

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 kwietnia 2008r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział X Gospodarczy

w składzie

Przewodniczący - Sędzia SO Leszek Guza (spr.)

Sędzia SO Małgorzata Korfanty

Sędzia SO Katarzyna Żymelka

Protokolant Agnieszka Demucha

po rozpoznaniu w dniu 11 kwietnia 2008r. w Gliwicach

na rozprawie

sprawy ze skargi Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowo - Usługowego „K.B. VOLT” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ornontowicach

**na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych
z dnia 25 stycznia 2008r.**

sygn. akt KIOZUP 114/07

z udziałem:

**zamawiającego Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej w Jastrzębiu Zdroju
przeciwnika skargi OPA CARBO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w
Bytomiu**

1. oddala skargę;
2. zasądza od skarżącego Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowo - Usługowego „K.B. VOLT” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ornontowicach na rzecz przeciwnika skargi OPA CARBO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bytomiu kwotę 1,200,00zł (jeden tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Małgorzata Korfanty SSO Leszek Guza SSO Katarzyna Żymelka

właściwe podpisy

UZASADNIENIE

Kopalnia Węgla Kamiennego Budryk Spółka Akcyjna w Ormontowicach ogłosiła przetarg nieograniczony na świadczenie usług elektrycznych na powierzchni kopalni.

Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione w dniu 28 listopada 2007 r. Powodem unieważnienia postępowania było, zdaniem zamawiającej, wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Obecnie koszt świadczenia usług utrzymania ruchu urządzeń elektrycznych na powierzchni kopalni poza obiektami podstawowymi wynosi 187.000,00 zł miesięcznie tj. 2.244.000,00 zł netto rocznie. Łączny koszt wynosi 2.280.900,00 zł rocznie. Najniższa kwota zaproponowana w przetargu publicznym, obejmująca całość prac wynosi 214.900,00 zł miesięcznie co daje sumę 2.578.800,00 zł rocznie. Koszt ten jest wyższy o 297.900,00 zł rocznie w stosunku do obecnie ponoszonych kosztów przez kopalnię.

Pismem z dnia 7 grudnia 2007 r. zamawiająca poinformowała uczestnika postępowania o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia oraz o przyczynach jego unieważnienia.

Uczestnik postępowania „OPA-CARBO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bytomiu zgłosiła protest na czynność zamawiającej, polegającą na unieważnieniu postępowania i zażądała uchylenia unieważnienia postępowania w niniejszej sprawie oraz kontynuowania postępowania przetargowego.

W uzasadnieniu uczestniczka postępowania zarzuciła zamawiającej, iż powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych nie wykazała dojścia do spełnienia łącznie wszystkich przesłanek uzasadniających unieważnienie przetargu na podstawie wskazanego przepisu - wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub wykonaniu zamówienia, braku możliwości wcześniejszego przewidzenia zmiany okoliczności.

W przedstawionym stanie faktycznym, zdaniem protestującej, nie nastąpiła żadna zmiana okoliczności, ale również sama zamawiająca przewidywała koszt utrzymania ruchu urządzeń, wskazując kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 7.300.000,00 zł netto. Skoro sama zamawiająca wyznaczyła na sfinansowanie zamówienia kwotę wyższą niż wskazana w ofercie protestującej - 6.447.000,00 zł netto to trudno mówić tu o zaskoczeniu wysokością oferty. Zdaniem protestującej przepisem właściwym w przedmiotowej sprawie winien być art. 96 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Unieważnienie postępowania ze względu na cenę z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych stanowiłoby próbę obejścia prawa i czyniłoby wskazaną normę pkt 4 bezprzedmiotową.

Ponadto zamawiająca nie przedstawiła żadnego wyliczenia obecnie ponoszonych kosztów utrzymania ruchu urządzeń elektrycznych.

Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo - Usługowe „K. B. VOLT” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ormontowicach zgłosiła przystąpienie do toczącego się w wyniku protestu postępowania i opowiedziała się za odrzuceniem protestu i podtrzymaniem decyzji o unieważnieniu przetargu.

W uzasadnieniu przystępująca uznała, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ w oparciu o specyfikację istotnych warunków zamówienia nie można dokonać wyboru oferty, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych. Wskazana specyfikacja nie zawiera opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonania oceny

spełniania tych warunków, a także wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W rozstrzygnięciu protestu zamawiająca oddaliła protest.

W uzasadnieniu zamawiająca wskazała, iż w związku z koncepcją przyłączenia KWK Budryk S.A. do Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. od 1 stycznia 2008 r. podpisanie nowej umowy zostałoby uznane za niekorzystne, a pracownicy zatrudnieni w firmie obcej zostaną zatrudnieni w kopalni i będą wykonywać te same zadania.

