Sygn. akt: KIO 2104/13

WYROK
z dnia 13 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW" Sp. z o.o., ul. Hagera 41, 41-800 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obcią a **Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW" Sp. z o.o., ul. Hagera 41, 41-800 Zabrze** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW" Sp. z o.o., ul. Hagera 41, 41-800 Zabrze** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Zakładu Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW" Sp. z o.o., ul. Hagera 41, 41-800 Zabrze** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero gorszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący: ……

……

……

Sygn. akt: KIO 2104/13

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Drą enie chodnika kamiennego nr 11 dla udostępnienia pokładów 325/1 i 326, wraz z przebudową chodnika badawczego nr 505 w Oddziale KWK „Bolesław Śmiały". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 stycznia 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 018-026662.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz uniewa nienia postępowania. W związku z powy szym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak wskazania uzasadnienia faktycznego dla

uniewa nienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 i 6 ustawy Pzp, w szczególności poprzez brak wskazania uzasadnienia faktycznego dla wykluczenia Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty,

2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzuceniu jego oferty, z uwagi na rzekomy brak zło enia przez Odwołującego pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego oddającego niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, podczas gdy pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. Przedsiębiorstwa Robót Górniczych Bytom Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie o udzieleniu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia zostało zło one Zamawiającemu,
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, polegające na nieprawidłowym uznaniu, i nie zło ono w postępowaniu adnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i w konsekwencji uniewa nieniu postępowania, podczas gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu,
4. art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, polegające na uniewa nienia postępowania w powołaniu na „wprowadzenie przez Zamawiającego programu oszczędnościowego polegającego między innymi na utrzymaniu miejsc pracy poprzez anga owanie do robót górniczych załogi własnej zamiast wykonawców zewnętrznych”, podczas gdy okoliczność ta (podana przez Zamawiającego) nie wskazuje na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, e prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie le y w interesie publicznym, czego nie mo na było wcześniej przewidzieć.

---

5. z ostro ności Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie polegające na braku wezwania Odwołującego do zło enia wyjaśnień, co do roli P.R.G. Bytom Sp. z o.o. przy wykonywaniu zamówienia objętego postępowaniem, w sytuacji powzięcia przez Zamawiającego ewentualnych wątpliwości w tym przedmiocie,
6. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w. zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe przyjęcie, i Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy Zamawiający nie wzywał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W szczególności Zamawiający nie wzywał do wykazania, i Odwołujący będzie dysponował zasobami podmiotów trzecich do realizacji zamówienia, albowiem wezwanie Zamawiającego do zło enia li tylko pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udzielenia zasobów Odwołującemu w sposób nieprawidłowy ogranicza mo liwość wykazania dysponowania zasobami pomiotu trzeciego przez Odwołującego.
7. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców przejawiające się w ró nym podejściu Zamawiającego do poszczególnych wykonawców, w szczególności poprzez wielokrotne wzywanie innych wykonawców do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu szczegółowo wskazując powód ądania a pomijanie takich działań w przypadku Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: 1. uniewa nienia czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego, 2. uniewa nienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, 3. uniewa niania czynności uniewa nienia postępowania, 4. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert Odwołującego, 5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz 6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, e Zamawiający lakonicznie wskazał na powody uniewa nienia postępowania i wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie uzasadnił zupełnie swojego stwierdzenia o niezło eniu przedmiotowego zobowiązania podmiotu trzeciego. Taki brak uzasadnienia jest, zdaniem Odwołującego, niezrozumiały albowiem rzeczone

oświadczenie (zobowiązanie) zostało ponad wszelką wątpliwość zło one.

Podobnie, zdaniem Odwołującego, przedstawia się kwestia braku uzasadnienia rozstrzygnięcia uniewa nienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Poza nic niemówiącym stwierdzeniem zawartym w pkt 6 pisma Zamawiającego z dnia 21.08.2013 r., zdaniem Odwołującego, nie wiadomo, w jaki sposób przytoczona okoliczność ma wypełniać przesłanki wskazane w art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp. Mając powy sze na uwadze, kontrola rozstrzygnięcia Zamawiającego jest bardzo utrudniona a wręcz niemo liwa.

