Sygn. akt: KIO 764/13

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2013r. przez **wykonawcę** Konsorcjum firm: 1)DGP CLEAN PARTNER Sp. zo.o.2)DGP Laundry Partner Sp. z o.o.;3)DGP Catering Partner Sp. z o.o.; 4)DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o.;5)PHOENIX Business Sp. z o.o.;6) Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o.; 59-220 Legnica; ul. Najświętszej Marii Panny 5e w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** ENERGA Elektrownie Ostrołęka Spółka Akcyjna; 07-401 Ostrołęka ul. Elektryczna 5

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

2. kosztami postępowania obciąża ENERGA Elektrownie Ostrołęka Spółka Akcyjna; 07-401 Ostrołęka ul. Elektryczna 5

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł** 00 **gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez 1)DGP CLEAN PARTNER Sp. zo.o.2)DGP Laundry Partner Sp. z o.o.;3)DGP Catering Partner Sp. z o.o.; 4)DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o.;5)PHOENIX Business Sp. z o.o.;6) Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o; 59-220 Legnica; ul. Najświętszej Marii Panny 5e tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od ENERGA Elektrownie Ostrołęka Spółka Akcyjna; 07-401 Ostrołęka ul. Elektryczna 5 na rzecz 1)DGP CLEAN PARTNER Sp. zo.o.2)DGP Laundry Partner Sp. z o.o.;3)DGP Catering Partner Sp. z o.o.; 4)DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o.;5)PHOENIX Business Sp. z o.o.;6) Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o.; 59-220 Legnica; ul. Najświętszej Marii Panny 5e kwotę 18.600 **zł** 00 **gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Ostrołęce

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Pismem z dnia 4 kwietnia 2013r. odwołujący działający jako Konsorcjum firm: 1) DGP CLEAN PARTNER Sp. z o.o., 2) DGP Laundry Partner Sp. z o.o., 3) DGP Catering Partner Sp. z o.o., 4) DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o., (5) PHOENIX Business Sp. z o.o., 6) Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; Legnica 59-220 ul. Najświętszej Marii Panny nr 5e, wniósł odwołanie

Zamawiającym w przedmiotowym postępowaniu jest ENERGA Elektrownie Ostrołęka Spółka Akcyjna z siedzibą w Ostrołęce; 07- 401Ostrołęka ul. Elektryczna nr 5 zwany dalej „zamawiającym".

Przedmiotem zamówienia jest zamówienie sektorowe w trybie negocjacji z ogłoszeniem na: „Świadczenie usług prania, transportowych, gastronomicznych oraz utrzymania czystości dla ENERGA Elektrownie Ostrołęka SA". Nr referencyjny ZP05/12

Numer ogłoszenia o zamówieniu w dniu 17listopada 2012r. jest następujący: 2012/S 222-366366 i zamieszczony został w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Odwołujący wskazał czynności zamawiającego, którym zarzuca niezgodność z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2010 r. nr 113, poz.759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą pzp".

Odwołanie wniesiono na podstawie art.180 ust. 1 ustawy pzp w związku z czynnością Zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania, o czym Odwołujący został zawiadomiony pismem z dnia 25 marca 2013roku.

Przedstawiając zwięźle zarzuty odwołujący wskazał. Zaskarżonej czynności zarzuca naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp poprzez błędne zastosowanie i przyjęcie, że w niniejszej sprawie zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania z uwagi na istotną zmianę okoliczności powodującą, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Co do żądań odwołania to odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu przedmiotowego

postępowania.

Wskazując okoliczności faktyczne i prawne odwołania oraz wskazując dowody na ich poparcie odwołujący podniósł.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, jak również Odwołujący może ponieść w wyniku działań Zamawiającego realną i możliwą do oszacowania szkodę obejmującą przede wszystkim utracone przez Odwołującego zyski z tytułu realizacji niniejszego zamówienia. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia, chociaż oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, a nie istnieją podstawy faktyczne i prawne, które pozwoliłby Zamawiającemu na unieważnienie niniejszego postępowania.

