

WYROK

z dnia 12 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Izabela Niedziałek
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wspólnie ubiegających się o zamówienie

Arlen S.A. ul. Sapieżyńska 10, 00-215 Warszawa,

Krzysztofa Miękinę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPH KAMA Krzysztof Miękina

ul. Różańska 18, 07-300 Ostrów Mazowiecki,

Zakłady Odzieżowe „Wybrzeże” Spółdzielnia Inwalidów

ul. Spółdzielcza 1, 81-545 Gdynia,

Zakłady Przemysłu Odzieżowego „Nowa Ruda” Sp. z o.o.

Pl. Grunwaldzki 2, 57-400 Nowa Ruda,

„Konfeksjoner” Sp. z o.o. ul. Mieszka I 11/22, 32-500 Chrzanów

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

państwowe przedsiębiorstwo użyteczności publicznej „Poczta Polska”

ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa

protestu z dnia 21 maja 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz XXX po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

2. kosztami postępowania obciąża państwowe przedsiębiorstwo użyteczności publicznej „Poczta Polska” ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wspólnie ubiegających się o zamówienie Arlen S.A. ul. Sapieżyńska 10, 00-215 Warszawa, Krzysztofa Miękinę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPH KAMA Krzysztof Miękina ul. Różańska 18, 07-300 Ostrów Mazowiecki, Zakłady Odzieżowe „Wybrzeże” Spółdzielnia Inwalidów ul. Spółdzielcza 1, 81-545 Gdynia, Zakłady Przemysłu Odzieżowego „Nowa Ruda” Sp. z o.o. Pl. Grunwaldzki 2, 57-400 Nowa Ruda, „Konfeksjoner” Sp. z o.o. ul. Mieszka I 11/22, 32-500 Chrzanów,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez państwowe przedsiębiorstwo użyteczności publicznej „Poczta Polska” ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa na rzecz Arlen S.A. ul. Sapieżyńska 10, 00-215 Warszawa, Krzysztofa Miękinę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPH KAMA Krzysztof Miękina ul. Różańska 18, 07-300 Ostrów Mazowiecki, Zakłady Odzieżowe „Wybrzeże” Spółdzielnia Inwalidów ul. Spółdzielcza 1, 81-545 Gdynia, Zakłady Przemysłu Odzieżowego „Nowa Ruda” Sp. z o.o. Pl. Grunwaldzki 2, 57-400 Nowa Ruda, „Konfeksjoner” Sp. z o.o. ul. Mieszka I 11/22, 32-500 Chrzanów stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wspólnie ubiegających się o zamówienie Arlen S.A. ul. Sapieżyńska 10, 00-215 Warszawa, Krzysztofa Miękinę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPH KAMA Krzysztof Miękina ul. Różańska 18, 07-300 Ostrów Mazowiecki, Zakłady Odzieżowe „Wybrzeże” Spółdzielnia Inwalidów ul. Spółdzielcza 1, 81-545 Gdynia, Zakłady Przemysłu Odzieżowego „Nowa Ruda” Sp. z o.o. Pl. Grunwaldzki 2, 57-400 Nowa Ruda, „Konfeksjoner” Sp. z o.o. ul. Mieszka I 11/22, 32-500 Chrzanów.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na dostawę czapek, kurtek, rękawiczek, spodni dla pracowników Poczty Polskiej*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu ograniczonego. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 19 lutego 2008 r. pod numerem 2008/S 34-047460. Wartość zamówienia wynosi 29.982.216,30 zł, tj. 7.733.155,27 euro.

23 kwietnia 2008 r. oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. 14 maja 2008 r. Odwołujący otrzymał informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych co wynika „ze zmiany sytuacji finansowej przedsiębiorstwa w stosunku do momentu sporządzenia projektu Planu rzeczowo-finansowego oraz zgłoszonej przez Ministra Infrastruktury konieczności dostosowania ww. planu do wyniku negocjacji płacowych, co

skutkuje koniecznością obniżenia całkowitych kosztów działalności Poczty Polskiej.”

