

Sygn. akt KIO/UZP 470/09

WYROK

z dnia 27 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak

Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TRAWENA S.A., 21-044 Trawniki, Trawniki 624 C, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Skarb Państwa, Komenda Główna Policji, 03-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150, protestu z dnia 16 marca,**

orzeka:

1) oddala odwołanie,

2) kosztami postępowania obciąża TRAWENA S.A., 21-044 Trawniki, Trawniki 624 C

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **TRAWENA S.A., 21-044 Trawniki, Trawniki 624 C**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **TRAWENA S.A., 21-044 Trawniki, Trawniki 624 C** na rzecz **Skarbu Państwa, Komendy Głównej Policji, 03-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TRAWENA S.A., 21-044 Trawniki, Trawniki 624 C**.

Uzasadnienie

Odwołujący - TRAWENA S.A. z siedzibą w Trawnikach - wniósł odwołanie (pismo z dnia 10 kwietnia 2009 r.) od rozstrzygnięcia protestu (protest – pismo z dnia 16 marca 2009 r., wniesiony w dniu 25 marca 2009 r., rozstrzygnięcie protestu przez jego oddalenie – pismo z dnia 2 kwietnia 2009 r.), w którym zarzucił Zamawiającemu - Komendzie Głównej Policji z siedzibą w Warszawie, naruszenie przepisów art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. N r 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp, poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę bielizny termoaktywnej zimowej (podkoszulki i kalesony), prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że nie wystąpiły kumulatywnie ustawowe przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Zamawiający w żaden sposób nie wykazał (dokumentami) istnienia takich przesłanek. Ograniczył się jedynie do stwierdzeń o kryzysie. W ocenie Odwołującego, przyczyna podana przez Zamawiającego nie może stanowić podstawy unieważnienia postępowania, gdyż Zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych realizuje zadania, w tym zakupy, zgodnie z przyjętym budżetem. Zatem, zaplanował środki finansowe na planowany zakup bielizny i powinien tego zakupu dokonać. Otwarcie ofert miało miejsce w grudniu 2008 r., wówczas Minister Finansów zapewniał w Sejmie, że nie ma żadnego kryzysu. Zamawiający nie wykazał, aby dokonano korekty budżetu w zakresie właściwości Zamawiającego, również nie dokonano korekty budżetu państwa (nie ma jakichkolwiek projektów zmiany ustawy budżetowej na 2009 r.).

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i nakazanie Zamawiającemu kontynuowanie postępowania.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem, w którym Odwołujący wskazał naruszenie tych samych przepisów prawnych i sformułował zarzuty identyczne, jak w odwołaniu oraz wnioski skierowane do Zamawiającego.

Powołał się na liczne orzecznictwo arbitrażowe, KIO, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1993 r., sygn. akt III ARN 49/1993 (OSNC 1994, Nr 9, poz. 18), uchwałę Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. dotyczącą zdefiniowania pojęcia interesu publicznego oraz doktrynę, m.in. komentarze do Pzp autorstwa T. Czajkowskiego, zbiorowe opracowanie: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski. W szczególności wskazał wyroki KIO z dnia 18 lutego 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 76/08 i z dnia 8 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 262/08.

Zamawiający oddalił protest w całości jako bezzasadny.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podał.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 6.01.2009 r. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 3.245.902,00 zł. Po dokonaniu oceny ofert i przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, wybrał jako najkorzystniejszą, ofertę firmy Marko Sp. z o.o. z ceną 1.682.136,00 zł. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazał uczestnikom

postępowania w dniu 28.01.2009 r. W dniu 6.02.09 r. firma ZPCh „Texpol” Sp. z o.o. wniosła protest na czynność Zamawiającego. Obecny Odwołujący – TRAWENA S.A. nie zgłosił przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający uwzględnił protest i zobowiązał się do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownej oceny ofert. W dniu 18.03.2009 r., po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów wniesionych w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający pismem l.dz. Fz-1045/09 z dnia 18.03.2009 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć.