Zdaniem Odwołującego, stanowisko Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty jest błędne, a co więcej zupełnie niezrozumiałe. W aktach postępowania znajduje się bowiem zobowiązanie zło one przez Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Bytom Sp. z o.o. w Chorzowie (dalej tak e P.R.G. Bytom Sp. z o.o. bądź Udostępniający) do udzielenia Odwołującemu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia (zobowiązanie z dnia 12 lutego 2013 r.) oraz zobowiązanie tego samego podmiotu do udziału P.R.G. Bytom Sp. z o.o. jako podwykonawcy Odwołującego przy wykonywaniu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem (zobowiązanie z dnia 7 lutego 2013 r.). Oba wy ej wymienione zobowiązania P.R.G. Bytom Sp. z o.o. zostały zło one przez Odwołującego w formie określonej przez Zamawiającego w SIWZ w pkt VI.4 in fine oraz XI.7. Jedynym logicznym uzasadnieniem stanowiska Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, jest uznanie, i rzeczone oświadczenia (zobowiązania) P.R.G. Bytom Sp. z o.o. uległy zagubieniu.

Odwołujący podniósł, i zobowiązanie P.R.G Bytom Sp. z o.o. z dnia 7 lutego 2013 r. do współpracy z Odwołującym (jako podmiotu biorącego udział w realizacji zamówienia) zostało zło one wraz z ofertą. W zakresie zobowiązania P.R.G. Bytom Sp. z o.o. z dnia 12 lutego 2013 r. do udzielenia Odwołującemu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia Odwołujący wyjaśnił, i zobowiązanie (oświadczenie) to zostało zło one w dniu 9 maja 2013 r. za pismem przewodnim datowanym na dzień 8 maja 2013 r., w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 7 maja 2013 r. Oświadczenie P.R.G. Bytom Sp. z o.o. z dnia 12 lutego 2013 r. zostało zło ono w terminie wyznaczonym pismem Zamawiającego i zawiera wszystkie elementy wymagane przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania tej spółki. Zobowiązanie P.R.G. Bytom Sp. z o.o. z dnia 12 lutego 2013 r. w pełni koresponduje z treścią zło onego przez Odwołującego (wg wzoru jak w załączniku nr 3 do S1WZ) Wykazu wykonanych/wykonywanych usług oraz referencjami dla wskazywanych prac.

Odwołujący wyjaśnił, e podmiot udzielający Odwołującemu zasobów w postaci podwykonawcą wiedzy i doświadczenia, tj. P.R.G. Bytom Sp. z o.o. będzie równie Odwołującego w zakresie wykonywania prac objętych niniejszym postępowaniem. Okoliczność powy sza wynika jednoznacznie z treści oświadczenia (zobowiązania) P.R.G. Bytom Sp. z o.o. z dnia 7 lutego 2013 r. oraz wykazu części zamówienia, jakie wykonawca

---

zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom, które to dokumenty zło ono wraz z ofertą. Odwołujący i P.R.G Bytom Sp. z o.o. jednoznacznie wskazali, i P.R.G. Bytom Sp. z o.o. będzie bezpośrednio zapewniał robociznę przy wykonywaniu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. W konsekwencji Odwołujący wskazał, i udział podmiotu udzielającego mu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia będzie w pełni zapewniony, albowiem nie ma pełniejszego i bardziej komplementarnego sposobu na udzielenie zasobów ni bezpośredni udziału udzielającego w wykonywaniu prac objętych zamówieniem jako podwykonawcy.