Ponadto burzliwy rozwój wydarzeń związanych z akcją protestacyjną i strajkiem w KWK „Budryk” S.A. prawdopodobnie doprowadzi do weryfikacji planowanych na przyszły rok przepływów środków finansowych dla poszczególnych grup kosztowych.

Odwołująca „OPA-CARBO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bytomiu złożyła odwołanie od rozstrzygnięcia protestu i wniosła o nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego unieważnienia postępowania oraz o nakazanie kontynuowania postępowania w sprawie o zamówienie publiczne i dokonanie wyboru oferty zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, a następnie zawarcie stosownej umowy.

W uzasadnieniu odwołująca podniosła te same argumenty, jak w proteście. Ponadto odwołująca wskazała, iż liczba osób wykonujących prace utrzymania ruchu urządzeń elektrycznych są bez znaczenia dla postępowania. Zdaniem odwołującej wskazywanie przez zamawiającą na fakt uprzedniego zatrudnienia pracowników firmy świadczącej obecnie usługi objęte przedmiotem protestu w KWK Budryk S.A. oraz fakt popierania ich zatrudnienia przez organizacje związkowe prowadzi do wniosku, że firma ta jest faworyzowana w stosunku do innych wykonawców. Wskazane okoliczności były znane zamawiającemu już wcześniej i nie stanowią okoliczności nowych, mogących być podstawą unieważnienia postępowania.

Według odwołującej również plany połączenia spółek były znane przed ogłoszeniem przetargu, a przewidywania zamawiającej co do możliwości uznania umowy za niekorzystną nie znajdują żadnego uzasadnienia faktycznego i są jedynie przypuszczeniami zamawiającej.

Zdaniem odwołującej, skutki finansowe akcji protestacyjnej i strajku w KWK Budryk S.A. obecnie nie nastąpiły, a sam fakt ich wystąpienia nie jest jeszcze pewny.

Unieważnienie przetargu ze względu na wskazane okoliczności według odwołującej nie leży z pewnością w interesie publicznym, gdyż mogłoby w konsekwencji spowodować utrudnienia w funkcjonowaniu przedsiębiorstwa zamawiającej.

Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo - Usługowe „K. B. VOLT” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ormontowicach zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającej i wniosła o unieważnienie przetargu.

W uzasadnieniu przystępująca podtrzymała swoje stanowisko wyrażone w swoim przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie (KIO) uwzględniła odwołanie i unieważniła czynność unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu KIO wskazała, iż wskazana przez zamawiającego przyczyna unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia (najniższa roczna kwota zaproponowana w przetargu przewyższa obecny koszt utrzymania ruchu urządzeń elektrycznych o 297.900,00 zł, a podpisanie nowej umowy nie leży w interesie

publicznym i w interesie zamawiającej) nie stanowi okoliczności uzasadniającej unieważnienie postępowania, gdyż zamawiająca wskazała kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości wyższej od cen zaoferowanych przez wykonawców. W postępowaniu nie wykazano, że „obecny” koszt utrzymania urządzeń będzie takim samym kosztem w kolejnych latach i może być niższy od cen ofertowych. Również prawdopodobieństwo wykonywania usług przez pracowników w związku ze zmianą struktury organizacyjnej nie jest zdarzeniem, które nastąpiło powodując istotną zmianę okoliczności, lecz jest przewidywaną ewentualnością podobnie jak możliwość konieczności weryfikacji planowanych kosztów w roku 2008 w wyniku szczególnych zdarzeń społecznych w kopalni.

Zdaniem KIO zamawiająca nie udowodniła łącznego zajścia przesłanek, które powodują unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto Izba nie uwzględniła wniosku odwołującej o nakazanie zawarcia stosownej umowy, jako niedopuszczalnego.

KIO odniosła się również do zarzutów przystępującej do postępowania i przyznała, iż w SIWZ nie dokonano wyszczególnienia dokumentów, ich rodzajów i nazw, jakimi mogą być potwierdzone wymagania jakościowe. Jednakże wskazane braki nie stanowią wady uniemożliwiającej prowadzenie postępowania, a w efekcie zawarcie ważnej umowy. Zamawiająca wymagała od wykonawców stosowania systemu zarządzania jakością i dołączenia do oferty dokumentu „wyszczególnionego” w pkt 11.10 SIWZ mimo, że w tym punkcie żaden dokument nie został wyszczególniony. Zdaniem Izby oznacza to żądanie dowodu spełnienia warunków udziału z dokumentu, który nie musi nosić cech dokumentu urzędowego. KIO uznała zatem, iż mimo braku precyzji postanowień SIWZ, brak jest podstaw do twierdzenia, iż skutkują one wadą postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo - Usługowe „K. B. VOLT” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ormontowicach złożyła skargę na powyższy wyrok i wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku, przyjęcie skargi do rozpoznania i zasądzenie na rzecz skarżącej zwrotu kosztów postępowania.