Z przepisu wynikają 3 przesłanki do spełnienia łącznego, co jest niezbędne do unieważnienia postępowania, tj.:

- 1) istotna zmiana okoliczności,
- 2) utrata interesu publicznego do dalszego postępowania,
- 3) brak możliwości przewidzenia wystąpienia tych okoliczności.

Przy czym zmiana okoliczności powinna być istotna, powodująca, iż zarówno dalsze prowadzenie postępowania, jak też realizacja przedmiotu zamówienia nie leży w interesie publicznym, a wręcz przeciwnie, w interesie tym leży wykorzystanie środków publicznych, z których przedmiot zamówienia miał być sfinansowany na inny cel społeczny, co też faktycznie nastąpiło, czego Zamawiający nie był w stanie przewidzieć i na co nie miał wpływu. Natomiast sama ocena czy wykonanie zamówienia leży w interesie publicznym należy do Zamawiającego.

Zamawiający uzasadniając swoje rozstrzygnięcie wyjaśnił, że z uwagi na kryzys gospodarczy, pod koniec stycznia 2009 r. budżet Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, a co za tym idzie Policji, został zmniejszony o ponad jeden miliard złotych. W związku z koniecznością ograniczenia wydatków, Zamawiający został zmuszony do rezygnacji z zaplanowanych wydatków na 2009 r. Interes publiczny przemawia za tym, aby Policja zabezpieczyła w budżecie środki na sfinansowanie zadań mających bezpośredni

wpływ na realizację ustawowych zadań, a w szczególności ochronę bezpieczeństwa ludzi oraz utrzymania bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Istotne znaczenie dla zasadności podjęcia takiej decyzji, w ocenie Zamawiającego, miała przede wszystkim konieczność zabezpieczenia środków finansowych na pokrycie wydatków, które w sposób bezpośredni mają wpływ na realizację przez jednostki organizacyjne Policji ustawowych zadań, a w szczególności środków na zakup paliwa, utrzymanie budynków (media, stan techniczny itp), utrzymanie systemów informatycznych, łączność, wydatki na wyżywienie zatrzymanych, opłaty pocztowe, wynagrodzenia biegłych itp., które muszą być obligatoryjnie zabezpieczone w budżecie. Przedmiotowe postępowanie dotyczy zakupu bielizny wg nowego wzoru, co w świetle zaistniałej sytuacji nie może być traktowane jako zakup, którego dokonanie jest niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania służb policyjnych. W związku z powyższym udzielenie zamówienia nie leży w interesie publicznym, jakim jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania służb policyjnych.

Zamawiający powołał się na art. 35 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.) podkreślając celowość, zasadność i oszczędność w wydatkowaniu środków publicznych.

Powołał się także na przepisy ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm), z których wynika, że zawarcie umowy w przedmiotowym postępowaniu spowodowałoby dysponowanie środkami finansowymi, które nie są zawarte w budżecie, zaś takie działanie prowadziłoby do naruszenia zasad wynikających z ustawy o finansach publicznych, a tym samym stanowiłoby czyn podlegający odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zamawiający podał, że unieważnienie postępowania na skutek zmniejszenia wysokości posiadanych środków finansowych, które wynikały z okoliczności nieprzewidzianych i niezależnych od Zamawiającego, w związku z powszechnie znaną sytuacją ogólną stanu gospodarki i finansów, było przedmiotem rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13.03.2009 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 244/09. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła wyrok odwołanie, uznając, że decyzja Zamawiającego dotycząca unieważnienia postępowania była słuszna.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie akt sprawy, którymi dysponowała przed otwarciem posiedzenia, ustaliła, co następuje.

Wartość zamówienia jest wartością większą niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (837 198 euro).

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dz.Urz. UE nr 2008 / S 212 281818 w dniu 31.10.2008 r. - dostawy, nazwa nadana zamówieniu – dostawa 60 000 kompletów bielizny termoaktywnej zimowej (podkoszulki i kalesony).