Pismem z dnia 18 lutego 2013r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. W dniu 25 marca 2013r. Odwołujący otrzymał - za pośrednictwem faksu - pismo Zamawiającego nr ZG/IG/103/2013, w którym Zamawiający poinformował go o unieważnieniu przedmiotowego postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, tj. z uwagi na fakt, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że przed wszczęciem postępowania, ani też w jego toku nie nastąpiły okoliczności, które wskazywałyby na konieczność unieważnienia postępowania. Jednakże w dniu 19 lutego 2013r. do Zamawiającego wpłynęło wystąpienie grupy pracowników zatrudnionych w Wydziale Usług Pomocniczych ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A., którzy mieli być objęci przekazaniem nowemu pracodawcy (wyłonionemu wykonawcy zamówienia) w trybie art. 23 ze zn.1 kodeksu pracy (k.p.). W wystąpieniu tym zawarte zostało oświadczenie pracowników, że zamierzają utworzyć samodzielny podmiot gospodarczy w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, której podstawowym celem będzie świadczenie usług pomocniczych (między innymi objętych przedmiotem postępowania) Zamawiającemu przedkładając jednocześnie wstępną propozycję umowy handlowej oraz deklarację zatrudnienia pozostałych pracowników zatrudnionych w tym Wydziale, którzy ewentualnie do spółki nie przystąpią. Starania

pracowników poparły wszystkie organizacje związkowe działające u Zamawiającego. Po tym zdarzeniu nastąpił szereg spotkań pełnomocników Zarządu ENERGA Elektrownie Ostrołęka S. A. z przedstawicielami pracowników przy aktywnym udziale zakładowych organizacji związkowych w pełni popierających inicjatywę pracowników. W ich konsekwencji określone zostały warunki handlowe, na jakich układała się będzie potencjalnie współpraca między Zamawiającym, a spółką utworzoną przez pracowników. Ostatecznie spółka pracowników została zawarta w dniu 18 marca 2013r. poprzez spisanie stosownego aktu notarialnego. Z uwagi na powyższe, kierując się słusznym interesem pracowników postrzeganym jako interes publiczny, Zamawiający postanowił unieważnić postępowanie, a całokształt usług wykonywanych do tej pory przez Wydział Usług Pomocniczych, w tym objętych niniejszym postępowaniem, powierzyć do wykonania nowo utworzonej spółce pracowniczej."

Z tak przytoczonym stanowiskiem Zamawiającego w piśmie do odwołującego, odwołujący nie zgadza się.

Interes publiczny należy rozumieć jako interes w realizacji zamówienia (według sposobu, zakresu opisanego w SIWZ).

Interesem publicznym nie jest interes nowo utworzonej Spółki przez pracowników Zamawiającego.

Przedmiotem zamówienia niniejszego zamówienia było świadczenie usług prania, transportowych, gastronomicznych oraz utrzymania czystości dla ENERGA Elektrownie Ostrołęka SA (EEO SA).

Zgodnie z postanowieniami § 2 ust. 1 umowy „w celu realizacji przedmiotu zamówienia Zleceniobiorca jest zobowiązany do przejęcia części zakładu pracy Zleceniodawcy w trybie art. 23 ze zn.1 Kodeksu pracy i wszystkich zatrudnionych tam pracowników Zamawiającego (przejęcie pracowników), w liczbie określonej przez Zleceniodawcę, nie większej niż 25 osób".