Odwołujący podniósł, i stanowisko Zamawiającego jest o tyle niezrozumiałe, e ju po wezwaniu Zamawiającego z dnia 7 maja 2012 r. i zło eniu przez Odwołującego pisma z dnia 8 maja 2013 r., Zamawiający zaprosił Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej nr A-722-2013, która to aukcja odbyła się w dniu 14 maja 2013 r. (aukcję uniewa niono na skutek orzeczenia KIO, sygn. akt 1188/13).

Zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości co do

zobowiązania P.R.G. Bytom Sp. z o.o. do udzielenia Odwołującemu zasobów, winien był skorzystać z procedury przewidzianej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp bądź art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z których to przepisów Zamawiający nad wyraz aktywnie korzystał w przypadku innego wykonawcy, tj. Bytomskiego Przedsiębiorstwa Wielobran owego „Ar-Go" Sp. z o.o. z Bytomia.

Odwołujący podniósł, e hipotetycznie przyjmując, i rzeczywiście Odwołujący nie zło ył przedmiotowego oświadczenia (zobowiązania) to sam fakt braku takowego oświadczenia (zobowiązania) nie mo e prowadzić do wniosku, i Odwołujący ostatecznie nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Gdyby bowiem Zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości co do wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to Zamawiający miał obowiązek wzywać Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Za takie wezwanie nie mo na uznać pisma z dnia 7 maja 2013 r., albowiem pismo to nie wzywa do wykazania dysponowania zasobami pomiotu trzeciego przez Odwołującego, lecz li tylko do zło enia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udzielenia zasobów Odwołującemu. Co zresztą Odwołujący uczynił. Oczywistym bowiem jest, i katalog sposobów wykazania, i wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego nie ogranicza się jedynie do pisemnego oświadczenia tego podmiotu lecz mo e być wykazany innymi okolicznościami przez wykonawcę.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, w sytuacji braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego, uniewa nienie postępowania przez Zamawiającego w powołaniu na art. 93. ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czyli ze

względu na brak zło enia oferty niepodlegającej odrzuceniu, nie było zasadne.

W dalszej części Odwołujący podniósł, e mając na uwadze treść art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nale y uznać, e okoliczność wskazana przez Zamawiającego nie mogła stanowić przyczyny postępowania. Treść wymienionej podstawy uniewa nienia e Zamawiający rozpoczął samodzielne uniewa nienia postępowania pozwala uznać, w tym robót stanowiących przedmiot robót wykonywanie wszelkich górniczych, postępowania, albowiem nastąpiło wprowadzenie programu polegającego na anga owaniu do robót górniczych załogi własnej zamiast wykonawców zewnętrznych. To oznacza, e jest on zainteresowany zarówno wykonaniem przedmiotowego zamówienia, jak i prowadzeniem postępowania o jego udzielenie. Zatem, tak wykonanie zamówienia, jak i prowadzenie postępowania o jego udzielenie nadal le ą w interesie publicznym (podobnie wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygnatura akt KIO/734/11).

Nadto Odwołujący podniósł, e rozpoczynając wykonywanie przedmiotu postępowania za pomocą własnej załogi zamiast wykonawców zewnętrznych, Zamawiający dokonał jedynie zmiany sposobu wykonania przedmiotowego zamówienia a nie zaniechania w ogóle jego realizacji. Taka okoliczność nie mo e zaś stanowić podstawy do uznania, e prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie le y w interesie publicznym (wyrok KIO z dnia 13 lutego 2013 r., sygnatura akt: KIO 304/13). Odwołujący powołał się równie na wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2013 r., sygnatura akt: KIO 764/13, w którym Izba wskazała, e „dyspozycja art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, nie przewiduje jako przyczyny uniewa nienia postępowania zamiaru zamawiającego powierzenia zadań objętych postępowaniem innemu podmiotowi ni wyłonionemu w trybie procedury ustawy Prawo zamówień publicznych".