W postępowaniu złożono 8 ofert. Wykluczono 3 wykonawców i odrzucono oferty tych wykonawców, tj. oferty nr 1, 4, 8. Spośród pozostałych 5 ofert, które zostały ocenione merytorycznie, Zamawiający wybrał ofertę „MAKRO” Sp. z o.o. z siedzibą w Dłutowie z ceną oferty 1 682 136 zł. (oferta nr 3, pierwsza lokata pod względem ceny). Oferta Odwołującego zawierała cenę 1 976 400 zł (oferta nr 6, druga lokata pod względem ceny). Oferta ZIAJKOWSKI SP.J. zawierała cenę 3 403 800 zł (oferta nr 5, piąta lokata pod względem ceny).

Zamawiający pismem z dnia 18.03. 2009 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez „MAKRO” Sp. z o.o. z siedzibą w Dłutowie i jednocześnie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. W uzasadnieniu pisma podał, że w związku z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu firmy ZPCh „Texpol” Sp. z o.o. z ceną 2 114 016 zł (oferta nr 2, trzecia lokata pod względem ceny), zobowiązany został do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i jej powtórzenia. Zaistniały jednak przesłanki do unieważnienia postępowania, zatem postępowanie unieważnił, podając szczegółowe uzasadnienie unieważnienia w piśmie z dnia 18.03.2009 r.

Na rozprawie strony złożyły następujące dowody i wyjaśnienia.

Odwołujący potwierdził swoje stanowisko, że mimo przekazów medialnych dotyczących ograniczenia wydatków finansowych w poszczególnych resortach podległych Prezesowi Rady Ministrów, nie dokonano zmiany w Ustawie Budżetowej na 2009 r. (nie wniesiono nawet projektu takiej zmiany do Sejmu), nie dokonano zmian w budżecie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Komendanta Głównego Policji, jako centralnego organu administracji rządowej podległego Ministrowi Spraw wewnętrznych i Administracji.

W ocenie Odwołującego, wewnętrzna korespondencja wymieniana pomiędzy poszczególnymi komórkami Komendy Głównej Policji, czy nawet z Ministerstwa Spraw

Wewnętrznych i Administracji, nie stanowi podstawy do przyjęcia, iż brak jest możliwości zrealizowania planowanego zakupu bielizny termoaktywnej. Wskazał, że zakup bielizny termoaktywnej jest uzasadniony i wynika z potrzeb zaopatrzenia funkcjonariuszy Policji.

Zdaniem Odwołującego, przyczyny, na które powołał się Zamawiający w piśmie unieważniającym postępowanie, nie stanowią podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp.

Zakwestionował złożone przez Zamawiającego na rozprawie pismo z dnia 9.02. 2009 r. oraz „Prowizorium planu rzeczowo-finansowego na 2009 r.” z dnia 31.03.2009 r. twierdząc, że zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, rządowa jednostka sektora finansów publicznych prowadzi gospodarkę finansową na podstawie planu finansowego i dopiero zmiana tego planu może stanowić podstawę do dokonania czynności Zamawiającego polegających na unieważnieniu postępowania.

Podniósł, że na dzień podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania (18 marca 2009 r.) nie istniało „Prowizorium planu rzeczowo-finansowego na 2009 r.”. Stwierdził, że Prowizorium nie jest zmianą planu finansowego, a ponadto brak jest jego zatwierdzenia przez Komendanta Głównego Policji lub Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji. W chwili podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania nie istniała przesłanka uzasadniająca jej podjęcie.

Zamawiający podtrzymując swoje stanowisko, powołał się na wyrok KIO z dnia 13 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 244/09, z którego wynika, iż KIO oddaliła odwołanie wobec identycznego stanu faktycznego w zakresie posiadania środków finansowych przez Zamawiającego. Zamawiający również unieważnił tamto postępowanie.

