

Sygn. akt KIO/UZP 176 /09

**WYROK**  
**z dnia 27 lutego 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś**  
**Grzegorz Mazurek**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 lutego 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Portal Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, Portal-PP Sp. z o.o. Spółka Komandytowa ul. Szarotki 9/9, 71-604 Szczecin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Marki al. Marszałka Piłsudskiego 95k, 05-270 Marki** protestu z dnia **26 stycznia 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Marki al. Marszałka Piłsudskiego 95k, 05-270 Marki** 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 uiszczzonego przez **Konsorcjum: Portal Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, Portal-PP Sp. z o.o. Spółka Komandytowa ul. Szarotki 9/9, 71-604 Szczecin**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Marki al. Marszałka Piłsudskiego 95k, 05-270 Marki** na rzecz **Konsorcjum: Portal Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, Portal-PP Sp. z o.o. Spółka Komandytowa ul. Szarotki 9/9, 71-604 Szczecin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** 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 **Konsorcjum: Portal Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, Portal-PP Sp. z o.o. Spółka Komandytowa ul. Szarotki 9/9, 71-604 Szczecin**.

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

Zamawiający Gmina Miasto Marki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie projektu budowy gimnazjum wraz z otoczeniem w Markach przy ul. Wspólnej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2008 r. pod poz. 2008/S 169-226884.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum firm: Portal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa i Portal-PP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Szczecinie w dniu 19 listopada 2008 r. W dniu 19 stycznia 2009 r. przekazał wykonawcy zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 kwietnia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 2007 r. nr 223 poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp. Wykonawca wniósł protest na tę czynność, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp z uwagi na brak spełnienia przesłanek unieważnienia postępowania. Wykonawca wniósł o uchylenie czynności unieważnienia postępowania oraz o zawarcie umowy w sprawie zamówienia.

W uzasadnieniu protestu wykonawca podniósł, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp wskazuje na określone przesłanki, które muszą wystąpić łącznie, aby doszło do unieważnienia postępowania. Przesłankami tymi są:

- a) zmiana okoliczności powodująca, że przeprowadzenie zamówienia lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
- b) okoliczność ta musi być istotna,
- c) zmiany tej nie można było przewidzieć wcześniej,
- d) wykazanie przez zamawiającego, iż interes publiczny wymaga zaniechania prowadzenia postępowania lub wykonania zamówienia.

Zdaniem wykonawcy przynajmniej ostatnie dwie przesłanki nie zostały spełnione w przedmiotowym postępowaniu. W zawiadomieniu z dnia 19 stycznia 2009 r. zamawiający potwierdził, iż wszczynając procedurę zamówienia publicznego nie zrezygnował z pozyskiwania innej nieruchomości pod budowę gimnazjum. Rozpoczynając procedurę miał więc świadomość, iż pomimo prowadzenia postępowania istnieje możliwość pozyskania innej nieruchomości pod budowę gimnazjum, a co za tym idzie, winien był okoliczność tę przewidzieć. Fakt, iż tego nie zrobił, obciąża wyłącznie zamawiającego i nie może prowadzić do przerzucania na wykonawcę ryzyka nierozważnego wszczęcia postępowania w sytuacji, w której sam zamawiający nie podjął jeszcze decyzji, na której nieruchomości wybudować gimnazjum. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp okoliczność, której nie można było przewidzieć, należy wiązać ze zdarzeniem nadzwyczajnym, nieoczekiwanym, na które zamawiający nie miał wpływu. W niniejszej sprawie sytuacja, w której możliwym stało się nabycie innej nieruchomości, została spowodowana przez samego zamawiającego, a więc nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania.

Ponadto, przesłanka ta winna mieć charakter trwały oraz nieprzewidywalny już w chwili wszczęcia postępowania. Przywołane przez zamawiającego okoliczności, leżą

wyłącznie w sferze wewnętrznej i nie noszą charakteru obiektywnego i nieprzewidywalnego, albowiem zostały wywołane wyłącznie działaniami zamawiającego.

Zamawiający winien był wykazać, iż w chwili wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym. Interesu publicznego nie można zaś mylić z interesem zamawiającego.