W uzasadnieniu skarżąca podniosła, iż z uwagi na istotną zmianę okoliczności, jaką jest akcja protestacyjna i strajk w kopalni, co jest okolicznością nadzwyczajną, której nie można przewidzieć, zamawiająca podjęła decyzję o unieważnieniu postępowania. Postępowanie protestacyjne spowodowało, iż zaplanowany koszt świadczenia usług elektrycznych na powierzchni kopalni na 2008 rok musi zostać zweryfikowany. Przesłonięty przestój kopalni spowodował, iż wypracowany do tego czasu przez zamawiającego zysk został praktycznie utracony, a tym samym źródło sfinansowania przedmiotowej usługi przestało istnieć. Ponadto planowany i opisany w SIWZ zakres zamówienia nie jest już w zaistniałym stanie faktycznym potrzebny, a nawet możliwy do zrealizowania. W ocenie skarżącej wskazane czynniki sprawiają, że dalsze prowadzenie postępowania i jego wykonanie nie leży w interesie publicznym. Zdaniem skarżącej, zobowiązanie zamawiającej do wykonania orzeczenia KIO będzie skutkowało nabyciem usługi, która jest nieadekwatna do zapotrzebowania. Koszt realizacji zamówienia w planowanym zakresie spowoduje pogorszenie i tak złej sytuacji finansowej zamawiającej. Niewątpliwie w interesie publicznym jest ochrona miejsc pracy w sektorze górnictwa i na terenie, na którym stanowi ona podstawowe źródło utrzymania znacznej grupy okolicznych mieszkańców.

Ponadto skarżąca wskazała na brak dokładnego określenia w SIWZ przez zamawiającą dokumentów, jakie ma obowiązek żądać od wykonawców w celu wykazania przez nich spełniania norm ISO. Nie żądanie tych dokumentów stanowi istotne naruszenie Ustawy Prawo zamówień publicznych i skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania. Odmienne interpretacja, zdaniem skarżącej, prowadziłaby do naruszenia fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych i nie eliminowałaby z postępowania wykonawców, którzy dysponują tylko częściowymi lub nie dysponują w ogóle uznawanymi na rynku zaświadczeniami podmiotu uprawnionego do

kontroli jakości w zakresie spełniania określonych wymogów jakościowych, świadczonych przez nich usług lub dostarczanych produktów.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi „OPA-CARBO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bytomiu wniosła o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżącej na jej rzecz kosztów postępowania.

W uzasadnieniu przeciwnik skargi podniosła, iż uzasadnieniem decyzji o unieważnieniu postępowania był niższy koszt utrzymania ruchu urządzeń elektrycznych niż najniższa kwota roczna zaproponowana w przetargu. Natomiast w skardze skarżąca wskazuje na inne uzasadnienie, w tym prowadzenie akcji protestacyjnej. Zdaniem przeciwnika skargi obydwa argumenty nie uzasadniają unieważnienia postępowania przetargowego, albowiem oferta przeciwnika skargi mieściła się w granicach kwoty przeznaczonej przez zamawiającą na wykonanie przedmiotu przetargu. Trudno natomiast oceniać skutki akcji protestacyjnej, która dawno się skończyła, a początek świadczenia usług dopiero nastąpił od 1 lipca 2008 r.

Zdaniem przeciwnika skargi powoływanie się na nieokreśloną bliżej „wstępną analizę”, z której ma wynikać, że opisany w SIWZ zakres usług winien być ograniczony jest nieporozumieniem. Ponadto zamawiająca od 1 stycznia 2008 r. funkcjonuje, jako zakład Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., prowadzi normalną działalność, jako zakład górniczy, nie została postawiona w stan likwidacji, a utrzymanie ruchu urządzeń elektrycznych na powierzchni kopalni jest niezbędnym elementem jej funkcjonowania.

Przeciwnik skargi wskazała ponadto, iż skarżąca powołuje się na nieobowiązujące przepisy prawa, które zostały uchylone. Jeżeli skarżąca uważała treść SIWZ za niezgodną z Prawem zamówień publicznych to miał odpowiedni termin do oprotestowania treści specyfikacji, jednakże do czasu otwarcia ofert w postępowaniu tej okoliczności „nie zauważała”.

Zamawiająca na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2008 r. wniosła o oddalenie skargi w zakresie zarzutu dotyczącego braku certyfikatu. Wskazała, iż ewentualny brak SIWZ winien być podniesiony we właściwym terminie. W tej sprawie toczyło się postępowanie z protestu i tam mogły być podejmowane dalsze czynności przez skarżącego.