Odwołujący podniósł, i z treści pisma Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2013 r. wynika, e przesłankę „istotnej zmiany okoliczności", o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, miało stanowić wprowadzenie programu oszczędnościowego. W dniu 22 września 2009 r. Sąd Okręgowy w Nowym Sączu wydał wyrok, w którego uzasadnieniu wyraźnie podał, e „mo liwość zmniejszenia wydatków przez zamawiającego nie świadczy jeszcze o tym, e wykonanie zamówienia nie le y w interesie publicznym. Nie mo na bowiem uto samiać interesu publicznego z interesem ekonomicznym zamawiającego (...)" (sygn. akt III Ca 418/09). Pogląd ten został, jak wskazuje Odwołujący, podzielony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku wydanym w dniu 27 października 2010 r., sygnatura

akt: KIO 2228/10, KIO 2245/10 (wskazany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej został wydany w toku postępowania odwoławczego, którego stroną była równie Kompania Węglowa S.A.)

Na marginesie Odwołujący podniósł, e w dniu 10 kwietnia 2013 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 070-116929, zostało

7

---

opublikowane ogłoszenie Zamawiającego o zamówieniu na „Drą enie wyrobisk górniczych w KW S.A. Oddział KWK Sośnica – Makoszowy". W dniu 31 lipca 2013 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, pod numerem 2013/S 147-256499, zostało z kolei opublikowane ogłoszenie Zamawiającego o udzieleniu tego zamówienia. Na najwy szą uwagę, zdaniem Odwołującego, zasługuje jednak fakt, e w dniu 19 lipca 2013 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, pod numerem 2013/S 139-242648, zostało opublikowane ogłoszenie Zamawiającego o zamówieniu na „Drą enie chodnika kamiennego nr 3a dla udostępnienia pokładu 326, wraz z przebudową odcinka chodnika badawczego nr 325 w Oddziale KWK Bolesław Śmiały". Treść zarówno wy ej wymienionych ogłoszeń o zamówieniach, jak i SIWZ udostępnianych przez Zamawiającego w postępowaniach wszczętych na skutek opublikowania tych ogłoszeń pozwala uznać, e przedmiot tych e postępowań, w szczególności zaś postępowania na „Drą enie chodnika kamiennego nr 3a dla udostępnienia pokładu 326, wraz z przebudową odcinka chodnika badawczego nr 325 w Oddziale KWK Bolesław Śmiały" jest bardzo podobny, je eli nie wręcz to samy z przedmiotem niniejszego postępowania.

W tym stanie rzeczy Odwołujący stwierdził, e wprowadzenie programu oszczędnościowego przez Zamawiającego nie stanowiło adnej przeszkody dla wszczęcia i prowadzenia przez Zamawiającego innych postępowań o udzielenie zamówień, co istotne o przedmiotach bardzo podobnych do przedmiotu niniejszego postępowania. Co więcej, nawet gdyby przyjąć, e wprowadzenie programu oszczędnościowego było następstwem znalezienia się przez Zamawiającego w złej sytuacji finansowej, to Odwołujący wskazuje na wyrok wydany przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 27 października 2010 r. (sygn. akt: KIO 2228/10, KIO 2245/10). Z treści uzasadnienia tego orzeczenia wyraźnie wynika, e powoływanie się przez zamawiającego na złą sytuację finansową, która miała by uniemo liwiać prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku, gdy zamawiający prowadzi jednocześnie inne postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiocie zbli onym do postępowania, które zostało uniewa nione, nie mo e stanowić podstawy do uniewa nienia postępowania w oparciu o treść art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, przesłanka „istotnej zmiany okoliczności" mo e zostać uznana za spełnioną wyłącznie wtedy, gdy taka zmiana okoliczności ma charakter obiektywny, całkowicie niezale ny od woli zamawiającego. Powy sze znajduje pełne potwierdzenie w treści uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2011 r. (sygnatura akt KIO/734/11). Treść pisma Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2013 r. jednoznacznie zaś pozwala stwierdzić, e zaistnienie zmiany okoliczności, w postaci pojawienia się „programu oszczędnościowego", było skutkiem zachowania Zamawiającego. Program ten został bowiem wprowadzony przez Zamawiającego.

8

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Do oferty Odwołującego został dołączony *Wykaz wykonanych usług,* w którym wskazano dwie usługi referencyjne, wykonane przez Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Bytom sp. z o.o. Nadto, załączono równie *Zobowiązanie do współpracy* z dnia 7 lutego 2013 r., z którego treści wynika, e Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Bytom sp. z o.o. zobowiązało się do udziału w charakterze podwykonawcy w realizacji niniejszego zamówienia, w zakresie opisanym w ofercie. Zaś, z *Wykazu części zamówienia jakie wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom,* załączonego do oferty, wynika, e wykonawca ten będzie uczestniczyć w realizacji niniejszego zamówienia „poprzez zapewnienie robocizny."

Pismem z dnia 7 maja 2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, *„do uzupełnienia zło onej oferty o pisemne oświadczenie podmiotu, to jest Przedsiębiorstwa Robót Górniczych Bytom sp. z o.o. zawierające*

zobowiązanie do oddania do dyspozycji Waszej firmie niezbędnych zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia które zostały wskazane w wykazie – strona nr 26 oferty."

W odpowiedzi (pismo z dnia 8 maja 2013 r.) Odwołujący przedło ył *Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia,* pochodzące od Przedsiębiorstwa Robót Górniczych Bytom sp. z o.o. Zobowiązanie zostało przedło one w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2013 r. Zamawiający poinformował Odwołującego m.in. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, „w związku z niespełnieniem art. 26 ust. 2b polegającym na braku pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego oddającego niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuca się ofertę tego Wykonawcy." Nadto, Zamawiający poinformował, e uniewa nia postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy Pzp, „ze względu na fakt, i nie zło ono oferty niepodlegającej odrzuceniu oraz z powodu wprowadzenia przez Zamawiającego programu oszczędnościowego polegającego między innymi na utrzymaniu miejsc pracy poprzez anga owanie do robót górniczych załogi własnej zamiast wykonawców zewnętrznych."

Krajowa Izba Odwoławcza zwa yła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, zdaniem Izby, okazał się nieuzasadniony. Odwołujący swoje stanowisko opiera na twierdzeniu, e przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie jest bardzo lakoniczne. Jednak e powy sze nie mo e świadczyć o trafności sformułowanego zarzutu. Wskazany nakłada na przepis zamawiającego obowiązek podania uzasadnienia prawnego i faktycznego podjętej decyzji, nie określa zaś zakresu informacji, jakie nale y w uzasadnieniu wskazać. Zresztą trudno wyobrazić sobie, eby tego rodzaju regulacja była mo liwa. Stąd te zdaniem Izby, jedynie zupełny brak uzasadnienia albo wskazanie okoliczności, z których nie mo na wywieść, jaki w istocie jest powód podjęcia określonej decyzji, mo e świadczyć o naruszeniu przedmiotowego przepisu.

W okolicznościach niniejszej sprawy, nie budzi wątpliwości, e Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uniewa nieniu postępowania, które z pewnością nie było rozbudowane, ale odnosiło się do istoty sprawy. Jakkolwiek uzasadnienie podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania nie zostało zręcznie sformułowane, biorąc pod uwagę treść normy wysłowionej w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i odwołanie się do niej bezpośrednio w uzasadnieniu podjętej decyzji, niemniej jednak w istocie okoliczność powołana w hipotezie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp legła u podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jednocześnie z treści uzasadnienia, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wynika, e Odwołujący nie zło ył w ogóle zobowiązania podmiotu trzeciego, ale e nie zło ył pisemnego zobowiązania. Pominięcie tej okoliczności doprowadziło Odwołującego do fałszywych wniosków.

Co się zaś tyczy powodów uniewa nienia postępowania, stwierdzić nale y, i analogiczne jak w przypadku wykluczenia Odwołującego z postępowania, przyczyny te podane są w sposób oszczędny, niemniej jednak nie budzi wątpliwości, jaka okoliczność stanowiła podstawę podjętej decyzji. Zdaniem Izby, w świetle przepisu art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, okoliczności przytoczone przez Zamawiającego nale y uznać za wystarczające dla uznania, e obowiązek podania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego został zrealizowany.

Natomiast za uzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i to ju na etapie składania ofert. Analiza dokumentów załączonych do oferty prowadzi do wniosku, e Odwołujący dla wykazania spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia skorzystał z potencjału podmiotu trzeciego - Przedsiębiorstwa Robót Górniczych Bytom sp. z o.o. W *Wykazie wykonanych usług* powołał się na doświadczenie

tego Wykonawcy. Jednocześnie, ze zobowiązania do współpracy wynika, e podmiot

udostępniający wiedzę i doświadczenie będzie podwykonawcą Odwołującego przy realizacji niniejszego zamówienia. W ramach podwykonawstwa będzie wykonywał bezpośrednio roboty, stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia (robocizna), zaś Odwołujący zapewni narzędzia i sprzęt, co z kolei jednoznacznie wynika z *Wykazu części zamówienia jakie wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom.*

Zdaniem Izby, wobec powołanych okoliczności, za absolutnie nieuzasadnione nale y uznać stanowisko, e z dokumentu z dnia 7 lutego 2013 r. nie wynikał fakt udostępnienia potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia. W pierwszej kolejności nale y bowiem zauwa yć, e z mocy przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jeśli wykonawca powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, e będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia. Zatem, z uprawnieniem do skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego wią e się obowiązek wykazania, e w ramach realizacji konkretnego zamówienia potencjał tego podmiotu będzie mógł być wykorzystany. Nie chodzi bowiem tylko o blankietową zgodę na udostępnienie zasobów dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale równie o zapewnienie mo liwości skorzystania z tego potencjału w ramach realizacji zamówienia.

Odwołując się do metod wykładni oświadczeń woli (art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp) nie sposób twierdzić, e w świetle przedło onych przez Odwołującego wraz z ofertą dokumentów, Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W sposób uprawniony powołał się bowiem na wiedzę i doświadczenie Przedsiębiorstwa Robót Górniczych Bytom sp. z o.o. i wykazał, ponad wszelką wątpliwość, na mo liwość wykorzystania tych zasobów w ramach realizacji niniejszego zamówienia. Mianowicie, treść przedstawionego *Zobowiązania do współpracy,* wskazuje na bezpośredni udział podmiotu udostępniającego w wykonywaniu zamówienia, co więcej z *Wykazu części zamówienia jakie wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom,* wynika w jakim zakresie podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Na uwagę zasługuje fakt, e podmiot udostępniający będzie bezpośrednio wykonywał roboty, na które (co do rodzaju) powołano się dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Okoliczność, e w treści zobowiązania zabrakło odwołania się wprost do udostępnienia wiedzy i doświadczenia nie mo e stanowić o niewykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. *Wykaz wykonanych usług* i *Zobowiązanie do współpracy* są dokumentami nierozerwalnie powiązanymi i interpretowanie ich bez dostrze enia zachodzącego między nimi związku jest niedopuszczalne. W *Zobowiązaniu do współpracy* wprost wskazano na sposób udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego (podwykonawstwo) i rzeczone zobowiązanie wyczerpuje dyspozycję normy, zawartej w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Słuszny okazał się równie zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający odrzucił bowiem ofertę Odwołującego na mocy wskazanego przepisu, na skutek podjęcia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Tym samym Zamawiający potwierdził, e nie dostrzega ró nicy pomiędzy uznaniem *ex lege* oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp) od obowiązku zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji, w której pomimo wykluczenia z postępowania lub niezaproszenia do składania ofert wykonawca składa ofertę.

Brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego ofertę za odrzuconą czyni zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp trafnym. W okolicznościach niniejszej sprawy nie zaktualizowała się bowiem przesłanka, której wystąpienie jest niezbędne do uniewa nienia postępowania w oparciu o wskazany przepis, a mianowicie, e w niniejszym postępowaniu nie zło ono adnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Stwierdzone naruszenia pozwalają uznać zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp za uzasadniony, jednak e Izba na przykładzie pisma z dnia 28 lutego 2013 r. nie

dopatrzyła się nierównego traktowania wykonawców. Odmienny przedmiot wezwania związany z ró nymi wadliwościami, stwierdzonymi w ofertach wykonawców, zdaniem Izby, miał wpływ na sposób sformułowania wezwania.

Izba dostrzegła zaś podstawy do uniewa nienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przedmiotowy przepis kreuje dla zamawiającego obowiązek uniewa nienia postępowania, je eli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, e prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie le y w interesie publicznym, czego nie mo na było wcześniej przewidzieć. W ocenie Izby, wdro enie programu oszczędnościowego, a co za tym idzie, wykonanie niniejszego zamówienia siłami własnymi, stanowi istotną zmianę okoliczności, która przesądza, e prowadzenie postępowania nie le y w interesie publicznym, a jednocześnie nie mo na jej było przewidzieć. Nale y zauwa yć, e postępowanie zostało wszczęte w styczniu 2013 r., w okresie, w którym co prawda był obserwowany pewien zastój na rynku węgla kamiennego, jednak e sytuacja ta nie była na tyle zła, e jak wyjaśnił Zamawiający, i prognozy co do planowanych efektów ekonomicznych nie były realizowane. Pogłębiająca się dekoniunktura spowodowała jednak, e od maja br. KWK Bolesław Śmiały notuje stratę, zaś w KWK Pokój, Piekary i Brzeszcze, ze względu na panującą sytuację, Zamawiający zamierza utrzymywać tylko ruch i w konsekwencji alokować pracowników tam zatrudnionych. Częściowo przedmiotowe przemieszczenie pracowników miało ju miejsce, do KWK Bolesław Śmiały oddelegowano

---

kilkudziesięciu pracowników z innych kopalń, jednak e jest to proces długotrwały i niezwykle trudny, biorąc pod uwagę, e alokacja dotyczy kilkunastu tysięcy pracowników i napotyka opór organizacji związkowych. Dodatkowo, został zgłoszony wniosek o ogłoszenie upadłości Zamawiającego.

W tych okolicznościach stwierdzenie, e wystąpiła istotna zmiana okoliczności nie powinno budzić wątpliwości. Wprowadzenie programu oszczędnościowego, wskazywane jako powód uniewa nienia postępowania, jest z pewnością skutkiem wskazanych okoliczności. Zaś wystąpienie tych e okoliczności powoduje, e prowadzenie postępowania nie le y w interesie publicznym. Zwrócić bowiem nale y uwagę, e powołany interes publiczny nie jest jedynie uto samiany z interesem ekonomicznym Zamawiającego. Nie mo na bowiem pomijać, e prowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia, w sytuacji, w której pracownicy Zamawiającego ze względu na spadek popytu na węgiel kamienny i spadek wydobycia, nie wykonują swoich obowiązków a jednocześnie są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia przeczy interesowi publicznemu. Udzielenie zamówienia oznaczałoby konieczność zwolnienia pracowników Zamawiającego, ewentualnie e wydatkowania środków w sposób nieuzasadniony. To z kolei, biorąc pod uwagę, Zamawiający jest największym pracodawcą na Śląsku a górnictwo jest jedną z głównych gałęzi gospodarki, spowodowałoby daleko idące skutki, w postaci zachwiania rynku pracy i wzrostu bezrobocia na tym terenie. Jednocześnie mając na uwadze fakt, e jedno miejsce zatrudnienia w górnictwie w istotny sposób przekłada się na zatrudnienie w sektorach okołogórniczych, nie sposób dostrzec, e prowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego le y w interesie publicznym.