Zgodnie z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. za interes publiczny należy bez wątplenia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej (...) W niniejszej sprawie zamawiający nie wykazał dlaczego usytuowanie gimnazjum w tzw. Markach południowych byłoby korzystniejsze dla ogółu społeczeństwa, niż usytuowanie gimnazjum na nieruchomości wskazanej w postępowaniu przetargowym. Fakt, iż w ocenie radnych miasta byłoby to korzystniejsze nie stanowi jeszcze "interesu publicznego", a świadczyć może o interesie zamawiającego.

Zamawiający nie wykazał także, iż nieruchomość tę rzeczywiście nabył, a zatem, iż istotnie wystąpiła okoliczność, która powoduje, iż przeprowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Na poparcie swojego stanowiska wykonawca przywołał orzecznictwo ZA, KIO, sądów oraz piśmiennictwo.

Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu podał, co następuje.

W dniu 27 listopada 2008 roku tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej, stało się możliwe zakupienie innej nieruchomości w południowej części miasta. Potrzeba budowy Gimnazjum w Markach jest niepodważalna i wynika z konieczności zaspokojenia potrzeb oświatowych o charakterze ponadpodstawowym. Miasto dysponuje dwoma gimnazjami znajdującymi się w części północnej i centralnej Marek. Decyzja o podjęciu budowy gimnazjum, przy ul. Wspólnej podjęta została w 2006 r. ze względu na wzrastającą ilość dzieci i konieczność wyłączenia z użytku w najbliższych latach Gimnazjum przy ul. J. Piłsudskiego 96. Lokalizacja gimnazjum przy ul. Wspólnej stwarzała lepsze warunki dla mieszkańców centralnej i północnej części miasta. Podjęcie innej decyzji było niemożliwe, a dalsze odkładanie decyzji o rozpoczęciu budowy gimnazjum stwarzało ryzyko odchodzenia młodzieży z Marek.

Zamawiający nie dysponował inną nieruchomością położoną w pobliżu tras komunikacyjnych, aby móc rozważać budowę Gimnazjum w innym rejonie miasta. Miasto nie poszukiwało innej nieruchomości dla potrzeb budowy Gimnazjum. O możliwości nabycia nieruchomości uzyskano informację od właściciela nieruchomości. Nabycie tej nieruchomości było nieprzewidywalne zarówno w chwili wszczęcia postępowania

o zamówienie publiczne jak i w chwili rozstrzygnięcia przetargu. Zakup działki w czasie wszczęcia procedury zamówienia publicznego nie był oczywisty, ponieważ nieznane były warunki finansowe zakupu tj. możliwość rozłożenia płatności należności na raty. Uzgodnienie warunków finansowych nabycia działki nr 4 miało miejsce w dniu 25 listopada 2008 r. (protokół uzgodnień), a zakup działki w drodze aktu notarialnego Rp A nr 4800/2008 nastąpił w dniu 27 listopada 2008 r. Zakup nieruchomości nastąpił niezależnie od prowadzonej procedury zamówienia publicznego. Projektowane gimnazjum przy ul. Wspólnej uwzględniało także budowę kilku boisk, sali gimnastycznej i auli widowiskowo-koncertowej. Nabyta nieruchomość jest mniejsza obszarowo i nie odpowiadała zakresowi planowanej inwestycji przy ul. Wspólnej.

W chwili nabycia działki nr 4, sytuacja uległa zmianie również ze względu na pojawiające się oznaki kryzysu finansowo-gospodarczego w kraju. W zaistniałej sytuacji, niezasadne stało się kontynuowanie realizacji zbyt dużego kompleksu gimnazjalnego. Niezbędna stała się rezygnacja z niektórych obiektów inwestycji przy ul. Wspólnej, w szczególności, z auli widowiskowo-koncertowej.

Uzyskanie nieruchomości w rejonie Marek południowych pozwala na poprawienie warunków oświatowych dla mieszkańców tej części Marek, gdzie szybko się rozwija budownictwo mieszkaniowe, co wpływa na zwiększenie ilości dzieci w wieku szkolnym. Powyższa sytuacja spowodowała konieczność ponownego przeanalizowania zaistniałych warunków inwestycyjnych przez Radę Miasta.