Jeżeli chodzi o zarzut dotyczący strajku to w chwili orzekania przez KIO był to zarzut uzasadniony. Obecnie strajk jest zakończony, kopalnia prowadzi wydobywanie i istnieje nawet porozumienie o odpracowaniu strat. Dlatego pozostawiła ten zarzut do uznania Sądu. Na dzień rozprawy została wybrana oferta ale umowa nie została zawarta.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zadanie skarżącej sprowadzało się zatem do wykazania, iż w przedmiotowej sprawie zasły wymienione przesłanki unieważnienia postępowania.

Skarżąca ograniczyła się w skardze do wskazania dwóch przesłanek, które jej zdaniem uzasadniają unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie.

Jako przesłankę przemawiającą za unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia skarżąca wskazała brak określenia w SIWZ przez zamawiającego dokumentów, jakich miał obowiązek żądać od wykonawców w celu wykazania przez nich spełnienia norm ISO.

W tym zakresie Sad zważył, że nawet gdyby przyjąć, iż zamawiająca powinna była żądać wskazanych przez skarżącą zaświadczeń w określonych celach to skarżąca, zgodnie z art. 38 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, mogła zwrócić się do zamawiającej o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto skarżąca, zgodnie z art. 180 ust. 1 i 184 Prawa zamówień publicznych, mogła również, we właściwym terminie, wnieść protest do zamawiającej, a następnie odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Skarżąca nie skorzystała z tych przysługujących jej możliwości.

Jest przy tym istotne, że w tej sprawie toczyło się postępowanie wywołane protestem wykonawcy OPA-CARBO Spółki z o.o. z dnia 31 października 2007 r. do którego skarżący przystąpił pismem z dnia 5 listopada 2007 r.

Skarżący nie wniósł wtedy odwołania od rozstrzygnięcia protestu. Dopuszczenie więc obecnie do skutecznego podnoszenia przez skarżącego tych zarzutów stanowiłoby obejście przepisu art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Dlatego w ocenie Sadu ten zarzut musi być uznany za spóźniony i nie podlega rozpoznaniu.

Należy również uznać, iż wskazany przez skarżącą ewentualny brak w SIWZ żądania określonych zaświadczeń nie jest na tyle istotny, aby uniemożliwić dalsze prowadzenie postępowania przetargowego i w efekcie zawarcie ważnej umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy). Nie jest to bowiem brak wymieniony w art. 146 ustawy a w szczególności nie można uznać aby był to brak mający wpływ na wynik postępowania o udzielenia zamówienia skoro był on przedmiotem odrębnego postępowania wywołanego protestem którego rezultatów skarżąca nie kwestionowała.

To również powoduje, że wbrew twierdzeniom skarżącej nie można uznać aby w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Po raz kolejny należy bowiem tutaj powtórzyć, że brak ten był przedmiotem rozpoznania w toku postępowania wywołanego protestem w którym skarżąca brała aktywny udział i którego rozstrzygnięcia nie wniosła odwołania. Nie może więc obecnie twierdzić, że naruszona została zasada równego traktowania wykonawców skoro sama nie skorzystała z wszystkich przysługujących jej uprawnień.

Jako kolejną przesłankę uzasadniającą skargę skarżąca wskazała akcję protestacyjną i strajk w kopalni, które spowodowały konieczność weryfikacji kosztu świadczenia usług elektrycznych z uwagi na utratę wypracowanego zysku. Zdaniem skarżącej nabycie nieadekwatnej do zapotrzebowania usługi spowoduje pogorszenie i tak złej sytuacji finansowej zamawiającej.

Zdaniem Sądu Okręgowego sam fakt wybuchu akcji protestacyjnej i strajku w kopalni nie stanowią istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Taką zmianę okoliczności mogłyby dopiero stanowić skutki strajku np. w postaci strat finansowych. Skarżąca w żaden sposób jednak nie wykazała, iż zamawiająca poniosła straty finansowe w wyniku strajku, nie wskazała również wysokości ewentualnych strat, lub sposobu ich wyliczenia. Nie ma więc żadnych przesłanek które pozwoliłyby ocenić czy i jaki wpływ miały te straty na możliwość zawarcia umowy i to czy jej wykonanie leży w interesie publicznym. Jest przy tym istotne, że sama zamawiająca tego zarzutu w toku postępowania przed sądem już nie popierała, co dodatkowo stawia pod znakiem zapytania wpływ owych strat na możliwość zawarcia i wykonania umowy.

Biorąc zatem powyższe pod uwagę Sąd Okręgowy, zgodnie z treścią przepisu art.

93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, stanął na stanowisku, iż wskazane przez skarżącą przesłanki nie uzasadniają unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Skarżąca nie wykazała w dostateczny sposób, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Dlatego zgodnie z art. 198 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych sąd oddalił skargę.

W przedmiocie kosztów orzeczono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w związku z art. 194 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zasądzając od skarżącej na rzecz przeciwnika skargi kwotę 1.200,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

/-/ Małgorzata Korfanty

/-/ Leszek Guza

/-/ Katarzyna Żymelka