Jak wynika z uzasadnienia decyzji Zamawiającego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, jego przedmiot - w niezmienionym kształcie - miałby być w przyszłości realizowany przez spółkę prawa handlowego utworzoną przez byłych pracowników Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy, w opinii Zamawiającego, zaszły przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, tj. wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Odwołujący podkreśla, że powyższe stanowisko nie może być uznane za uzasadnione w trybie art. 93 ust.1 i 1 a ustawy pzp. W szczególności w sytuacji taksatywnie wymienionych w ustawie okoliczności, w których może zamawiający

unieważnić postępowanie.
Odwołujący wskazał na orzecznictwo zarówno sądów powszechnych jak i KIO, z którego wynika obligatoryjność wypełnienia wszystkich trzech przesłanek umożliwiających skorzystanie przez zamawiającego z regulacji zawartej w art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy pzp, a także na temat rozumienia praktycznego tych przesłanek.
Odwołujący stoi na stanowisku, iż nie występuje w przedmiotowym postępowaniu sytuacja, która mogłaby stanowić podstawę do unieważnienia przedmiotowego postępowania, czy to w oparciu o wskazany przez Zamawiającego przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, czy to w oparciu o inne przepisy Pzp. Dlatego wnosi o uwzględnienie odwolania.

Pismem z dnia 15.04.2013r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.
Zamawiający przedstawił szeroką argumentację formalną i prawną wraz z pismami wnosząc o przeprowadzenie z nich dowodów w sprawie na okoliczność bezzasadności odwołania.
Zamawiający uważa, że zaistniały okoliczności do unieważnienia postępowania wyczerpujące przesłanki z art.93 ust.1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Przede wszystkim zamawiający trwa w sporze zbiorowym ze związkami zawodowymi oraz załogą reorganizowanego wydziału spółki zamawiającego, którzy domagają się zawarcia umowy z nowopowstałą spółką AZYMUT Sp. z o.o., a nie z wyłonionym wykonawcą w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym jak podnosi zamawiający nowopowstała spółką pracownicza AZYMUT Sp. z o.o. przedstawiła korzystniejszą ofertę cenową niż wyłoniony po negocjacjach i złożeniu ofert ostatecznych wykonawca to jest odwołujący.
Zamawiający również wskazuje na grożący strajk załogi, w sytuacji gdy nie zostanie zawarta umowa z nowopowstałą spółką pracowniczą. Na taką okoliczność zamawiający nie może pozwolić, ponieważ pełni kluczową pozycję w zabezpieczeniu energetycznym Państwa.
W tym stanie rzeczy wnosi o oddalenie odwołania uważając, że jego czynność wypełnia w całości dyspozycje art.93 ust.1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba ustaliła

Na podstawie dokumentacji przedłożonej przez zamawiającego w tym protokółu postępowania sporządzonego przez zamawiającego Izba dokonała następujących ustaleń.
Przedmiotowe postępowanie dotyczy świadczenia usług prania, transportowych, gastronomicznych oraz utrzymania czystości dla ENERGA Elektrownie Ostrołęka SA.

Postępowanie prowadzone było w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

Wartość zamówienia ustalona była na kwotę:10.592.824,00zł.

Wnioski o dopuszczenie do udziału w negocjacjach w terminie 05.12.2012r. złożyło trzech wykonawców: konsorcjum DGP Clean Partner Sp. z o.o. to jest odwołujący składający się z 6 wykonawców, konsorcjum IMPEL, składający się z 5 wykonawców i konsorcjum TETTSUI Security Sp. z o.o. składający się z dwóch wykonawców.

W dniu 23.01.2013r. wszyscy wymienieni powyżej wykonawcy złożyli oferty wstępne.

Wszystkich trzech wykonawców w dniu 04.02.2013r. zamawiający zaprosił do składania ofert i przesłał im specyfikację istotnych warunków zamówienia.

W dniu 18.02.2013r. wszyscy trzej wykonawcy złożyli oferty.

W tym, że dniu zostały otwarte oferty i przed ich otwarciem zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na zamówienie to jest: 13. 029. 173,52 zł. brutto.

Z zestawienia ofert wynika, że odwołujący złożył ofertę na kwotę: 10.838.741,89 zł, konsorcjum IMPEL na kwotę:14.422.667,33zł. i konsorcjum TETTSUI Security Sp. z o.o. na kwotę 11.614.595,20zł.

Jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę odwołującego.

W dniu 18 lutego 2013r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jego oferty.

W dniu 25 marca 2013r. zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego na podstawie art.93 ust.1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z uzasadnienia faktycznego wynika, że w dniu 19 lutego 2013r. zamawiający otrzymał propozycję od pracowników, którzy mają być przejęci do wybranego wykonawcy, nawiązania współpracy w ramach utworzonej spółki pracowniczej. Pracownicy Ci również zaproponowali zatrudnienie w spółce pozostałym pracownikom, którzy nie przystąpią do ich spółki. Odbyło się szereg spotkań z przedstawicielami zamawiającego, w wyniku których ustalono zasady przyszłej współpracy.
W dniu 18 marca 2013r. została zawiązana spółka pracownicza, w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.
Propozycje występujących pracowników poparły organizacje związkowe działające u zamawiającego.
Z uwagi na powyższe, kierując się słusznym interesem pracowników postrzeganym jako interes publiczny, zamawiający unieważnił postępowanie, a całokształt usług wykonywanych do tej pory przez Wydział Usług Pomocniczych postanowił powierzyć nowo utworzonej spółce pracowniczej.
W uzasadnieniu prawnym zamawiający wskazał co następuje.
Powołał treść art.93 ust.1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Wystąpiła istotna zmiana okoliczności to jest powstała nowa spółka pracownicza reprezentująca słuszny interes określonej grupy społecznej pracowniczej, która zamierza kontynuować dotychczasowe zadania Wydziału Usług Pomocniczych, a okoliczności takich nie można było przewidzieć, ponieważ inicjatywa pracownicza została przekazana zamawiającemu po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego.
Z uwagi na powyższe konieczne było unieważnienie postępowania, kierując się słusznym interesem publicznym.

Izba na rozprawie przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania oraz pism przywołanych w odpowiedzi na odwołanie to jest: Akt notarialny Notariusz K……. Z…….. Kancelaria Notarialna w Ostrołęce Rep. A 1511/2013; Oferta Zakładu Usług

Pomocniczych AZYMUT Spółka z o.o. Ostrołęka ul. Elektryczna 5 z dnia 08.03.2013r.; Narodowy Program Ochrony Infrastruktury Krytycznej Zał. Nr 1 Charakterystyka systemów infrastruktury krytycznej; Zgłoszenie sporu zbiorowego u zamawiającego z dnia 05.12.2012r.; Pismo PIP OIP w W-wie z dnia 17.12.2012r. o rejestracji sporu zbiorowego; Pismo z dnia 21.09.2011r. organizacji związkowych do zamawiającego w sprawie referendum strajkowego; Protokół z 20.09.2011r. z przeprowadzonego referendum strajkowego; Pismo z dnia 18.02.2013r. do zamawiającego pełnomocnika Bogdana Górskiego w sprawie świadczenia usług pomocniczych przez spółkę pracowniczą; Protokoły z dnia 19 i 26 lutego 2013r.z rokowań w sporze zbiorowym; Pismo do zarządu z dnia 27 listopada 2012r. z żądaniami z rygorem wszczęcia sporu zbiorowego.

Izba zważyła.

Izba po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego i dowodowego na rozprawie stwierdza, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył art.93 ust.1 pkt 6 ustawy pzp, unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały określone w art. 93 ust. 1 i ust. 1la ustawy pzp, to jest po pierwsze „istotna zmiana okoliczności”, po drugie „wpływ istotnej zmiany okoliczności na to, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym”, a po trzecie „brak możliwości przewidzenia dwóch pierwszych przesłanek”.

Formuła art. 93 ust.1 ustawy pzp ma charakter nakazu po stronie zamawiającego. Zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie w sytuacjach wskazanych w tym przepisie.