Wykonawca wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego, w którym podtrzymał w całości podniesione w proteście zarzuty i wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania przetargowego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz wykonawcy kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący w uzasadnieniu podtrzymał zawarte w proteście twierdzenia co do braku podstaw prawnych do unieważnienia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a ponadto w odniesieniu do rozstrzygnięcia protestu stwierdził, co następuje.

W ocenie odwołującego zamawiający zmienił swoje wcześniejsze twierdzenia, zawarte w piśmie unieważniającym postępowanie przetargowe, co podważa wiarygodność wyjaśnień zamawiającego. Twierdząc w rozstrzygnięciu protestu, że wykonawca przyznał, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że przeprowadzenie zamówienia lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym zamawiający wykracza daleko poza literalną wykładnię zarzutów podniesionych w proteście.

Zdaniem odwołującego, argumenty przywołane przez zamawiającego, zmierzające do wykazania, że interes publiczny w rzeczywistości zaistniał, są chybione. Odwołujący wskazał, iż z uwagi na nabycie mniejszej działki, nie będzie możliwy do realizacji pełen

zakres planowanej inwestycji, obejmującej nie tylko budynki szkolne ale także budowę kilku boisk, sali gimnastycznej i auli widowiskowo -koncertowej. Już zatem choćby z tego względu interes publiczny nie będzie zachowany, bo niewątpliwą korzyścią dla mieszkańców byłaby realizacja inwestycji w dotychczasowym kształcie, która umożliwiłaby mieszkańcom Marek nie tylko możliwość uzyskania dostępu do świadczeń typowo szkolnych, ale także świadczeń kulturalno-oświatowych oraz sportowych. W interesie publicznym pozostaje zatem realizacja inwestycji w dotychczasowym kształcie.

Zdaniem wykonawcy, bez znaczenia pozostają argumenty dotyczące kryzysu finansowego, co miałyby uzasadniać zmniejszenie inwestycji, albowiem symptomy kryzysu były znane wcześniej i zamawiający mógł je uwzględnić przed wyborem oferty lub przed rozpoczęciem przetargu.

Ponadto, gmina jako jednostka sektora finansów publicznych, przed rozpoczęciem procedury przetargowej, winna mieć zagwarantowane środki na realizację zamówienia, stąd też podnoszone na etapie postępowania protestacyjnego argumenty ekonomiczne pozostają bez wpływu na rozstrzygnięcie sprawy.

Zadaniem gminy jest nie tylko zaspokajanie potrzeb mieszkańców w zakresie dostępu do edukacji (art. 7 ust. 1 pkt 8 ustawy o samorządzie gminnym), ale także kultury i kultury fizycznej (art. 7 ust. 1 pkt 9 i 10 ustawy o samorządzie gminnym). Przy realizacji tych zadań należy uwzględniać czynnik ekonomiczny, nie może jednak takie działanie naruszać bezpieczeństwa obrotu gospodarczego, w tym interesów wykonawcy. Interesu publicznego nie można bowiem utożsamiać z interesem ekonomicznym zamawiającego, który, w ocenie wykonawcy, był wyłączną podstawą unieważnienia postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uznając, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się domniemanego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione dokonanie unieważnienia postępowania. Izba zważyła, że oferta złożona przez odwołującego została wybrana jako

najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Unieważnienie postępowania pozbawia zatem odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Zamawiający wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą w dniu 19 listopada 2008 r. W dniu 3 grudnia 2008 r. odwołujący przesłał do zamawiającego pismo, w którym wyraził gotowość do zawarcia umowy o zamówienie. W dniu 4 grudnia 2008 r. zamawiający poinformował odwołującego o wstrzymaniu zawarcia umowy do dnia 17 grudnia 2008 r. Odwołujący w odpowiedzi (pismo z dnia 9 grudnia 2008 r.) przedstawił swoje wątpliwości co do zgodności z ustawą Pzp zaniechania przez zamawiającego niezwłocznego zawarcia umowy. W dniu 12 grudnia 2008 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz do przedłużenia ważności lub wniesienia nowego wadium do dnia 18 lutego 2009 r. W dniu 19 stycznia 2009 r. zamawiający przekazał odwołującemu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Uzasadniając decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp zamawiający podał, że „według oceny władz miasta najlepszym rozwiązaniem byłoby usytuowanie szkoły na terenie tzw. Marek południowych. Jednakże z chwilą zlecenia prac związanych z przygotowaniem inwestycji, miasto Marki nie posiadało w tym rejonie nieruchomości pozwalającej na budowę gimnazjum. Wszczynając procedurę zamówienia publicznego nie rezygnowano jednak z poszukiwania nieruchomości gruntowej położonej w południowej części miasta, która mogłaby być przeznaczona pod budowę gimnazjum.[...] w dniu 27 listopada 2008 r. możliwe stało się zakupienie nieruchomości [...] na terenie tzw. Marek południowych.” Zamawiający stwierdził ponadto, że Rada Miasta Marki w dniu 17 grudnia 2008 r. i 14 stycznia 2009 r. dokonała ponownej oceny realizacji „celu publicznego, jakim jest budowa gimnazjum przy ul. Wspólnej w Markach”. W wyniku tej oceny uznano, że budowa gimnazjum przy ul. Wspólnej nie leży w interesie publicznym w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Jako dodatkową okoliczność zamawiający wskazał trudną sytuację gospodarczą w kraju.