Jednocześnie Izba stoi na stanowisku, e przywołanych okoliczności nie sposób było przewidzieć. Zamawiający z jednej strony, chcąc zapewnić ciągłość prowadzenia działalności w dotychczasowym zakresie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale jednocześnie w styczniu br. nie miał podstaw przewidywać, e sytuacja na rynku będzie się pogarszać, co spowoduje tak niską sprzeda , e KWK Bolesław Śmiały będzie generować straty. Jednocześnie wszczęcie kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, nawet na to samy przedmiot zamówienia, w warunkach niniejszej sprawy nie świadczy o pozorności okoliczności, które legły u podstaw uniewa nienia postępowania. Wskazywana przez Zamawiającego konieczność alokacji pracowników z innych kopalń a jednocześnie jej zakres powodują, e musi to być proces rozło ony w czasie, a jednocześnie nie mo e być zagro ona ciągłość działalności Zamawiającego. To z kolei powoduje, e alokacja pracowników ma wpływ na celowość prowadzenia postępowania, nie zawsze zaś te działania mogą być podejmowane w zbie ności czasowej.

Co do powoływanego przez Odwołującego argumentu, e wykonywanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia samodzielnie świadczy o tym, e jest

zainteresowany prowadzeniem postępowania, a wykonanie zamówienia le y w interesie publicznym stwierdzić nale y, e wbrew twierdzeniom Odwołującego, realizacja usług, stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia, siłami własnymi Zamawiającego nie przesądza o celowości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Fakt, e Zamawiający w ramach swoich mocy jest w stanie wykonać zamówienie nie uzasadnia udzielenia zamówienia publicznego (zawarcia umowy odpłatnej) podmiotowi zewnętrznemu. Nie zawsze te , jak w okolicznościach niniejszej sprawy, udzielenie zamówienia, a więc zlecenie wykonania opłatnej usługi, le y w interesie publicznym.

Nadto, zauwa yć nale y, e przywołane przez Odwołującego orzecznictwo jest nieadekwatne do okoliczności niniejszej sprawy. Wyartykułowana przez Izbę teza w wyroku z dnia 13 lutego 2013 r., sygnatura akt: KIO 304/13, e zmiana sposobu realizacji nie mo e stanowić podstaw do uniewa nienia postępowania w oparciu o wskazany przepis odnosi się do sytuacji, w której zamawiający uniewa nił postępowanie mając na względzie okoliczność, e modyfikacja zakresu zamówienia w kolejnym postępowaniu przyniesie określone oszczędności. Oznacza to, e Zamawiający uniewa nił postępowanie z powodu zmiany koncepcji jego prowadzenia, a z taką sytuacją w niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia.

Izba podziela równie pogląd, wyra ony w wyroku KIO z dnia 18 kwietnia 2013 r., sygnatura akt: KIO 764/13, e przyczyną uniewa nienia postępowania nie mo e być chęć udzielenie zamówienia innemu podmiotowi ni ten, który został wybrany w trybie ustawy Pzp. Jednak e stanowisko to zostało zaprezentowane w okolicznościach, w których spółka pracownicza, która powstała w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zło yła ofertę po terminie składania ofert i oferta ta okazała się tańsza.

Nale y zgodzić się równie ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie, e interesu publicznego nie nale y uto samiać z interesem ekonomicznym zamawiającego, jednak e, o czym była mowa wy ej, z taką sytuacją, w ramach niniejszego postępowania, nie mamy do czynienia.

Trafność decyzji o uniewa nieniu postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp powoduje, e biorąc pod uwagę przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględnienie odwołania, mimo stwierdzonych wy ej naruszeń nie jest mo liwe.

Wobec powy szego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: ……

……

……