21 maja 2008 r. Odwołujący wniósł protest na powyższą czynność unieważnienia postępowania – a wobec jego oddalenia przez Zamawiającego, 3 czerwca 2008 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 i art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym naruszenie jego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający unieważnił postępowanie bezprawnie. Zamawiający powołał jako podstawę unieważnienia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym „zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć”. Zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający musi wskazać okoliczności faktyczne unieważnienia i udowodnić, iż rzeczywiście przesłanki unieważnienia zachodzą. Tymczasem powody wskazane przez Zamawiającego w piśmie z 14 maja 2008 r. zaprzeczają legalności unieważnienia postępowania – Zamawiający stwierdził, iż wynika ono ze „zmiany sytuacji finansowej przedsiębiorstwa w stosunku do momentu sporządzenia projektu Planu rzeczowo-finansowego oraz zgłoszonej przez Ministra Infrastruktury konieczności dostosowania ww. planu do wyniku negocjacji płacowych, co skutkuje koniecznością obniżenia całkowitych kosztów działalności Poczty Polskiej.”

Po pierwsze Zamawiający nie wykazał, w jaki sposób wykonanie zamówienia może godzić w interes publiczny, jakkolwiek można domniemywać, iż takim zagrożeniem dla Zamawiającego jest wydatkowanie środków na realizację zamówienia zamiast na obiecane podwyżki płac. Jednak nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków przeznaczonych na realizację zamówienia ani utożsamiać go z interesem przedsiębiorstwa.

Poza tym okoliczności te (żądania płacowe pracowników Poczty) znane były już od 2006 r., a więc na długo przed wszczęciem postępowania, zatem nie spełniają przesłanki iż „nie można ich było wcześniej przewidzieć”.

Zamawiający oddalił protest 30 maja 2008 r. podtrzymując argumenty z pisma z 14 maja 2008 r. i stwierdzając, iż to Zamawiający, a nie wykonawca dokonuje oceny, czy i jaką kwotę może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający przed podpisaniem umowy jest uprawniony i zobligowany do weryfikacji swoich aktualnych możliwości finansowych w odniesieniu do ceny najkorzystniejszej oferty. Poza tym zarzut, iż Zamawiający powinien był przewidzieć sytuację płacową wynikłą z zagrożenia spowodowanego strajkiem nie znajduje uzasadnienia, ponieważ niemożliwe jest wcześniejsze ustalenie wartości środków finansowych, o jakie trzeba skorygować płace w związku z roszczeniami pracowniczymi. A jak podaje w wyliczeniach sam Odwołujący, już w 2008 r. Zamawiający musiałby przeznaczyć na wykonanie zamówienia 6.400.000 zł.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może unieważnić 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. Aby zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania na tej podstawie muszą więc łącznie wystąpić trzy przesłanki:

1. nastąpić istotna zmiana okoliczności,
2. zmiana tych okoliczności musi powodować, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
3. owej zmiany okoliczności nie można było wcześniej, tj. przed wszczęciem postępowania, przewidzieć (przy zachowaniu przez zamawiającego należytej staranności).

Ponieważ decyzja zamawiającego godzi w uzasadnione interesy wykonawców ubiegających się o zamówienie, zamawiający ma obowiązek starannie przeanalizować, czy sytuacja będąca powodem unieważnienia postępowania dokładnie wypełnia przesłanki ustawowe oraz dokładnie te przesłanki wypełnić.

Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania powołał się na konieczność ograniczenia kosztów działalności Poczty w związku z żądaniami protestujących pracowników.

Pełnomocnik Zamawiającego stwierdził podczas rozprawy, iż interes publiczny polega na tym, że zaoszczędzone dzięki rezygnacji z udzielenia przedmiotowego zamówienia środki finansowe zostaną przeznaczone na wymuszone strajkiem podwyżki płac dla pracowników Poczty. Poczta Polska jest bowiem przedsiębiorstwem użyteczności publicznej, więc niespełnienie roszczeń strajkujących listonoszy skutkuje brakiem dostarczania korespondencji dla ludności, a prowadzenie tej działalności jest dla Zamawiającego wyraźnym interesem publicznym. Poczta w związku z przyszłym uwolnieniem usług pocztowych stoi przed koniecznością głębokiej restrukturyzacji i musi poszukiwać oszczędności. Dlatego obecnie Poczta nie jest w stanie przyjąć na siebie zobowiązania wynikającego z zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu, więc jest to wystarczający argument od unieważnienia postępowania.

Co do faktu, iż powyższy strajk pracowników stanowi zmianę okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, pełnomocnik Zamawiającego stwierdził, iż dopiero po ustaleniach komisji negocjacyjnej Zamawiający był w stanie dokonać obliczenia kosztów, które będzie musiał ponieść w związku z podwyżkami i wybrać postępowania, których udzielenie jest najmniej konieczne i zrezygnować z ich realizacji. Natomiast istniejąca sytuacja jest na tyle mobilna, iż trudno uchwycić ten moment, w którym można mówić o nieprzewidywalności.

Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa argumentacja Zamawiającego nie potwierdza zaistnienia ww. przesłanek unieważnienia

postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie można utożsamiać interesu publicznego w wykonaniu zamówienia z koniecznością zadośćuczynienia żądaniom pracowników ze środków przeznaczonych pierwotnie na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Należy więc przyjąć, że inne niż wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeby zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia nie może być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania. Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny, może powodować, iż środki nań przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone.

Zamawiający nie wykazał w najmniejszym stopniu, iż zaistniała sytuacja stanowiła okoliczności nieprzewidywalne. Poza tym zbyt daleko idące jest również powiązanie zakupu odzieży dla pracowników Poczty z interesem publicznym, jakim jest przekazywanie korespondencji pomiędzy obywatelami, tym bardziej, iż nawet pracownicy Poczty nie upatrują w tym swojego interesu.

Co więcej zasadności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych nie potwierdza także przedstawiona przez Zamawiającego dokumentacja postępowania.

Po pierwsze – z pism pana Dariusza Walczaka – Zastępcy Przewodniczącego NSZZ Listonoszy PP do Dyrektora Generalnego Poczty Polskiej oraz Ministra Infrastruktury datowanych na 19 maja 2008 r. wynika, iż związek zawodowy listonoszy nie przyjął przychylnie informacji o unieważnieniu przedmiotowego postępowania stwierdzając, iż *„oszczędności przeznaczone na poprawę trudnej sytuacji listonoszy Kierownictwo Poczty Polskiej zamierza uzyskać właśnie na służbie doręczeń. Rezygnacja z planowanych dostaw zimowych ubrań służbowych, tzn. spodni ciepłochronnych, kurtek, rękawiczek i czapek zimowych jest szczególnie uciążliwe dla pracowników, ponieważ oznacza, iż kolejną zimę listonosze będą musieli wykonywać ciężką pracę w bardzo różnych i trudnych zimowych warunkach pogodowych we własnych ubraniach. Praca na mrozie wiele godzin dziennie wymaga*

dobrej jakości ubrań, których listonosze ze swojej bardzo niskiej pensji nie mogą sobie zapewnić. Obowiązujące wewnętrzne akty normatywne i porozumienia wychodzą naprzeciw tym trudnościom i przewidują zapewnienie dla tej grupy zawodowej ubiorów służbowych. W sytuacji unieważnienia przetargu i rezygnacji z dostaw ubrań zimowych z powodu obniżenia kosztów działalności Poczty dla zapewnienia wynegocjowanych podwyżek, jako pracownicy, czujemy się oszukani. Oszczędzanie na nas dla nas jest tylko pozornym zyskiem pracodawcy. Jesteśmy przekonani, że Kierownictwo poczty ma możliwości szukania innych metod oszczędności...”

Po drugie – z pisma pana Ryszarda Lenarta – p.o. Dyrektora Centrum Infrastruktury (a więc jednostki organizacyjnej prowadzącej ww. postępowanie) z 30 maja 2008 r. znak CI/D-075/913/ /2008 skierowanego do pana Jerzego Skibniewskiego Zastępcy Dyrektora Biura Polityki Personalnej Pełnomocnika Dyrektora Generalnego ds. Współpracy ze Związkami Zawodowymi napisanego w związku z powyższym pismem przewodniczącego związku zawodowego wynika wprost, iż „*postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę czapek, kurtek, rękawiczek, spodni dla pracowników Poczty Polskiej zostało unieważnione z powodów ekonomicznych. Po skutecznym unieważnieniu postępowania, tj. upływie terminów na wniesienie środków ochrony prawnej, postępowanie zostanie ponownie ogłoszone.*”

Tak więc podany Odwołującemu powód unieważnienia przedmiotowego postępowania jest tylko pozorny, a zamiar ponownego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego świadczy o tym, iż Zamawiający uznaje przedmiotowy zakup za celowy, a tym samym przeczy twierdzeniu o jego niezgodności z interesem publicznym, jak również interesem samego Zamawiającego.

Tym samym skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający nie udowodnił zajścia przesłanek opisanych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, które powodują unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z § 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) 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:

.....

.....