Zważywszy, że przesłanka unieważnienia postępowania może wystąpić na każdym etapie postępowania KIO dokonała oceny wszystkich okoliczności przedstawionych w tym zakresie przez zamawiającego. Izba oceniła dowody w sprawie:

- pismo z dnia 16 czerwca 2008 r.
- uchwałę Nr VI/33/2007 Rady Miasta Marki z dnia 21 marca 2007 r. w sprawie przyjęcia „Strategii zrównoważonego rozwoju miasta Marki do 2020 roku”,
- wypis z aktu notarialnego repertorium A nr 4800/2008 z 27 listopada 2008 r.,

- decyzję Komendy Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej w Wołominie z dnia 21 września 2007 r.

Na podstawie art. 188 ust. 2 Pzp Izba dopuściła dowód z urzędu w postaci Protokołu Nr 24 z XXIV sesji Rady Miasta Marki, która odbyła się w dniu 14 stycznia 2009 r., zamieszczonego w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie internetowej zamawiającego.

Izba odmówiła mocy dowodowej wykazowi dotyczącemu liczby uczniów w Gimnazjum Nr 2 w Zespole Szkół Nr 2 w Markach ul. Wczasowa 5, złożonemu przez zamawiającemu na okoliczność, iż zmniejszenie liczby uczniów w szkole zlokalizowanej w północnej części Marek wynika ze zwiększonego rozwoju budownictwa mieszkaniowego i zasiedlania południowej części Miasta.

W toku rozprawy strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Ponadto zamawiający wyjaśnił, że powziął wiadomość o możliwości nabycia działki do zasobów Miasta w wyniku zawiadomienia złożonego przez panią Elżbietę J., co wynika z treści pisma z dnia 16 czerwca 2008 r. W tym okresie rozpoczęły się negocjacje w zakresie warunków finansowych zakupu zaoferowanej działki. Nabycie nieruchomości stało się możliwe w listopadzie 2008 r. po uzgodnieniu ratalnej formy płatności. Nabycie nieruchomości nastąpiło w dniu 27 listopada 2008 r. co wynika z treści wypisu z aktu notarialnego repertorium A nr 4800/2008 z 27 listopada 2008 r. Zamawiający stwierdził, że nabycie tej nieruchomości nie miało związku z prowadzonym postępowaniem, dopiero decyzją Rady Miasta, nieruchomość powyższa, mogła być przeznaczona pod budowę gimnazjum. Zamawiający wyjaśnił również, że Rada Miasta nie podjęła jeszcze decyzji o lokalizacji gimnazjum na nowo nabytej działce, natomiast na sesji Rady Miasta odbywały się dyskusje radnych, którzy wypowiedzieli się za lokalizacją gimnazjum w części południowej Marek. Ponadto uchwała dot. lokalizacji gimnazjum przy ul. Wspólnej nie została uchylona przez Radę Miasta, nadal znajduje się w obrocie prawnym. Dokonane zostały natomiast zmiany w budżecie na ubiegły rok – inwestycja została wykreślona, natomiast w budżecie tegorocznym nie została uwzględniona.

