana jest głównie przez Rejonowe Dyspozycje Mocy do sterowania siecią elektroenergetyczną Zamawiającego. Z uwagi na pełnienie przez sieć TAN kluczowej roli w utrzymaniu sprawności działania sieci elektroenergetycznej, ciągłości działania oraz bezpieczeństwa odbiorców energii elektrycznej, Zamawiający wymaga od niej wysokiego poziomu niezawodności. (...) Z uwagi na fakt, że sieć TAN jest, jak podkreślono wcześniej, elementem krytycznej infrastruktury, Zamawiający zmierza do dalszego podniesienia niezawodności i zapewnienia ciągłości działania. Realizacja niniejszego zamówienia ma na celu przede wszystkim doposażenie istniejących węzłów sieci TAN w routery backupowe i podniesienie w ten sposób niezawodności działania ciągów technologicznych.”

Odwołujący na zakończenie wskazał, iż jak wskazano powyżej dla oceny możliwości unieważnienia postępowania konieczne jest wykazanie przez Zamawiającego zajścia istotnych zmiany okoliczności. Wykładni tego pojęcia dokonał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r. sygn. akt I ACa 13/11 (LEX nr 1120068), odnoszącym się do art. 145 ust. 1 Pzp jednak mającym znaczenie dla tej samej przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. "Istotna zmiana okoliczności" jest wprawdzie zdarzeniem o mniejszym stopniu intensywności niż "nadzwyczajna zmiana stosunków" wymieniona w art. 3571 k.c., tym niemniej sformułowanie "istotna" wskazuje na zmianę znaczącą, a jednocześnie będącą następstwem zdarzeń występujących bardzo rzadko, niezwykle. Tym samym ujawniające się potrzeby inwestorów w zakresie przyłączy do sieci (nawet niemożliwe wcześniej do przewidzenia przez Zamawiającego) wynikające ze zwykłego rozwoju gospodarczego i stanowiące o konieczności wydatkowania większych niż przewidywane przez Zamawiającego środków inwestycyjnych, nie mogą stanowić o konieczności unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Biorąc pod uwagę argumenty wskazane powyżej Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania

między Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie uwzględniła złożonego na posiedzeniu wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na nie przedłużenie przez Odwołującego terminu związania ofertą. Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, iż po pierwsze za podmiot nieuprawniony nie sposób uznać wykonawcy tylko i wyłącznie z tego powodu, iż nie przedłużył on terminu związania ofertą. W tym bowiem zakresie, co do skutków nieprzedłużenia takiego terminu, nie ma w doktrynie i orzecznictwie jednoznacznego stanowiska. Taki argument bowiem mógłby zostać poddany ocenie w kontekście brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp lub art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – jednakże dopiero w ramach merytorycznego rozpoznania odwołania. Po drugie w tym zakresie Izba uwzględniła argumentację i fakty przywołane przez Odwołującego wskazujące, iż pierwotny termin związania ofertą, który upływał w dniu 30.06.2016 r. uległ zawieszeniu w dniu 20.06.2016 r. na mocy art. 182 ust. 6 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania i unieważnienia czynności unieważnienia postępowania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego. Izba uwzględniła również przedłożony przez Odwołującego dowód w postaci pisma zawierającego oświadczenie o przedłużeniu ważności wadium wraz z aneksem do gwarancji bankowej, jak

9

również kopie pism wzywających Zamawiającego do udzielenia odpowiedzi na pytania związane z unieważnieniem postępowania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż w ramach niniejszego postępowania złożono dwie oferty, w tym przez wykonawcę SEVENET S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz przez Odwołującego.

Następnie Izba ustaliła, iż Odwołujący w kolejnym piśmie (z dnia 5 maja 2016 r.) dokonał powtórnego przedłużenia terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium do dnia 30.06.2016 r.

Następnie Izba ustaliła, że pismem z dnia 10.06.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wskazał, że w trakcie trwania czynności badania ofert Zamawiający, jako Operator Sieci Dystrybucyjnej realizujący publicznoprawne obowiązki wynikające z ustawy Prawo energetyczne, powziął informację o konieczności znacznego zwiększenia planowanych do wydatkowania w 2016 r. środków inwestycyjnych w obszarze budowy i modernizacji sieci elektroenergetycznej. Zamawiający, określając z należytą starannością planowane do wydatkowania w danym roku środki inwestycyjne, ma na uwadze potrzeby publiczne w zakresie przyłączenia nowych obiektów do sieci elektroenergetycznej Zamawiającego jak również obowiązki publicznoprawne określone w art. 4 ustawy Prawo energetyczne, nakładające na przedsiębiorstwa energetyczne obowiązek utrzymywania zdolności urządzeń, instalacji i sieci do realizacji zaopatrzenia w energię w sposób ciągły i niezawodny, przy zachowaniu obowiązujących wymagań jakościowych. Skala zgłoszonych po zatwierdzeniu planu rzeczowo-finansowego na 2016 rok potrzeb w zakresie przyłączenia obiektów do sieci Zamawiającego i związanej z nim rozbudowy sieci istniejącej uniemożliwia ich realizację w ramach posiadanych środków inwestycyjnych, przy czym Zamawiający nie mógł przewidzieć tych okoliczności przed wszczęciem postępowania publicznego w przedmiotowej sprawie ze względu na fakt, iż proces przyłączenia obiektów do sieci charakteryzuje się wieloma zmiennymi wynikającym z rozwoju gospodarczego i gotowości inwestorów do realizacji procesów inwestycyjnych 10

(głównie w obszarze przyłączania do sieci obiektów typu farmy wiatrowe, duże obiekty handlowo – usługowe). Potrzeby, które zostały zgłoszone Zamawiającemu po otwarciu ofert w przedmiotowym postępowaniu, głównie w zakresie realizacji przyłączeń do sieci nowych obiektów w 2016 roku, wymuszają konieczność ich zaspokojenia, kosztem realizacji unieważnianego postępowania publicznego. Korzyści, z jakimi wiązałoby się wykonanie

unieważnianego zamówienia publicznego, stoją w sprzeczności z interesem publicznym rozumianym jako zapewnienie przez Zamawiającego potrzeb ogółu w zakresie zgłaszanego zapotrzebowania na dystrybucję energii elektrycznej.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł w dniu 20 czerwca 2016 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazać należy następnie, iż zarówno w doktrynie, jak również w jednolitym pod tym względem orzecnictwie sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej reprezentowany jest pogląd, iż wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma doniosły skutek i porównywane jest, jak wskazał w uzasadnieniu odwołania oraz w toku rozprawy Odwołujący, do przyrzeczenia publicznego. Powyższe jest bowiem oceniane w kontekście celu postępowania, a więc zawarcia w drodze procedury uregulowanej w ustawie Pzp umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym też kontekście, co również zostało potwierdzone w licznych orzecznictwie sądów oraz Izby, przesłanki unieważnienia postępowania jako wyjątki od ww. zasad nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Powyższe następnie wskazuje, iż ciężar dowodu pozwalający ocenić prawidłowość czynności podmiotu zamawiającego obejmującą unieważnienie wszczętego i prowadzonego postępowania spoczywa na tym ostatnim. Zatem to Zamawiający ma obowiązek wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, w szczególności w sytuacji, gdy opiera się na okolicznościach wiadomych tylko i wyłącznie jemu, iż okoliczności te zaistniały i wpisują się one w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga także to, że zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp podmiot zamawiający zawiadamiając wykonawców o czynności unieważnienia postępowania obowiązany jest przekazać wykonawcom uzasadnienie faktyczne i prawne swej czynności. Doręczane wykonawcom uzasadnienie jest o tyle istotne, że umożliwia im podjęcie decyzji co do tego czy będą korzystać ze środków ochrony prawnej.

W ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów ograniczając się jedynie w ramach uzasadnienia do dość lakonicznej informacji o znacznym zwiększeniu wydatków w roku 2016 w stosunku do planowanych w zakresie środków inwestycyjnych w obszarze budowy i modernizacji sieci energetycznej w związku z nie dającą się wcześniej przewidzieć koniecznością przyłączenia do sieci nowych odbiorców energii elektrycznej. Kwestia budowy w centrum Gdańska dużego centrum handlowego, okoliczność wcześniejszego zakończenia tej inwestycji, jak również wpływ tych okoliczności na bilans energetyczny śródmieścia Gdańska i nieprzewidywalność tej sytuacji nie są faktami notoryjnymi, nie są również znane Izbie z urzędu.

Mając na uwadze powyższe okoliczności wskazać należy, iż przedmiotem oceny w ramach środków ochrony prawnej jest czynność podmiotu zamawiającego dokonana na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uwzględniając zatem fakt pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zasady transparentności wyrażonej w dyrektywach oraz rozkładu ciężaru dowodu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikającego z ogólnej zasady wyrażonej w treści art. 6 ustawy Kodeks cywilny stosowanej na zasadzie art. 14 ustawy Pzp czynność unieważnienia postępowania powinna być szczególnie przemyślana i objęta obostrzonym obowiązkiem dowodowym.

Analizując treść zawiadomienia o wynikach postępowania z dnia 10.06.2016 r. nie sposób uznać, iż zawarte tam uzasadnienie jest wyczerpujące. Ponadto Zamawiający na poparcie swojej decyzji nie przedstawił żadnych dowodów – zarówno w aktach postępowania przetargowego, jak również nie uczynił tego na etapie rozprawy. W tym zakresie Izba w

niniejszym składzie w całej rozciągłości przychyła się do stanowiska zaprezentowanego w orzeczeniach przywołanych przez Odwołującego w treści odwołania oraz na rozprawie. Izba w szczególności podzieliła pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2016 r. (sygn. akt KIO 919/16, KIO 937/16, KIO 938/16, KIO 939/16, KIO 943/16, KIO 944/16, KIO 946/16, KIO 947/16, KIO 949/16, KIO 951/16), w którym wskazano, że: „W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że polski ustawodawca zdecydował się na sformułowanie w art. 93 ustawy Pzp zamkniętego katalogu przesłanek, które obligują, względnie umożliwiają zamawiającemu unieważnienie postępowania. Powyższe oznacza, że wolą ustawodawcy było aby – w razie niespełnienia przesłanek z art. 93 ustawy Pzp –

postępowanie toczyło się dalej i kończyło wyborem oferty najkorzystniejszej. Zamknięty katalog przesłanek unieważnienia oznacza także, że unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową, zatem przesłanki z art. 93 ustawy Pzp należy interpretować ściśle.

Z przywołanego przepisu wynika, że unieważnienie postępowania na tej podstawie możliwe jest wyłącznie w razie łącznego, kumulatywnego spełnienia się 3 przesłanek:

- a) *nastąpiła istotna zmiana okoliczności,*
- b) *istotna zmiana okoliczności spowodowała, że prowadzenie postępowania lub zawarcie umowy nie leży w interesie publicznym,*
- c) *istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć.*

Jak wskazuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, 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 uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron. Istotna zmiana okoliczności musi wystąpić w dacie podejmowania czynności unieważnienia postępowania, na co wskazuje posłużenie się przez ustawodawcę czasem przeszłym („nastąpiła”). Nie można zatem powoływać się na okoliczność, która ulegnie zmianie dopiero w przyszłości. Wreszcie to owa zmieniona okoliczność musiała spowodować, że dalsze prowadzenie postępowania lub zawarcie umowy nie leży w interesie publicznym.”.

Powyższe wskazuje, odnosząc ujęte w powyższym orzeczeniu tezy do przywołanych na początku uzasadnienia argumentów, iż kwestia ta jest traktowana w doktrynie i orzecznictwie jednoznacznie i jednolicie. Jednakże przechodząc na kanwę niniejszej sprawy nie sposób dokonać merytorycznej oceny decyzji Zamawiającego ze względu na brak jakichkolwiek dowodów uzasadniających fakty, które stały się podstawą jego decyzji. Nota bene takiej oceny nie mógł dokonać również Odwołujący ze względu na lakoniczność uzasadnienia decyzji o unieważnieniu. Została ona rozwinięta w toku rozprawy o pewne szczegóły – jednak stanowiły one jedynie tylko twierdzenia Zamawiającego nie poparte żadnymi dowodami, czy choćby szczegółowymi wyliczeniami. Nie sposób zatem uznać, iż Zamawiający wykazał, że istniały faktyczne i prawne podstawy do unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba w kontekście powyższych uchybień, mając na względzie argumentację Zamawiającego i Odwołującego odnoszącą się do treści przepisów ustawy Prawo energetyczne, ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym oraz ustawy Prawo budowlane, nie mogła dokonać oceny zachowań Zamawiającego w kontekście przywołanych przepisów ww. aktów prawnych, gdyż brak jest przedmiotu subsumcji, tj. brak jest bowiem wykazanych w ramach postępowania dowodowych faktów, które mogą być objęte hipotezą

przywołanych przez Odwołującego przepisów innych ustaw. Przedstawiona przez Strony na rozprawie w tym zakresie argumentacja miała bowiem charakter czysto teoretyczny i hipotetyczny bowiem nie sposób dokonać oceny zachowań adresatów wskazanych w powyższych aktach prawnych norm bez identyfikacji faktów wypełniających ich hipotezy. Jakakolwiek ocena zasadności ewentualnej odmowy przyłączenia do sieci energetycznej ze względów technicznych czy ekonomicznych, jak również zbadanie aspektów formalnych prowadzonych inwestycji pod kątem ich przygotowania, czy ocena miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego i możliwości przewidzenia na ich podstawie wzrostu obciążenia sieci obsługiwanej przez Zamawiającego przy uwzględnieniu przywołanych

przepisów jest bowiem możliwa jedynie wówczas, gdy istnieje substrat podlegający takiej ocenie. Z tych też względów Izba oparła swoje rozstrzygnięcie w przeważającej mierze na podstawie dowodu w postaci zawiadomienia o wynikach postępowania z dnia 10.06.2016 r. oceniając je jako niewystarczające dla uznania za poprawną czynności unieważnienia oraz na podstawie stanowisk Stron postępowania odwoławczego. W niniejszej sprawie Odwołujący miał bowiem utrudnione zadanie, gdyż formułując zarzuty odwołania wobec czynności unieważnienia postępowania ze względu na braki jego uzasadnienia faktycznego i prawnego, nie mógł przeprowadzić dowodów w pozytywnym znaczeniu, lecz w ramach argumentacji odnosić się jedynie do zaniechań i braków w realizacji ciążącego na Zamawiającym obowiązku.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie się zarzutu wskazanego w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w

14

postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

15

16