Zamawiający unieważnia prowadzone postępowanie tylko w sytuacji, gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Przy czym należy zwrócić uwagę, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sądów powszechnych „interesu publicznego” nie można utożsamiać z indywidualnym interesem zamawiającego, nawet jeżeli ma on charakter interesu ekonomicznego (wyrok Sądu

Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 22.09.2009r. Sygn. akt III CA 418/09).

Na podstawie okoliczności przedmiotowej sprawy, a ustalonych z pism procesowych to jest odwołania i odpowiedzi na odwołanie oraz na podstawie przedstawionych dowodów na rozprawie w tym oświadczeń zamawiającego, Izba bezsprzecznie ustaliła, że zawiązanie spółki pracowniczej w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie wpłynie na zmianę interesu publicznego, którego celem jest powierzenie dotychczasowych funkcji zamawiającego, a objętego przedmiotowym zamówieniem (świadczenie usług prania, transportowych, gastronomicznych oraz utrzymania czystości dla ENERGA Elektrownie Ostrołęka SA), podmiotowi zewnętrznemu.

Interes publiczny prowadzenia dalej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie schodzi na plan dalszy z powodu pojawienia się w toku postępowania spółki pracowniczej, która ma w planie przejąć dotychczasową funkcję zamawiającego w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem publicznym.
Niemniej Izba potwierdza prawidłowość argumentacji prawnej zamawiającego, w związku z regulacją umowy spółki (§ 13 ust.2 Aktu Notarialnego Notariusz K…….. Z…… Kancelaria Notarialna w Ostrołęce Rep. A 1511/2013 o treści „ Z zastrzeżeniem art.18 § 1 i 2 KSH, w terminie do dnia 31 grudnia 2017roku, w celu uzyskania możliwości realizacji przedmiotu działalności Spółki poprzez wykonanie zamówienia na dostawy usług pomocniczych dla Energa Elektrownie Ostrołęka S.A. z siedzibą w Ostrołęce, odpowiadających przedmiotom działalności Spółki, o których mowa w §4 ust.1, Zgromadzenie Wspólników powołuje do Zarządu wyłącznie osoby, w stosunku do których Energa Elektrownie Ostrołęka S.A. nie wyraziła sprzeciwu na ich powołanie), że w myśl art.136 ust.1 pkt 2 ustawy pzp ustawy Prawo zamówień publicznych nie stosuje się (ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych na usługi, jeżeli udzielane są podmiotom, w których zamawiający sprawuje nadzór nad organem zarządzającym lub posiada prawo mianowania ponad połowy składu organu zarządzającego).

Reasumując w zakresie istnienia interesu publicznego do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub wykonania zamówienia to Izba ustaliła, że w przedmiotowym przypadku bezspornym jest, że wykonanie zamówienia nadal leży w interesie publicznym zamawiającego a polegającym na tym, że zamawiający nadal ma interes realizacji tzw. usług pomocniczych nie w ramach własnej działalności gospodarczej tylko w ramach systemu zleconego.

Spornym pozostaje czy zamawiający usługi pomocnicze, które zostały wyznaczone jako przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma realizować na podstawie wyboru kontrahenta wyłonionego w trybie ustawy pzp czy poza tym trybem, jaki jest możliwy w związku z uregulowaniem zawartym w przywołanym powyżej art.136 ust.1 pkt 2 ustawy pzp, w myśl którego, jeżeli zamawiający sektorowy ma wpływ na mianowanie ponad połowy organu zarządzającego to może zlecić usługi poza zamówieniem publicznym. W konsekwencji czy zaistniała taka sytuacja po złożeniu ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty, stanowi podstawę prawną dla zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Prawo 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).

Zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie i wnosząc o oddalenie odwołania, podnosił również na rozprawie, że względu na kluczową rolę zamawiającego dla bezpieczeństwa energetycznego Państwa jest nie dopuszczalnym doprowadzenie do akcji strajkowej, a czym grozi mu postawa związków zawodowych w tym rozpoczęta akcja wejścia w spór zbiorowy na co przedłożył dowody potwierdzające istniejący stan rzeczy, w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.
Rozważając tę argumentację zamawiającego, Izba nie znalazła podstaw do jej uwzględnienia przy rozpoznaniu odwołania, ponieważ niezadowolenie części załogi w związku z reorganizacją struktury i zasad prowadzenia działalności gospodarczej przez zamawiającego nie jest okolicznością, która dawałaby zamawiającemu prawo unieważnienia postępowania w trybie art.93 ust.1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Tym bardziej, że zamawiający w związku z wejściem w spór zbiorowy nie odstępuje od reorganizacji polegającej na prowadzeniu przedmiotowej działalności w systemie zleconym tylko unieważnia postępowanie, ponieważ zamierza powierzyć zadania objęte postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie poza ustawą pzp nowopowstałej spółce pracowniczej.
Zamiar zamawiającego powierzenia prowadzenia działalności pomocniczej, objętej przedmiotem zamówienia publicznego, nowopowstałej spółce pracowniczej nie niweczy celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wręcz je potwierdza.

Reasumując zamawiający nadal tak jak przy wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tak i później w sytuacji powstania sporu zbiorowego, w związku z zamierzoną reorganizacją działalności pomocniczej, nadal przedmiotowe usługi zamierza zreorganizować występujące dotychczas jako koszty własne. Czyli nie odpada interes publiczny wykonania zadań w systemie zleconym w zamian dotychczasowego systemu własnego.

Dyspozycja przepisu art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy pzp pozwala unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli odpadł interes publiczny do prowadzenia postępowania czy wykonania zamówienia. W przedmiotowej sprawie nie odpadł interes publiczny wykonania zamówienia.

Natomiast interes części załogi czy to nie zainteresowanej przejściem do nowego pracodawcy w trybie art. 23 ze zn.1 k.p. czy to podlegającej redukcji zatrudnieniowej, w związku z reorganizacją działalności zamawiającego, nie stanowi interesu publicznego, dla którego wszczęto postępowanie.

Bowiem interes publiczny w przedmiotowej sprawie wyznacza decyzja zamawiającego o powierzeniu zadań objętych przedmiotem zamówienia publicznego (świadczenie usług prania, transportowych, gastronomicznych oraz utrzymania czystości dla ENERGA Elektrownie Ostrołęka SA) na zewnątrz.
W związku z tym fakt powołania spółki pracowniczej w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czy to już po wyborze najkorzystniejszej oferty, nie stanowi uzasadnienia dla unieważnienia postępowania, z powodu zmiany ewentualnej decyzji zamawiającego co do tego kto ma wykonywać zadania usług pomocniczych.

Dyspozycja art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy pzp, nie przewiduje jako przyczyny unieważnienia postępowania zamiaru zamawiającego powierzenia zadań objętych postępowaniem innemu podmiotowi niż wyłonionemu w trybie procedury ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zważając w sprawie, Izba również nie znajduje podstaw do unieważnienia postępowania z powodu argumentacji zamawiającego, że oferta spółki pracowniczej jest tańsza niż oferta wykonawcy wybranego to jest odwołującego.

Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie to jest pisma z dnia 15 kwietnia 2013r.

załączył ofertę powstałej spółki pracowniczej ZUP AZYMUT Sp. z o.o. z dnia 08.03.2013 roku.
Z oferty spółki AZYMUT wynika, że jest to oferta ostateczna za cenę 21.400.000,00PLN (słownie: dwadzieścia jeden milionów czterysta tysięcy złotych) za okres r.2013.05.01 do r.2017.12.31. Natomiast w odpowiedzi na odwołanie zamawiający podaje, że „Odwołujący zaoferował za wykonanie wskazanych usług kwotę 9.344.414,52zł. netto, zaś spółka pracowników ZUP AZYMUT - zaoferowała wykonanie tych samych i w tym samym zakresie usług za kwotę 8.307.510,40 zł. co przekłada się na różnicę w wysokości 1.036.904,12zł., powiększając w ostatecznym rozrachunku zysk netto Zamawiającego o te kwotę."