Odwołujący wyjaśnił, że „w jego ocenie interes publiczny jest taki sam bez względu na lokalizację gimnazjum, a nawet w jego ocenie lokalizacja przy ul. Wspólnej tj. w centrum Marek umożliwi zaspokojenie potrzeb mieszkańców w większym stopniu i w szerszym zakresie, z uwagi na kompleksowość obiektu.” Podniósł, że pismo z dnia 16.06.2008 r., w którym zaoferowano Gminie Marki zakup nieruchomości, potwierdza, że Gmina mogła przewidzieć zmianę lokalizacji. Nie było to zatem zdarzenie nadzwyczajne. W ocenie odwołującego, nowa lokalizacja, z uwagi na znacznie mniejszy obszar działki, nie pozwoli na wybudowanie gimnazjum o wielkości, która umożliwi zaspokojenie potrzeb edukacyjnych mieszkańców po zamknięciu gimnazjum przy ul. Piłsudskiego, któremu to twierdzeniu zamawiający nie zaprzeczył.



Stosownie do brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający unieważnia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Do zastosowania powołanego przepisu konieczne jest stwierdzenie, że zmiana rzeczywiście wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Powyższa przesłanka unieważnienia postępowania stanowi wyraz ochrony interesu publicznego, wyrażającego się w gospodarnym i efektywnym wydatkowaniu środków publicznych. Dotyczyć to może sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności już po wyborze najkorzystniejszej oferty realizacja danego zamówienia byłaby niecelowa lub w skrajnych wypadkach wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. W takiej sytuacji zamawiający, mając na uwadze interes publiczny, posiada możliwość unieważnienia postępowania. Przesłanka powyższa dotyczy zatem zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Zamawiający musi przy tym wykazać, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz że przy zachowaniu należytej staranności nie można było jej wcześniej przewidzieć. Unieważnienie postępowania może nastąpić w każdym momencie postępowania, nawet po wyborze oferty i powiadomieniu o tym wszystkich wykonawców, aż do chwili podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wykazał, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2003 r. sygn. akt V Ca 2224/03 „istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie”.

Zamawiający wskazał, że zmianę okoliczności stanowi nabycie działki w południowej części miasta, na której możliwe jest zlokalizowanie gimnazjum, wskazując, iż ta lokalizacja jest korzystniejsza dla mieszkańców, dojeżdżających do pracy w Warszawie tj. w kierunku południowym. Do podjęcia decyzji o lokalizacji gimnazjum konieczna jest uchwała Rady Miasta, która nie została do tej pory podjęta, co potwierdził zamawiający w toku rozprawy. Nieruchomość została zakupiona bez związku z przedmiotowym postępowaniem. Izba dała wiarę w tym zakresie twierdzeniom zamawiającego. Na tej podstawie należało uznać, że zmiana okoliczności - w postaci zakupu działki - nie jest

bezpośrednio powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie. Nowa okoliczność stwarza co najwyżej pewną możliwość innego rozwiązania w postaci zmiany lokalizacji. Istotne jest przy tym, w ocenie Izby, że żadne decyzje w kwestii określenia celu przeznaczenia nieruchomości nie zostały do tej pory podjęte przez Radę Miasta, a uchwała w sprawie lokalizacji gimnazjum przy ul. Wspólnej, stanowiąca podstawę wszczęcia przedmiotowego postępowania nie została uchylona i funkcjonuje nadal w obrocie prawnym, pomimo dokonanej zmiany w budżecie na 2008 r., polegającej na wykreśleniu ww. inwestycji i nie ujęciu jej w nowym budżecie na 2009 r.

Zamawiający wskazał, jako dodatkowy argument na rzecz unieważnienia postępowania, trudną sytuację gospodarczą w kraju, a co za tym idzie, trudny rok budżetowy dla finansów miasta, co powoduje konieczność ograniczenia planowanych inwestycji. Izba podzieliła w tym względzie stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 lipca 2002 r. (V Ca 960/02), iż nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Należy więc przyjąć, że inne (.....) 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.

W myśl uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Powołując się na komentowaną przesłankę unieważnienia, zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania. Tylko w ten sposób będzie bowiem w stanie udowodnić, że przesłanka ta rzeczywiście wystąpiła.

Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wykazał, jaki interes publiczny wymaga unieważnienia postępowania. W szczególności nie stanowi wykazania przesłanki interesu publicznego twierdzenie zamawiającego, iż w południowej części miasta znajduje się gimnazjum przy ul. Piłsudskiego 96, które w najbliższym czasie musi być zamknięte ponieważ, jest zlokalizowane w zabytkowym pałacyku wymagającym remontu, a część zajęć odbywa się w sąsiednich budynkach parafialnych. Zamawiający nie przedstawił dowodów na potwierdzenie, iż zamknięcie gimnazjum jest rzeczywiście

planowane. Izba uznała, że zalecenia Komendy Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej nie dowodzą okoliczności, na którą powołuje się zamawiający. Jak wyjaśnił bowiem na rozprawie część zaleceń została już wykonana, a na realizację pozostałych, które miały być wykonane do końca 2008 r. uzyskał przedłużenie terminów. Ponadto, Izba oceniła twierdzenia zamawiającego w świetle podjętej decyzji o zaniechaniu jakiegokolwiek inwestycji w przedmiocie budowy gimnazjum w najbliższym czasie, o czym świadczy brak ujęcia budowy gimnazjum w planie budżetu.

Odnosnie zaistnienia przesłanki braku możliwości przewidzenia zmiany okoliczności, Izba uznała, iż powyższa przesłanka nie miała miejsca. Zgodnie z doktryną „Okoliczności, o których mowa powyżej (wynikające z pierwszej przesłanki) muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny dla zamawiającego w chwili otwarcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” (patrz: E. Norek: „Prawo Zamówień Publicznych Komentarz”, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, W-wa 2005, str.141). Zamawiający wskazał, że inwestycja przy ul. Wspólnej została zaplanowana w 2006 r. w ramach „Strategii zrównoważonego rozwoju miasta Marki do 2020 roku”. W ocenie Izby, zatem, wszczynając postępowanie o zamówienie, przy zachowaniu należytej staranności, z uwagi na upływ czasu, zamawiający mógł ponownie przeanalizować zasadność realizacji inwestycji z uwzględnieniem okoliczności dotyczących zmniejszenia liczby uczniów w Gimnazjum Nr 2, dogodnej komunikacji, a w szczególności potencjalnej możliwości nabycia nieruchomości w południowej części miasta, stosownie do informacji otrzymanej w dniu 16 czerwca 2008 r. oraz przeznaczenia jej pod budowę gimnazjum. Zamawiający mógł przewidywać możliwość tej nieruchomości oraz ewentualność przeznaczenia jej pod budowę gimnazjum (co jak twierdził zamawiający nie nastąpiło do chwili obecnej). W związku z powyższym, Izba uznała, że nie wystąpiły w tym względzie okoliczności nadzwyczajne, których zamawiający nie mógł przewidzieć w momencie wszczęcia postępowania. Przy zachowaniu odpowiedniej staranności, zamawiający mógł przewidzieć zmianę, na którą się powołał unieważniając postępowanie.

W świetle powyższych ustaleń KIO uznała, że zamawiający nie wykazał wystąpienia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, które stanowiłyby podstawę do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uzasadnione w przekonaniu zamawiającego okoliczności gospodarcze i organizacyjne unieważnienia przedmiotowego postępowania nie wyczerpują przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp i przepis ten nie powinien stanowić podstawy prawnej zakończenia przedmiotowego postępowania. Wskazać należy, że czynności organu stanowiącego jakim jest Rada Miasta w zakresie realizowanych i planowanych inwestycji,

w szczególności mających na celu realizację zadań edukacyjnych, które w sposób obszerny i przekonujący przedstawił Zastępca Burmistrza Miasta Marki, nie korespondowały z prowadzoną procedurą w sprawie zamówienia publicznego, będącego przedmiotem postępowania odwoławczego. O fakcie tym może świadczyć chociażby zmiana dokonana w budżecie na 2009 r. poprzez wykreślenie zadania „projektu budowy gimnazjum wraz z otoczeniem przy ul. Wspólnej” na kwotę 1 200 000,00 zł, podjęta w dniu 14 stycznia 2009 r. podczas XXIV sesji Rady Miasta Marki tj. przed unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 i 1a oraz ust. 2 pkt 2 Pzp. Uwzględniając odwołanie Izba uznała, że powyższe naruszenie przepisu ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. 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 **Warszawa Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....