Zamawiający podał, że w bieżącej sprawie została ograniczona wysokość środków budżetowych na 2009 r. i okoliczności tej nie można było przewidzieć w chwili wszczęcia przedmiotowego postępowania. Na potwierdzenie złożył pismo Dyrektora Departamentu Budżetu Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 9 lutego 2009 r. z którego wynika, że decyzją Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, podjętą w wyniku ustaleń Rady Ministrów dniami 27 stycznia i 3 lutego 2009 r., została ograniczona kwota wydatków dla Policji na 2009 r. o 802 054 tys. zł. W piśmie wskazano m.in., że zmniejszenie dotyczy wydatków na realizację „Programu modernizacji Policji ... o 403 000 tys. zł”. Zamawiający stwierdził, że wydatki na zakup bielizny termoaktywnej mieściłyby się w tym „Programie”, gdyż byłyby realizowane z funduszy przeznaczonych na wskazany „Program”. Zamawiający złożył również „Prowizorium planu finansowo-rzeczowego na 2009 r. dla KGP

Rozdział 75403 / 31marzec 2009 r.” Wyjaśnił, że Rozdział ten dotyczy bezpieczeństwa publicznego, z którego to rozdziału budżetu państwa finansowana jest Policja. Wskazany dokument potwierdził, że Prowizorium zostało przyjęte w dniu 31 marca 2009 r. przez Dyrektora Biura Logistyki Policji, który jest odpowiedzialny za realizację planu finansowego KGP w części, w której umiejscowione są wydatki związane z przedmiotem sporu.

Zamawiający wskazał część Prowizorium, dotyczącą Wydziału Koordynacji Gospodarki Kwatermistrzowskiej BLP KGP (WKGK), w pierwszym wierszu, rodzaj oznaczony literą D, gdzie w opisie przedmiotu i nazwy zamówienia podano: zakup umundurowania nowego wzoru na wartość brutto 48 200 000 zł, z terminem realizacji umowy na IV kw. W kolumnie „uwagi” podano, „Zaangażowanie środków w wysk. 48. 197. 324,46 zł”, co oznacza, że Zamawiający nie ma żadnych środków finansowych na zakup umundurowania nowego wzoru. Określenie, że „środki zostały zaangażowane”, oznacza, że środki te zostały zaangażowane na realizację podpisanych już umów.

Zamawiający wyjaśnił, że w marcu 2007 r. zostały podjęte decyzje o przemundurowaniu Policji poprzez zakup umundurowania nowego wzoru. Pod koniec 2008 r. zawarto umowę na dostawę umundurowania letniego według nowego wzoru. W połowie 2008 r. Zamawiający podjął czynność związane z zakupem nowego umundurowania zimowego, w zakres którego wchodzi przedmiotowa bielizna. Na skutek ograniczeń finansowych budżetu Policji, które to ograniczenie sięga około 1 300 000 000 zł, Zamawiający zmuszony został do zrezygnowania z zamierzenia i do unieważnienia postępowań dotyczących zakupów, na różnych ich etapach w sytuacji, gdy nie zostały jeszcze zawarte umowy. O kwotę 540 000 000 zł zmniejszony został budżet Policji w 2008 r., już po wszczęciu przedmiotowego postępowania.

Zamawiający wyjaśnił, że Komendant Główny Policji jest dysponentem środków budżetowych drugiego stopnia. Dysponentem pierwszego stopnia jest Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji, zaś Komendant Główny Policji wykonuje w jego imieniu czynności związane z dysponowaniem budżetu, przeznaczanego dla Policji.

Złożone Prowizorium stanowi korektę prowizorium planu finansowego opracowanego jesienią 2008 r.

Pismo z dnia 9 lutego 2009 r. było dla Zamawiającego decyzją ograniczającą jego wydatki o wskazaną kwotę. Polecenie ograniczenia wydatków zawarte w tym piśmie stanowiło podstawę unieważnienia postępowania dokonanego pismem z dnia 18 marca 2009 r. Korekta planu finansowego (Prowizorium) dokonana została w dniu 31 marca 2009 r.

Podstawą powzięcia decyzji o unieważnieniu prowadzonego postępowania poza poleceniem zawartym w piśmie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 9 lutego o ograniczeniu środków finansowych, była także świadomość spłaty zaciągniętych zobowiązań w 2008 r., jak również obowiązek uregulowania zobowiązań pozostałych z 2008 r. do rozliczenia. Zamawiający potwierdził, że środki finansowe, które mu zostały po ograniczeniu wydatków, zobowiązany jest przeznaczyć na sfinansowanie ustawowych zadań Policji – zapewnienie bezpieczeństwa publicznego. Za tym, by nie prowadzić dalej postępowania w sprawie przedmiotowego zamówienia przemawiał interes społeczny. Podał, że na skutek utraty środków finansowych zmuszony został do zawarcia umów na czas określony w sytuacji, gdy pierwotnie zakładano inne okresy ich obowiązywania. Okazał umowę zawartą w dniu 20 lutego 2009 r. na okres 3 miesięcy, dotyczącą systemów łączności wewnętrznych.

Zamawiający podał, że podpis dyrektora Biura Logistyki Policji z datą 17 kwietnia 2009 r. oraz podpis zastępcy Głównego Księgowego Naczelnika Wydziału Księgowości Biura Finansów, jest potwierdzeniem, iż wielkości wykazane w Prowizorium mieszczą się w planie finansowym, z równoczesnym uwzględnieniem ograniczenia środków na 2009 r.

Zamawiający wyjaśnił, że różnice w czasie, dzielące datę doręczenia pisma z dnia 9 lutego 2009 r. i podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania w dniu 18 marca 2009 r., uzasadnione są faktem trwających postępowań, a mianowicie składanych protestów oraz ich rozstrzygnięcia, postępowania przed KIO, np. w dniu 10 marca 2009 r. Zamawiający złożył pismo z dnia 20 lutego 2009 r. Komendanta Głównego Policji, skierowane do zastępcy Dyrektora Biura Finansów Komendy Głównej Policji, zalecające unieważnienie postępowań o zamówienia publiczne. Wskazano pięć rodzajów postępowań, w tym postępowanie na zakup bielizny termoaktywnej zimowej.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając oryginalną dokumentację postępowania dostarczoną przez Zamawiającego i złożone w toku rozprawy dowody oraz wyjaśnienia stron postępowania, zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia dozna lub chociażby zostaje zagrożony doznaniem uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Zajmowanie dalszego, niż pierwsze miejsce w rankingu ofert pod względem ceny, czy ogólnej

punktacji uzyskanej w wyniku oceny ofert z zastosowaniem opisanych w SIWZ kryteriów oceny ofert, nie stanowi o braku możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu. W wyniku unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez MAKRO" Sp. z o.o. z siedzibą w Dłutowie, punktacja ofert zmieniałaby się i gdyby została powtórzona, oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Przepisy art. 93 ust. 1 Pzp określają obowiązek Zamawiającego unieważnienia postępowania, w razie wystąpienia którejkolwiek z przesłanek opisanych w pkt 1-7.

Prof. Ryszard Szostak w glosie ST 2006/7-8/156 do uchwały SN z dnia 13 stycznia 2006 r., III CZP 124/05, Teza nr 3, wyraził stanowisko określające ten obowiązek następująco: „Ustawowy zwrot z art. 93 ust. 1 p.z.p. "zamawiający unieważnia postępowanie (...)" wskazuje wyraźnie, że akt ten stanowi jednostronne oświadczenie organizatora postępowania, znoszącego z mocą wsteczną wszystkie wadliwe i niewadliwe czynności proceduralne, jako bezprzedmiotowe, analogicznie jak w przypadku uchylenia się od skutków wadliwych oświadczeń woli na podstawie art. 88 k.c. Według zasad ogólnych unieważnienie takie, jako prawo kształtujące, przysługuje oznaczonej osobie, mającej wyłączną inicjatywę, nawet gdyby wyjątkowo wzruszalność kontrolował ex post sąd. [...] (...)”.

Z przytoczonego przepisu ustawy i tezy uchwały SN wynika, że czynność unieważnienia postępowania, w razie wystąpienia przesłanki, obciąża Zamawiającego i czynność ta musi być podjęta pod rygorem skutków prawnych w razie jej zaniechania.

W pkt 6 wskazanego przepisu zawarto regulację, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

O skuteczności obligatoryjnej czynności Zamawiającego, dokonanej na podstawie pkt 6 przesądzają trzy przesłanki wynikające z przepisu, a mianowicie: istotna zmiana okoliczności, powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym i okoliczności tej nie można było wcześniej przewidzieć oraz powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy wskazanymi przesłankami.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia istotnej zmiany okoliczności, jak również interesu publicznego, w rozumieniu przepisów art. 93 ust. 1 pkt 6.

Orzecznictwo, doktryna, a także okoliczności istotne dla konkretnego postępowania, pozwalają na określenie poszczególnych przesłanek, o których stanowi wskazany przepis.

O istotnej zmianie okoliczności dotyczących prowadzonego postępowania przesądzają przyczyny, które w kontekście potrzeb Zamawiającego oraz jego nowej sytuacji finansowej, a zatem w kontekście możliwości wydatkowania środków na wcześniej opisany cel, czynią go bezprzedmiotowym.

Zdefiniowanie pojęcia interesu publicznego często ma źródło w uchwale z dnia 12 marca 1997 r. Trybunału Konstytucyjnego W 8/96, gdzie określono, że jako interes publiczny należy bez wątplenia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury czy porządku publicznego.

Konieczne jest zatem wykazanie, że udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności wydatkowanie środków finansowych na uprzednio ustalony cel, będzie godzić w interes publiczny, w stopniu przewyższającym korzyści związane z zaniechaniem udzielenia zamówienia i przeznaczeniem funduszy na inny cel, związany z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku uprzednich czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

KIO podziela stanowisko Zamawiającego, że w dacie planowania zamówienia oraz jego ogłoszenia (październik 2008 r.), nie były znane zalecenia Prezesa Rady Ministrów co do ograniczenia wydatków zaplanowanych na 2009 r. w poszczególnych ministerstwach i dokonania ponownej analizy zamówień oraz ograniczenie ich do niezbędnego minimum. Na początku I kwartału br. zalecono kierownikom poszczególnych resortów, nie tylko ograniczenie wydatków, ale także dokonanie oszczędności finansowych ze wskazaniem oznaczonych co do wysokości kwot. Są to fakty powszechnie znane (przekaz telewizyjny i prasowy) i zgodnie z art. 188 ust. 5 Pzp, mogą być uznane jako fakty nie wymagające dowodu.

Zamawiający wykazał w toku rozprawy, że miał wolę i podjął czynności mające na celu doprowadzenie do zrealizowania zakupu bielizny termoaktywnej, lecz z uwagi na istotne i nieoczekiwane zmiany w planie finansowym resortu na br., został zobligowany do korekty zamówień.

W ocenie KIO, polecenie zawarte w piśmie z dnia 9.02.2009 r. z powołaniem się na decyzję Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji o ograniczeniu środków finansowych o kwotę 802 054 tys. zł. oraz polecenie zawarte w piśmie z dnia 20.02.2009 r. dokonania

unieważnienia prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w tym postępowania dotyczącego zakupu bielizny teroaktywnej, stanowiły wystarczające podstawy do podjęcia czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający w sposób logiczny i przekonujący przedstawił w materiale dowodowym uzasadnienie, że po doręczeniu pisma z dnia 9.02.2009 r., podjął czynności przygotowawcze do zmiany planu finansowego i jednocześnie prowadził czynności związane z zakończeniem postępowania (rozstrzygnięcie protestów, sprawa przed KIO w dniu 10.03.2009 r.).

KIO nie podziela stanowiska Odwołującego, że do zmiany kierunków finansowania zaopatrzenia w Policji, wymagana jest zmiana ustawy budżetowej. Ustawa Budżetowa na rok 2009 z dnia 9 stycznia 2009 r. (Dz. U. Nr 10, poz. 58) nie zawiera uregulowań szczegółowo określających wydatki w Policji, zatem zmiana tej ustawy nie warunkuje decyzji Zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, KIO na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do jego wyniku, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 000 zł, wynikające z przedłożonego rachunku do akt sprawy, na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....