Przyjmując nawet za prawdziwe oświadczenie zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie co do wysokości wynagrodzenia oferty spółki pracowniczej, w kontekście treści art.93 ust.1 pkt 6 ustawy pzp, to złożenie korzystniejszej oferty po złożeniu ofert w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania. Bowiem treść przywołanego przepisu ustawy pzp wskazuje na możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, kiedy odpada interes publiczny w wykonaniu zamówienia, a co oznacza, że wykonanie zamówienia jest bezcelowe, a nie gdy pojawia się perspektywa tańszego wykonania lub jak również w tym wypadku braku po stronie zamawiającego obowiązku przeprowadzania postępowania z uwagi na wypełnienie się po jego stronie dyspozycji z art. 136 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Natomiast zamawiający nadal w toku postępowania odwoławczego potwierdza zamiar wykonania zamówienia, to jest zlecenia usług pomocniczych na zewnątrz, chociażby przez fakt ich powierzenia powstałej po złożeniu ofert spółce pracowniczej.
Tak więc cel publiczny wykonania zamówienia, który należy w tym wypadku identyfikować, ze zleceniem usług pomocniczych na zewnątrz spółki zamawiającego nie odpadł. W związku z tym zamawiający nie ma podstaw do unieważnienia postępowania.

Podsumowując ustalony w toku postępowania odwoławczego stan sprawy należy stwierdzić, że badanie dwóch z trzech ustawowych przesłanek do unieważnienia postępowania z art.93 ust.1 pkt 6 ustawy pzp, jest bezprzedmiotowe w niniejszej sprawie.

Zbędne jest badanie przesłanki „wystąpienia istotnej zmiany okoliczności" oraz

przesłanki „braku możliwości wcześniejszego przewidzenia", ponieważ nie spełniona jest przesłanka „wystąpienia braku interesu publicznego do prowadzenia postępowania". Interes publiczny wykonania zamówienia nie odpadł, tylko zamawiający chciałby powierzyć wykonanie zamówienia innemu podmiotowi niż wybranemu w toku postępowania przewidzianego ustawą.

W związku z powyższym, że wykonanie zamówienia leży nadal w interesie publicznym to badanie wystąpienia pozostałych przesłanek do unieważnienia postępowania jest bezprzedmiotowe. Badanie pozostałych dwóch przesłanek wymienionych powyżej, a wynikających z treści art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy pzp mogłoby mieć miejsce gdyby odpadł interes publiczny w tym wypadku w wykonaniu zamówienia to jest zlecenia usług pomocniczych zamawiającego na zewnątrz. Natomiast jak z powyższych ustaleń wynika zamiar wykonania zamówienia po stronie zamawiającego nie odpadł.

Podsumowując powyższe Izba uznała odwołanie za uzasadnione, ponieważ czynność zamawiającego narusza warunki do unieważnienia postępowania, na które zamawiający powołuje się w piśmie o unieważnieniu postępowania, a przewidziane w art.93 ust.1 pkt 6 ustawy pzp.

Uwzględnienie odwołania następuje na podstawie art.192 ust.2 ustawy pzp zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzone naruszenie ustawy przez zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania.
Co zachodzi w niniejszej sprawie, ponieważ odwołującego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza spośród trzech złożonych ofert i odwołujący ma prawo oczekiwać zawarcia z nim umowy.

Naruszenie dyspozycji przepisu art.93 ust.1 pkt 6 ustawy pzp przez zamawiającego naraża odwołującego na poniesienie szkody w związku z oczekiwanym dochodem z wykonania zamówienia, a co wypełnia dyspozycję z art. 179 ust.1 ustawy pzp co do interesu do wniesienia odwołania.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 2) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00zł. i 3.600,00zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący: