Sygn. akt: KIO 919/16, KIO 937/16, KIO 938/16, KIO 939/16, KIO 943/16, KIO 944/16, KIO 946/16, KIO 947/16, KIO 949/16, KIO 951/16

WYROK
z dnia 20 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Emil Kawa

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2016 r. w Warszawie:

A) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 maja 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Szwalnię IMA Holding sp. z o.o. sp. k. w Limanowej, Zakłady Odzieżowe Wybrzeże Spółdzielnię Inwalidów, Spółdzielnię Inwalidów Elremet w Bielsku-Białej** (sygn. akt KIO 919/16),

B) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **1 czerwca 2016 r.** przez wykonawcę **Szwalnię IMA Holding sp. z o.o. sp. k. w Limanowej** (sygn. akt KIO 937/16),

C) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **1 czerwca 2016 r.** przez wykonawcę **Spółdzielnię Inwalidów Elremet w Bielsku-Białej** (sygn. akt KIO 938/16),

D) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **1 czerwca 2016 r.** przez wykonawcę **Spółdzielnię Inwalidów Elremet w Bielsku-Białej** (sygn. akt KIO 939/16),

E) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 czerwca 2016 r.** przez wykonawcę **M.D.,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **M.D., „Demar" w Mstowie** (sygn. akt KIO 943/16),

F) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 czerwca 2016 r.** przez wykonawcę **PPUH ARM-ex B.M., M.M. sp.j. w Broniszewie** (sygn. akt KIO 944/16),

G) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 czerwca 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Hako sp. z o.o. w Warszawie, CZM Intermag sp. z o.o. w Bydgoszczy**

---

oraz **A.R.,** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Cheman A.R. w Osielsku** (sygn. akt KIO 946/16),

H) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 czerwca 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Hako sp. z o.o. w Warszawie** oraz **CZM Intermag sp. z o.o. w Bydgoszczy** (sygn. akt KIO 947/16),

I) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 czerwca 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Kreator sp. z o.o. sp. k. w Toruniu** oraz **Zakład Odzieżowy Modar sp. z o.o. w Staszowie** (sygn. akt KIO 949/16),

J) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 czerwca 2016 r.** przez wykonawcę **M.K.,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **M.K., P.P.U.H. K. w Łowiczu** (sygn. akt KIO 951/16)

w postępowaniach prowadzonych przez **2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie** na:

A) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (mundury polowe),

B) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (ubranie czołgisty-warsztatowca, ubranie zimowe czołgisty-warsztatowca z podpinką, kombinezon czołgisty),

C) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. tj. kurtek technika lotniczego, mundurów polowych tropikalnych w kamuflażu pustynnym wzór 2010 oraz kurtek pilota,

D) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (koszule ćwiczebne marynarskie z krótkimi rękawami i koszulo-bluzy polowe),
E) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (buty sportowe, trzewiki letnie, trzewiki zimowe, buty filcowo-gumowe oraz pantofle kąpielowe),
F) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (obuwie),
G) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. – berety, dresy sportowe, rękawice zimowe pięcioplacowe, ubranie sportowe,
H) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (czapki-garnizonowe, rogatywki, furażerki, zimowe i futrzane),
I) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (spodnie, kurtki, bluzy, płaszcze),
J) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (ręczniki „frotte", śpiwory i karimaty)

orzeka:

1. **uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu:**
   a) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (mundury polowe) w zakresie zadania 1, 2, 3,
   b) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (ubranie czołgisty-warsztatowca, ubranie zimowe czołgisty-warsztatowca z podpinką, kombinezon czołgisty) w zakresie zadania 3,
   c) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. tj. kurtek technika lotniczego, mundurów polowych tropikalnych w kamuflażu pustynnym wzór 2010 oraz kurtek pilota w zakresie zadania 2,
   d) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (koszule ćwiczebne **marynarskie z krótkimi rękawami i koszulo-bluzy polowe) w zakresie zadania 1, 2,**
   e) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (buty sportowe, trzewiki letnie, trzewiki zimowe, buty filcowo-gumowe oraz pantofle kąpielowe) w zakresie zadania 1, 5, 6,
   f) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (obuwie) w zakresie zadania 2,
   g) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. – berety, dresy sportowe, rękawice zimowe pięcioplacowe, ubranie sportowe w zakresie zadania 1, 2,
   h) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (czapki- garnizonowe, rogatywki, furażerki, zimowe i futrzane) w zakresie zadania 10, 11, 12,
   i) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (spodnie, kurtki, bluzy, płaszcze) w zakresie zadania 9, 10, 11,
   j) **unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (ręczniki „frotte", śpiwory i karimaty) w zakresie zadania 2, 3, 4,**
2. kosztami postępowania obciąża **2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **150.000 zł 00 gr** (słownie: stu pięćdziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Szwalni IMA Holding sp. z o.o. sp. k. w Limanowej, Zakładów Odzieżowych Wybrzeże Spółdzielnię Inwalidów, Spółdzielni Inwalidów Elremet w Bielsku-Białej** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od **2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Szwalni IMA Holding sp. z o.o. sp. k. w Limanowej** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2.4. zasądza od **2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Spółdzielni Inwalidów Elremet w Bielsku-Białej** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2.5. zasądza od **2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Spółdzielni Inwalidów Elremet w Bielsku-Białej** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2.6. zasądza od **2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie** na rzecz wykonawcy **M.D.,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **M.D., „Demar" w Mstowie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2.7. zasądza od **2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie** na rzecz wykonawcy **PPUH ARM-ex B.M., M.M. sp.j. w Broniszewie** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

2.8. zasądza od **2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Hako sp. z o.o. w Warszawie, CZM Intermag sp. z o.o. w Bydgoszczy** oraz **A.R.,**

prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Cheman A.R. w Osielsku** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2.9. zasądza od **2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Hako sp. z o.o. w Warszawie** oraz **CZM Intermag sp. z o.o. w Bydgoszczy** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2.10. zasądza od **2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Kreator sp. z o.o. sp. k. w Toruniu** oraz **Zakładu Odzieżowego Modar sp. z o.o. w Staszowie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2.11. zasądza od **2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie** na rzecz wykonawcy **M.K.,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **M.K., P.P.U.H. K. w Łowiczu** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga** w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..…

Członkowie: ……..……..

……..……..

Sygn. akt: KIO 919/16, KIO 937/16, KIO 938/16, KIO 939/16, KIO 943/16, KIO 944/16, KIO 946/16, KIO 947/16, KIO 949/16, KIO 951/16

Uzasadnienie

Zamawiający – 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie – wszczął i prowadzi szereg postępowań o udzielenie zamówień na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp", których przedmiotem jest dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania. Zamawiający wszczął m.in. postępowania mające za przedmiot:
A) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (mundury polowe),
B) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (ubranie czołgisty-warsztatowca, ubranie zimowe czołgisty-warsztatowca z podpinką, kombinezon czołgisty),
C) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. tj. kurtek technika lotniczego, mundurów polowych tropikalnych w kamuflażu pustynnym wzór 2010 oraz kurtek pilota,
D) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (koszule ćwiczebne marynarskie z krótkimi rękawami i koszulo-bluzy polowe),
E) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (buty sportowe, trzewiki letnie, trzewiki zimowe, buty filcowo-gumowe oraz pantofle kąpielowe),
F) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (obuwie),
G) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. – berety, dresy sportowe, rękawice zimowe pięciopalcowe, ubranie sportowe,
H) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (czapki-garnizonowe, rogatywki, furażerki, zimowe i futrzane),
I) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (spodnie, kurtki, bluzy, płaszcze),
J) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (ręczniki „frotte", śpiwory i karimaty).

Ogłoszenie o ww. zamówieniach zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej odpowiednio:
A) w dniu 26 grudnia 2015 r., nr 2015/S 250-457108,
B) w dniu 30 grudnia 2015 r. nr 2015/S 252-461381,
C) w dniu 14 stycznia 2016 r. nr 2016/S 009-011243,
D) w dniu 6 stycznia 2016 r. nr 2016/S 003-002449,
E) w dniu 13 stycznia 2016 r. nr 2016/S 008-009444,
F) w dniu 21 stycznia 2016 r. nr 2016/S 014-019981,
G) w dniu 19 stycznia 2016 r. nr 2016/S 012-016705,

H) w dniu 5 stycznia 2016 r. nr 2016/S 002-001392,
I) w dniu 19 stycznia 2016 r. nr 2016/S 012-016605,
J) w dniu 13 stycznia 2016 r. nr 2016/S 008-009436.

W dniu 20 maja 2016 r. (w przypadku zamówienia na mundury polowe) oraz w dniu 23 maja 2016 r. (w przypadku pozostałych zamówień) zamawiający zawiadomił wykonawców ubiegających się o udzielenie tych zamówień o unieważnieniu postępowań na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Wobec czynności unieważnienia ww. postępowań w niektórych częściach zostały wniesione odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiednio:

A) w dniu 30 maja 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Szwalnię IMA Holding sp. z o.o. sp. k. w Limanowej, Zakłady Odzieżowe Wybrzeże Spółdzielnię Inwalidów, Spółdzielnię Inwalidów Elremet w Bielsku-Białej (sygn. akt KIO 919/16),
B) w dniu 1 czerwca 2016 r. przez wykonawcę Szwalnię IMA Holding sp. z o.o. sp. k. w Limanowej (sygn. akt KIO 937/16),
C) w dniu 1 czerwca 2016 r. przez wykonawcę Spółdzielnię Inwalidów Elremet w Bielsku-Białej (sygn. akt KIO 938/16),
D) w dniu 1 czerwca 2016 r. przez wykonawcę Spółdzielnię Inwalidów Elremet w Bielsku-Białej (sygn. akt KIO 939/16),
E) w dniu 2 czerwca 2016 r. przez wykonawcę M.D., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.D., „Demar" w Mstowie (sygn. akt KIO 943/16),
F) w dniu 2 czerwca 2016 r. przez wykonawcę PPUH ARM-ex B.M., M.M. sp.j. w Broniszewie (sygn. akt KIO 944/16),
G) w dniu 2 czerwca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hako sp. z o.o. w Warszawie, CZM Intermag sp. z o.o. w Bydgoszczy oraz A.R., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Cheman A.R. w Osielsku (sygn. akt KIO 946/16),
H) w dniu 2 czerwca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hako sp. z o.o. w Warszawie oraz CZM Intermag sp. z o.o. w Bydgoszczy (sygn. akt KIO 947/16),
I) w dniu 2 czerwca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kreator sp. z o.o. sp. k. w Toruniu oraz Zakład Odzieżowy Modar sp. z o.o. w Staszowie (sygn. akt KIO 949/16),
J) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2016 r. przez wykonawcę M.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.K., P.P.U.H. K. w Łowiczu (sygn. akt KIO 951/16).

Na podstawie art. 189 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie te zostały połączone do łącznego rozpoznania.

Odwołanie wniesione przez:

a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Szwalnię IMA Holding sp. z o.o. sp. k. w Limanowej, Zakłady Odzieżowe Wybrzeże Spółdzielnię Inwalidów, Spółdzielnię Inwalidów Elremet w Bielsku-Białej (sygn. akt KIO 919/16),
b) wykonawcę Szwalnię IMA Holding sp. z o.o. sp. k. w Limanowej (sygn. akt KIO 937/16),
c) przez wykonawcę Spółdzielnię Inwalidów Elremet w Bielsku-Białej (sygn. akt KIO 938/16),
d) przez wykonawcę Spółdzielnię Inwalidów Elremet w Bielsku-Białej (sygn. akt KIO 939/16).

W przywołanych odwołaniach odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie:

a) art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie z uwagi na niespełnienie ustawowych przesłanek do unieważnienia właściwych części postępowań,
b) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezachowanie uczciwej konkurencji, polegające na przedłużaniu postępowania, a co najmniej opieszałości w działaniu zamawiającego prowadzącej do utraty finansowania zamówienia ze środków dostępnych w chwili wszczęcia postępowania oraz sprzeczne z przepisami unieważnienie postępowania.

Odwołujący wnieśli o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołań odwołujący podnieśli, że unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przesłanki unieważnienia powinny być interpretowane ściśle, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia spoczywa na zamawiającym. Zamawiający był zobowiązany wskazać w uzasadnieniu swojej decyzji okoliczności faktyczne, które jego zdaniem uzasadniają tę decyzję. Tylko takie wskazanie zamawiającego może umożliwić wykonawcy pełne odniesienie się do

konkretnych przesłanek unieważnienia i skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania. Odwołujący wywodzili, że w postępowaniach zamawiający powołał się na okoliczności dotyczące zmiany sytuacji finansowej wskazując, iż otrzymał zawiadomienie, że środki finansowe przeznaczone na zakup przedmiotów umundurowania i wyekwipowania zostaną wykreślone z „Planu zakupów środków materiałowych w ramach zadań zleconych Szefostwa Służby Mundurowej WSP SZ na 2016 rok" oraz w ramach zadań „Planu zakupu środków materiałowych w latach 2016-2022" i zostaną one przeznaczone na inne zadania realizowane przez Siły Zbrojne RP. Argumentowali, że z pisma zamawiającego z dnia 20 maja 2016 r. wynika jedynie, że środki finansowe przeznaczone na zakup przedmiotów

umundurowania i wyekwipowania dopiero mają zostać wykreślone i przeznaczone na inne zadania realizowane przez Siły Zbrojne RP. Mamy zatem do czynienia jedynie z możliwością wystąpienia braku środków finansowych, a nie jednoznacznym potwierdzeniem, że środki przeznaczone na zakup mundurów polowych zostały już wykreślone lub że zostaną wykreślone. Odwołujący wywodzili, że nie zostało wykazane iż zawiadomienie (lub jakikolwiek inny dokument stanowiący jego podstawę) ma charakter wiążący dla zamawiającego. Nie wiadomo też z jakiej daty pochodzi zawiadomienie, kto jest jego autorem, kiedy otrzymał je zamawiający. W decyzji o unieważnieniu postępowania brak jest jakiejkolwiek informacji pozwalających na ustalenie, że rzeczywiście istnieje taki dokument, skonkretyzowany przez podanie gdzie kiedy i pod jakim numerem został zarejestrowany i gdzie jest przechowywany. Brak ten powoduje, że odwołujący nie mogą się na niego powołać w postępowaniu odwoławczym. Nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Odwołujący podnosili, że z uzasadnienia unieważnienia czynności zamawiającego wynikają tylko przesunięcia środków budżetowych, ale nie wynikają okoliczności uzasadniające uznanie, że ujawnił się priorytetowy interes publiczny. Dopiero jednoznaczne wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny może powodować, iż środki na jego realizację przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone. Interes publiczny musi być przy tym na tyle istotny, aby uzasadniał jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania. Przedmiotem zamówienia jest dostawa przedmiotów umundurowania dla Sił Zbrojnych RP. Zakres, charakter i przedmiot świadczonych dostaw przemawiają za uznaniem ich za realizowane w bardzo ważnym interesie publicznym związanym z bezpieczeństwem i obronnością państwa w zakresie wyposażenia Sił Zbrojnych RP w niezbędne umundurowanie, służące realizacji zadań. Obowiązek noszenia munduru przez żołnierzy w trakcie wykonywania zadań służbowych wynika z ustawy o służbie wojskowej, a także z ostatnich wytycznych Ministra Obrony Narodowej z dnia 24 listopada 2015 r. Zamiar przeznaczenia środków finansowych na realizację innych nieskonkretyzowanych zadań niezbędnych dla Sił Zbrojnych RP trudno traktować jako trwały. Zamawiający nie wykazał również, że odstąpił w ogóle od realizacji przedmiotowych zadań. Tymczasem wypowiedzi w mediach przedstawicieli rządu świadczą, że przewiduje się zakup umundurowania w późniejszym terminie (już za rok), co jednoznacznie przesądza, że realizacja zamówienia leży w interesie publicznym. Ukazały się materiał prasowy, z których wynika, że Ministerstwo Skarbu Państwa podjęło decyzję o połączeniu dwóch przedsiębiorstw których właścicielem jest Skarb Państwa zajmujących się szyciem m.in. konfekcji wojskowej, tj. Coratex S.A. z Wojskowym Przedsiębiorstwem Handlowym. Powstały po połączeniu podmiot ma szyć mundury dla Wojska Polskiego. Zamawiający zamierza zatem przeprowadzić postępowanie

na dostawę przedmiotów umundurowania ponownie ale już przez inny pomiot, w którym to Skarb Państwa posiada 100% własności, co oznacza równocześnie, że przedmiotowe zamówienie pozostaje zgodne z interesem publicznym. Zamawiający powinien wykazać, że cel, jaki zamierzał osiągnąć prowadząc postępowanie, nie jest już celem zaspokajającym potrzeby społeczne.

Odwołujący podnosili, że dostawa umundurowania odbywa się wedle ściśle określonych procedur, specyfikacji i wzorów (zakup umundurowania dotyczy wzoru z 2010 roku) zatwierdzanych w określonych terminach, dlatego z uwagi na dotychczasową praktykę zamawiającego, trudno uznać za prawdziwe twierdzenia o posiadanych zapasach,

zwłaszcza w kontekście zapowiedzi tworzenia nowych formacji. Nie można w tym kontekście pominąć przepisów rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 31 października 2014 r. w sprawie umundurowania i wyekwipowania żołnierzy zawodowych i żołnierzy pełniących służbę kandydacką (Dz. U. z 2014 r., poz. 1615), które wprowadzają okres używalności umundurowania i wyekwipowania żołnierza oraz przewidują normy należności umundurowania poszczególnych kategorii żołnierzy zawodowych i kandydatów. Przepisy te nie uległy jakiejkolwiek zmianie w ostatnim okresie. Zamawiający nie ma również możliwości rotacji zapasów wojennych przedmiotów zaopatrzenia mundurowego na użytek bieżący. Metodyka ustalania potrzeb przedmiotów zaopatrzenia mundurowego odbywa się w oparciu o decyzję nr 227/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 8 lipca 2009 r. w sprawie ustalania potrzeb środków materiałowych służby żywnościowej, mundurowej oraz materiałów pędnych i smarów (Dz.Urz.MON z 2009 r., Nr 14 poz. 158) i obejmuje m.in. stan posiadania użytku bieżącego, stan posiadania zapasów wojennych i liczbę osób przewidzianych do zaopatrzenia. Zgodnie z szeroko komentowanymi zapowiedziami Ministerstwa Obrony Narodowej ze stycznia 2016 r. powołuje się nowy, piąty rodzaj Sił Zbrojnych pod roboczą nazwą Ochotnicza Armia Krajowa. Zgodnie z założeniami w każdym powiecie ma powstać kompania, a docelowo batalion obrony terytorialnej.

O tym, że zamawiający nie dysponuje zapasami świadczą też same zapisy SIWZ. Z Rozdziału IV pkt 1 SIWZ wynika, że zamawiający wymagał, aby zamówienie gwarantowane zostało wykonane w ściśle określonych, krótkich terminach, zaś jednym z kryteriów oceny ofert był termin realizacji dostaw.

Zdaniem odwołujących, przesłankę niemożliwości przewidzenia istotnej zmiany okoliczności należy interpretować w powiązaniu z zasadą szybkości i efektywności procedury udzielania zamówień publicznych, której zamawiający nie zachował. W poprzednich latach w dacie w jakiej obecnie zamawiający unieważnił postępowanie były już podpisywane umowy w wykonawcami lub nawet wykonawcy przystąpili do ich realizacji. Utrata przez zamawiającego środków, na którą się obecnie powołuje (a co nie zostało wykazane w sposób pewny) z pewnością nie wystąpiłaby w przypadku, gdyby zamawiający

nie prowadził postępowania tak długo, a w szczególności gdyby niezwłocznie przystąpił do wyboru najkorzystniejszej oferty. Przy dołożeniu należytej staranności zamawiający mógł też przewidzieć zmianę Planów zadań. Sam zamawiający informował, że decyzję o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia podjął w oparciu o Projekt Planu Finansowego na rok 2016 - Informacja zerowa. Możliwość zmiany wynika z natury prawnej „projektu" (projekt - wstępna wersja czegoś), który przyznawał środki na przedmiotowe zamówienie.

Odwołanie wniesione przez wykonawcę M.D., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.D., „Demar" w Mstowie (sygn. akt KIO 943/16). Odwołanie wniesione przez wykonawcę PPUH ARM-ex B.M., M.M. sp.j. w Broniszewie (sygn. akt KIO 944/16).

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania przy błędnym przyjęciu, iż zachodzą przesłanki określone ww. przepisie umożliwiające zamawiającemu unieważnienie postępowań. Odwołujący wnieśli o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania we wskazanych przez siebie częściach.

W uzasadnieniu faktycznym odwołujący podnieśli, że zamawiający nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zdaniem odwołujących okoliczności wskazane przez zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia postępowań nie są okolicznościami nadzwyczajnymi, nie dającymi się przewidzieć, niezależnymi od zamawiającego. Zamawiający jest to logistyczna jednostka wojskowa Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej podporządkowana Inspektoratowi Wsparcia Sił Zbrojnych, które podległe jest Dowódcy Sił Zbrojnych a następnie Ministrowi Obrony Narodowej. Jest to więc wyspecjalizowany organ MON w zakresie zapewnienia Siłom Zbrojnym wyposażenia. Głównym zadaniem bazy jest zabezpieczenie logistyczne jednostek wojskowych w jej rejonie odpowiedzialności. Zamawiający stanowi niejako jednostkę Sił Zbrojnych odpowiedzialną za przetargi, podlegającą Ministerstwu Obrony Narodowej. Zamawiający podjął decyzję o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mając świadomość sytuacji finansowej. Wewnętrzna relokacja środków

finansowych, dokonywana na inne zadania realizowane przez Siły Zbrojne RP nie może stanowić podstawy do unieważnienia przetargu. „Plan zakupów środków materialnych w ramach zadań zleconych Szefostwa Służby Mundurowej IWsp SZ na 2016 rok" oraz „Plan zakupów środków materialnych w latach 2016 – 2022" są wewnętrznymi dokumentami SZ RP i obowiązują wyłącznie podmioty do których zostały skierowane. Zamawiający jako jednostka wojskowa zobowiązany jest podporządkować sie wyżej wymienionym planom, jednakże dla zamawiającego jako podmiotu prawa prywatnego ww. plany są bez znaczenia

ponieważ wewnętrzne decyzję nie mogą wywoływać negatywnych skutków dla osób trzecich działających w sferze tego prawa. W przedmiotowym postępowaniu doszło do zablokowania środków finansowych na realizację zamówienia nie przez instytucję nadrzędną nad zamawiającym jak wskazano w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia lecz przez instytucję której zamawiający jest częścią a więc nie nastąpiła zmiana okoliczności o charakterze zewnętrznym wobec zamawiającego. Zawsze podmioty publiczne które realizują zadania, które wymagają ogłoszenia zamówień wykonują te czynności za pomocą wyspecjalizowanych jednostek organizacyjnych, nie oznacza to że jednostka taka może unieważniać przetarg w sytuacji zmiany planów przez kierownictwo podmiotu, którego jest częścią. Doprowadziłoby to do fikcyjności przepisu art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, który przy takiej wykładni zakładałby de facto możliwość unieważnienia przetargu bez podania przyczyn. Powoływanie się przez zamawiającego na ww. plany wskazuje również na brak ziszczenia przesłanki nieprzewidywalności zmiany okoliczności. Zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego opracowanie planów zadań realizowanych przez Siły Zbrojne RP jest procesem rozciągniętym w czasie, wymagającym gromadzenia danych oraz ich szczegółowej analizy. Organ dysponujący środkami finansowymi, mający w polu widzenia inne zadania realizowane przez Siły Zbrojne RP wymagające finansowania, powinien z najwyższą starannością dokonać podziału środków, uwzględniając wszystkie okoliczności. Cel, dla którego zamawiający zamierzał udzielić zamówienia, nie odpadł. Siły Zbrojnie RP nie pozyskały z innego źródła przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wykazał, iż dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

Odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hako sp. z o.o. w Warszawie, CZM Intermag sp. z o.o. w Bydgoszczy oraz A.R., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Cheman" A.R. w Osielsku (sygn. akt KIO 946/16).
Odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hako sp. z o.o. w Warszawie oraz CZM Intermag sp. z o.o. w Bydgoszczy (sygn. akt KIO 947/16).

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie:
1) 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez jego nieuzasadnione zastosowanie i unieważnienie postępowania w oparciu o bezpodstawne uznanie, że w przedmiotowym postępowaniu wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że przeprowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, podczas gdy przesłanka taka nie zaistniała,

2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania oceny oferty odwołującego zgodnie z kryteriami określonymi w SIWZ.

Odwołujący wnieśli o nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołujących we wskazanych częściach postępowania.

W uzasadnieniu faktycznym odwołujący podnieśli, że przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. Przesłankę wystąpienia istotnej zmiany okoliczności należy zaliczyć do kategorii przesłanek zobiektywizowanych, co oznacza, że przy zachowaniu należytej staranności istotnej zmiany okoliczności nie mógł przewidzieć wcześniej zarówno zamawiający, jak również wykonawca. Na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania

łącznego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w przepisie. Zamawiający musi również wskazać, o jaki interes publiczny chodzi oraz wykazać, że jest on na tyle ważny, że postępowanie musi być unieważnione. Zamawiający musi wykazać, że przy zachowaniu należytej staranności nie mógł wcześniej przewidzieć istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, przy czym interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego. Odwołujący wywiedli, że zamawiający powołał się de facto na okoliczność cofnięcia środków finansowych przeznaczonych w ramach planowanych dotacji, utożsamiając to z uznaniem przez jednostkę nadrzędną jakoby realizacja przedmiotu zamówienia przestała leżeć w interesie publicznym RP. Taki wniosek jest błędny, ponieważ okoliczność cofnięcia środków finansowych i przesunięcia ich na inne istotniejsze cele nie świadczy o tym, że zamawiający nie będzie zobligowany do zrealizowania zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, jednakże w późniejszym czasie. Przedmiotem zamówienia jest dostawa elementów odzieży dla wojska RP, a więc jest to asortyment z kategorii podstawowego wyposażenia żołnierzy i trudno sobie wyobrazić nagły brak potrzeby realizacji tego zamówienia. Zamawiający nie udowodnił w jaki sposób realizacja zamówienia będzie pozbawiona racjonalnych podstaw do uznania jej jako nieleżącej w interesie publicznym. Odwołujący argumentowali, że ustawodawca przewidział możliwość unieważnienia postępowania w związku z nieotrzymaniem środków wyłącznie na podstawie art. 93 ust. 1 a ustawy Pzp, tj. jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie zostały mu przyznane, a zamawiający zastrzegł w treści ogłoszenia, zaproszeniu do negocjacji czy zaproszeniu do składania ofert taką możliwość. Z informacji posiadanych przez odwołujących wynika, że prawdziwą

przyczyną unieważnienia postępowania nie był fakt, iż zamówienie co do zasady nie leży w interesie publicznym, lecz fakt, iż w związku z trwającymi pracami legislacyjnymi dotyczącymi ustawy Pzp, zamawiający zakłada iż przedmioty umundurowania będą stanowiły sprzęt wojskowy co umożliwi udzielanie zamówień na te wyroby w innym trybie. Powyższe wskazywałoby, że zakup elementów umundurowania i wyekwipowania nadal leży w interesie publicznym, a zamawiający próbuje jedynie w ten sposób uniemożliwić uzyskanie zamówienia przez wykonawców w tych postępowaniach.

Odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kreator sp. z o.o. sp. k. w Toruniu oraz Zakład Odzieżowy Modar sp. z o.o. w Staszowie (KIO 949/16).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez błędne przyjęcie, iż prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym oraz że zaszły niedające się przewidzieć okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania,
b) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 2 pkt 7a i art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji rozumianej jako lojalność wobec uczestników postępowania i wbrew celowi postępowania o zamówienie publiczne jakim jest udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a także poprzez niepodanie informacji umożliwiających weryfikację prawdziwości i prawidłowości decyzji o unieważnieniu postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania;
b) dokonania czynności wyboru oferty z zachowaniem zasad określonych w ustawie Pzp i kryteriami określonymi w SIWZ.

W uzasadnieniu faktycznym odwołujący podniósł, że finansowanie realizacji przedmiotu zamówienia dokonywane jest przez zamawiającego w oparciu o środki budżetowe Ministerstwa Obrony Narodowej. Budżet MON został zatwierdzony decyzją budżetową na rok 2016 Ministra Obrony Narodowej nr 8/MON z dnia 21 stycznia 2016 roku i został ogłoszony w Dzienniku Urzędowym MON pod pozycją 11 w dniu 22 stycznia 2016 roku. Zgodnie z §11 przywołanej decyzji dysponenci środków budżetowych sporządzają plany finansowe w terminach określonych w § 8 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 07

grudnia 2010 roku w sprawie sposobu prowadzenia gospodarki finansowej jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych (Dz.U. 2015.1542). Przepis §8 przywołanego rozporządzenia stanowi, że dysponenci części budżetowych przekazują kierownikom podległych jednostek budżetowych informacje o kwotach dochodów i wydatków

15

---

w terminie określonym w art. 146 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz.U. 2013.885 z późn. zm.). Artykuł ten wskazuje, że informacje o kwotach dochodów i wydatków są przekazywane jednostkom podległym przez dysponentów w terminie 10 dni roboczych od ogłoszenia budżetu. Tym samym uznać należy, że zamawiający posiadał informacje o dysponowaniu środkami budżetowymi na realizację powierzonych mu zadań najpóźniej w dniu 5 lutego 2016 roku (10-ty dzień roboczy po ogłoszeniu decyzji budżetowej), a więc 7 dni po ogłoszeniu o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE. Jako uzasadnienie unieważnienia postępowania w zakresie zadań nr 8 -11 zamawiający wskazał fakt, że środki finansowe na zakup przedmiotów umundurowania „zostaną wykreślone z „Planu zakupów środków materiałowych w ramach zadań zleconych Szefostwa Służby Mundurowej I Wsp. SZ na 2016 rok.". Odwołujący argumentował, że zmian w planach finansowych jednostek budżetowych dokonuje się w oparciu o rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 7 grudnia 2010 roku w sprawie sposobu prowadzenia gospodarki finansowej jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych, (tj. Dz.U. 2015.1542). Zgodnie z § 10 ust. 2 dysponenci części budżetowych zawiadamiają w terminie nie dłuższym niż 7 dni od dnia dokonania zmian w planach finansowych kierowników podległych jednostek budżetowych. Zestawienie wydatków budżetu MON wraz z podziałem na dysponentów środków budżetowych według działów, rozdziałów i paragrafów klasyfikacji budżetowej zostało opublikowane jako załącznik nr 2 do decyzji nr 8/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 21 stycznia 2016 roku (Dz.Urz. MON poz. 11). Zgodnie z § 19 ust. 6 decyzji nr 63/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 04 marca 2014 roku (Dz.Urz. MON 2014.76 z późn. zm.) w sprawie planowania i wykonywania budżetu resortu obrony narodowej - warunkiem dokonania zmian w zakresie wydatków, których wielkość została określona w centralnych planach rzeczowych jest uprzednie zatwierdzenie odpowiednich korekt. Na podstawie § 2 pkt 1) ppkt b) decyzji nr 103/MON Ministra Obrony narodowej z dnia 31 marca 2014 roku w sprawie zasad opracowywania i realizacji centralnych planów rzeczowych (Dz.Urz. MON 2014.105) do centralnych planów rzeczowych zalicza się również Plan Zakupu Środków Materiałowych. Zestawienia potrzeb rzeczowych opracowuje się, w zakresie planu zakupu środków materiałowych, umieszczając zadania przygotowane w stopniu umożliwiającym rozpoczęcie postępowań o udzielenie zamówień. Natomiast korekty Centralnych Planów Rzeczowych dokonuje się w resorcie obrony narodowej w oparciu o przepis §10 Decyzji nr 103/MON Ministra Obrony Narodowej. Zgodnie z postanowieniami tego paragrafu opracowanie korekt możliwe jest wyłącznie z udziałem organów (dysponentów) III stopnia na ich wniosek lub przy ich udziale jako podmiotów opiniujących.

Odnosząc się do instytucji unieważnienia postępowania odwołujący stwierdził, że powoduje ona zakończenie postępowania, bez zawarcia umowy o wykonanie zamówienia.

16

Tym samym zostaje zniweczony sens i cel prowadzonego postępowania, gdyż celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie z wybranym wykonawcą umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia. Z tego powodu katalog przesłanek unieważnienia postępowania jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco. Przesłanki muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. Wymagane jest by zmiana okoliczności wystąpiła już w czasie podejmowania decyzji o unieważnieniu, gdyż niewystarczające jest samo zagrożenie zmianą, konieczne jest by unieważnienie postępowania było reakcją na zdarzenie, które już nastąpiło. Na zamawiającym ciąży obowiązek wskazania, o jaki interes publiczny chodzi oraz wykazania, że jest on na tyle ważny, że postępowanie musi być unieważnione. Naruszeniem interesu publicznego nie będą zdarzenia powstałe wskutek niedbalstwa czy braku profesjonalizmu zamawiającego. Dla możliwości unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia konieczne jest w tym wypadku stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Wystąpienie istotnej zmiany okoliczności

powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, nie może być utożsamiane z interesem finansowym zamawiającego. Wystąpienie innych niż wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeb zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na wykonanie zamówionego przedmiotu nie mogą być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania.

Odwołujący argumentował, że z przesłanego przez zamawiającego uzasadnienia czynności unieważnienia wynika wprost, iż nie doszło do jakiejkolwiek zmiany potwierdzającej wystąpienie szczególnych okoliczności. Środki finansowe mają dopiero zostać wykreślone, ale nie oznacza to że faktycznie może dojść do tej operacji. Ponadto w świetle obowiązujących w resorcie obrony narodowej przepisów zamawiający musiał posiadać pełną wiedzę, co do ewentualnego zamiaru zaniechania realizacji zamówienia publicznego lub co najmniej godził się z faktem że do takiej zmiany może dojść. Okoliczność taka była więc zamawiającemu znana i nie można uznać jej za taką, która była niemożliwa do przewidzenia w trakcie prowadzenia postępowania. Jak sam zamawiający przyznaje, wszczęcie postępowania zostało dokonane na podstawie projektu Planu Finansowego na rok 2016 - Informacja zerowa. Skoro zamawiający podejmował decyzję o wszczęciu postępowania na podstawie projektu planu, to musiał się przy tym liczyć z możliwością ostatecznej jego korekty. Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest w zasadzie równoznaczne z zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta będzie najkorzystniejsza zgodnie z ustaloną procedurą i będzie się mieścić w kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W dokumentacji postępowania brak jest jakiegokolwiek śladu działania zamawiającego, które

można sklasyfikować choćby jako próbę umożliwienia zakończenia postępowania zgodnie z pierwotną wolą pozyskania przedmiotów umundurowania. Zamawiający, po otrzymaniu w dniu 20 maja 2015 roku pisma Szefa Sekcji Mundurowej z prośbą o unieważnienie zadań między innymi w przedmiotowym postępowaniu, przystąpił do bezkrytycznego wykonania zaleceń. Tego samego dnia odbyło się bowiem posiedzenie komisji zamawiającego, która unieważniła całe postępowanie.

Zdaniem odwołującego cel dla którego zamawiający zamierzał udzielić obu zamówień nie odpadł. Nie można bowiem za odpadnięcie celu postępowania - dokonania zakupu umundurowania - uznać gołosłownego stwierdzenia przywołanego powyżej. W aktach postępowania brak jest bowiem jakiegokolwiek dowodu, że twierdzenia w tym zakresie są prawdziwe. Co więcej, gdyby uznać, że okoliczności takie zaszły, to stanowiłoby to podstawę do pociągnięcia osób odpowiedzialnych za umieszczenie takiego zadania w planie zakupów do odpowiedzialności, co najmniej, za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Takie sformułowanie pozostaje w głębokiej opozycji do faktu, że jeszcze w dniu 22 stycznia 2015 roku Szef Sekcji Mundurowej zamawiającego w piśmie nr 74/4/15 wskazywał, że nie jest możliwym przedłużenie terminu składania ofert do dnia 30 marca 2016 roku z uwagi na fakt, że po stronie Sił Zbrojnych istnieją pilne potrzeby zaopatrzeniowe przedmiotów umundurowania.

Odwołujący wywiódł także, że pełne, klarowne i rzeczywiste uzasadnienie decyzji jest obowiązkiem zamawiającego, tylko wtedy bowiem wykonawcy mają szansę poznać motywy, którymi kierował się zamawiający, gdy zostaną one w sposób pełny i rzetelny zaprezentowane. Tylko wtedy decyzja zamawiającego może zostać poddana rzeczywistej kontroli. Tymczasem zamawiający nie tylko nie wyjaśnił szczegółowych podstaw unieważnienia postępowania ale dla osiągnięcia zamierzonego rezultatu posłużył się niepopartymi niczym argumentami stojącymi w opozycji do wcześniej składanych oświadczeń. Przywołując konieczność unieważnienia postępowania z uwagi na wystąpienie istotnego interesu publicznego, rozumianego jako interes Sił Zbrojnych RP i koniecznością nadania priorytetów innym zadaniom, w ogóle nie wskazał o jaki interes Sił Zbrojnych RP i jakie priorytety chodzi. Odniesienie się w sposób ogólnikowy do innych priorytetów i interesów Sił Zbrojnych umyka jakiejkolwiek kontroli.

Odwołanie wniesione przez M.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.K., P.P.U.H. K. w Łowiczu (sygn. akt KIO 951/16)

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, iż

zachodzą przesłanki określone w tym przepisie,

b) art. 6 kodeksu cywilnego przez jego niezastosowanie, to jest nieprzedstawienie przez zamawiającego żadnego dowodu na realne istnienie zmiany okoliczności skutkujących koniecznością unieważnienia postępowania, przywołanie jedynie niepewnych zdarzeń przyszłych, które nie mają odzwierciedlenia w żadnym dokumencie urzędowym, podczas gdy to na stronie wywodzącej skutki prawne z danego faktu ciąży zobowiązanie do udowodnienia przywoływanego stanu faktycznego i prawnego,
c) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na braku zachowania uczciwej konkurencji przez przedłużanie postępowania, w wyniku czego utracono możliwość finansowania zamówienia ze środków dostępnych chwili jego wszczęcia,
d) art. 5 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy o finansach publicznych przez hipotetyczne przyjęcie, że udzielenie przedmiotowego zamówienia nie leży w interesie publicznym, podczas gdy środkami publicznymi są przychody jednostek sektora finansów publicznych pochodzące z prowadzanej przez nie działalności oraz pochodzące z innych źródeł, zaś środki publiczne przeznacza się na wydatki publicznej,
e) art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych przez jego niezastosowanie i uznanie, iż wystąpiły istotne przesłanki, które mają charakter trwały i były niemożliwe do przewidzenia w chwili wszczęcia i prowadzenia postępowania, czego konsekwencją było jego unieważnienie bez optymalnego doboru metod i środków, uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów oraz uniemożliwienie poniesienia wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny;
f) art. 17 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przez brak rozważenia jego obowiązującej mocy prawnej i arbitralne uznanie, iż zostały spełnione przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu faktycznym odwołujący podniósł, że na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, jakie okoliczności faktyczne i prawne zmusiły go do podjęcia decyzji, iż kontynuowanie procedury przetargowej nie leży w interesie publicznym. Zamawiający prócz trybu przypuszczającego swojej wypowiedzi i czasu przyszłego, iż środki finansowe zostaną w bliżej nieokreślonym czasie wykreślone, nie legitymuje się też ani nie przytacza w treści zawiadomienia żadnych aktów wewnętrznych Ministerstwa Obrony Narodowej czy powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Zdaniem odwołującego, nieprzekonywające są argumenty zamawiającego odnośnie wywołania przez definiowaną przezeń zmianę okoliczności, stanu sprzecznego z interesem publicznym. Do sprzeczności z interesem publicznym (tu: polegającym na zapewnieniu zdolności wykonywania przez żołnierzy Sił Zbrojnych RP zadań z obszaru obronności i

bezpieczeństwa państwa) mogłoby dojść jedynie w sytuacji gdyby z uwagi na stan budżetu resortu obrony narodowej (finansów państwa) zaprzestano wyposażania żołnierzy w przedmioty umundurowania i wyekwipowania i np. wycofano te przedmioty z norm należności, określonych rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 31 października 2014r. w sprawie umundurowania i wyekwipowania żołnierzy zawodowych i żołnierzy pełniących służbę kandydacką. Tymczasem stan prawny nie uległ zmianie, a przywołane rozporządzenie MON nie zostało znowelizowane, zamawiający nie wskazuje również, że podjęto prace legislacyjne w celu dokonania zmian w tym obszarze lub też, że planuje się podjęcie takich prac. Odwołujący przywołał treść uchwały TK z 12 marca 1997 r. co do pojmowania pojęcia interes publiczny.

Zdaniem odwołującego do zakwalifikowania zmiany jako istotnej potrzebna jest jej trwałość - rozumiana jako nieodwracalny stan. Tymczasem, w przedmiotowym postępowaniu upatrywana przez zamawiającego zmiana okoliczności tj. pozbawienie finansowania sprowadza się wyłącznie do alokacji środków na realizację zamówienia będącego przedmiotem postępowania, a nie zaprzestania przez Skarb Państwa - budżet resortu obrony narodowej finansowania zakupów przedmiotów umundurowania i wyekwipowania.

Pozbawienie zamawiającego możliwości dysponowania środkami na przedmiotowe zamówienie publiczne nie powoduje zobiektywizowanej niemożności pokrycia przez budżet resortu obrony narodowej tych wydatków, a stanowi jedynie realizację określonego, wyrażającego się w alokacji środków, interesu zamawiającego, odnoszonego w kontekście do całych Sił Zbrojnych RP oraz obronności i bezpieczeństwa.

W ocenie odwołującego dziwi stanowisko prezentowane przez zamawiającego, iż zakup przedmiotów umundurowania i wyekwipowania nie stanowi raptownie priorytetowych potrzeb. Według wiedzy odwołującego powyższa argumentacja nie znajduje potwierdzenia w świetle informacji prasowych, opisujących m.in. stan zapasów wojska. W związku z brakiem odpowiedniej ilości zapasów, koniecznością wyposażenia zwiększonych stanów osobowych żołnierzy (tworzone wojska obrony terytorialnej) wysoce prawdopodobnym jest, że w przypadku unieważnienia postępowania, żołnierze aktualnie pełniący służbę i powołani w br. do służby w jednostkach obrony terytorialnej nie otrzymają należnych im przedmiotów umundurowania i wyekwipowania. Wykorzystanie zapasów wojennych na bieżące zaopatrzenie oznacza ograniczenie możliwości i zdolności wykonywania zadań, przez żołnierzy służby czynnej i powoływanych z rezerwy, w okresie mobilizacji i wojny, a tym samym obniżenie zdolności bojowej Sił Zbrojnych w zakresie obronności i bezpieczeństwa. W ocenie odwołującego nie może być zgody na przyrównanie interesu publicznego z brakiem środków na realizację konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający z chwilą zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu publicznym związany był zarówno planem zamówień publicznych jak i założeniami budżetowymi. Zmiana

koncepcji wydatkowania wewnętrznych środków finansowych MON, nie może być samoistną przyczyną do unieważnienia postępowania. Nadto, zawiadomienie informuje jedynie o możliwych przesunięciach wewnątrz Sił Zbrojnych RP, bez odniesienia się jaki wpływ okoliczności przyszłe mogłyby mieć dla samego zamawiającego. Nawet o ile zamawiający mógłby ponieść jakąkolwiek stratę, to zobowiązany jest taką potencjalną szkodę należycie wykazać, wesprzeć swoje twierdzenia na dowodach je popierających oraz określić enumeratywnie przesłanki skutkujące wnioskiem, że postępowania nie powinno być dalej prowadzone i należy je unieważnić.

W ocenie odwołującego nie można także przemilczeć licznych doniesień prasowych, obrazujących potrzeby Sił Zbrojnych RP na ekwipunek będący przedmiotem postępowania, jednakże podkreślających rolę podmiotu, który ma wyjść naprzeciw temu zapotrzebowaniu. Przedstawiciele rządu RP owszem, potwierdzają potrzeby, które zrealizowanie niniejszego zamówienia publicznego miało zaspokoić, lecz odkładają to w czasie do momentu połączenia Coratex S.A. z Wojskowym Przedsiębiorstwem Handlowym.

Zamawiający, jako gospodarz postępowania, nieudolnie prowadził postępowanie. Wielokrotnie wzywał odwołującego do uzupełnienia dokumentacji przetargowej czego następstwem było wydłużenie całej procedury udzielenia zamówienia publicznego. Tym samym naruszył przepisy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp utrudniając uczciwą konkurencję. Wskazał, że w celu uzyskania zamówienia poniósł wysokie, opisane w odwołaniu koszty.

Odwołujący wywiódł, że od zamawiającego jako dysponenta środków publicznych można oczekiwać lojalności kontraktowej. Unieważnienie postępowania nie wyczerpuje znamion ani optymalnego doboru metod i środków ani uzyskiwania najlepszych efektów z poniesionych już nakładów i zaangażowania. Z pewnością czynność dokonana przez zamawiającego nie prowadzi do wydatkowania środków publicznych celowo, oszczędnie, terminowo czy w wysokości i terminach powstałych z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z postępowań, w tym w szczególności: protokoły postępowań, ogłoszenia o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty złożone przez odwołujących, zawiadomienia zamawiającego o unieważnieniu postępowań, odwołania, odpowiedź na odwołania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożyli niepodlegające odrzuceniu oferty, a zamawiający unieważnił postępowania w tych częściach postępowania, w których te oferty złożono. Odwołujący domagali się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowań, w tych częściach, w których złożyli swe oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp unieważnił postępowania w tych częściach skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takich czynności, czego efektem może być wybór ofert odwołujących, jako najkorzystniejszych. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający w grudniu 2015 i w styczniu 2016 r. wszczął i prowadzi szereg postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem jest dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania. Zamawiający wszczął m.in. postępowania mające za przedmiot:
A) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (mundury polowe),
B) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (ubranie czołgisty-warsztatowca, ubranie zimowe czołgisty-warsztatowca z podpinką, kombinezon czołgisty),
C) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. tj. kurtek technika lotniczego, mundurów polowych tropikalnych w kamuflażu pustynnym wzór 2010 oraz kurtek pilota,
D) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (koszule ćwiczebne marynarskie z krótkimi rękawami i koszulo-bluzy polowe),
E) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (buty sportowe, trzewiki letnie, trzewiki zimowe, buty filcowo-gumowe oraz pantofle kąpielowe),
F) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (obuwie),
G) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. – berety, dresy sportowe, rękawice zimowe pięciopalcowe, ubranie sportowe,

H) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (czapki-garnizonowe, rogatywki, furażerki, zimowe i futrzane),
I) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (spodnie, kurtki, bluzy, płaszcze),
J) dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (ręczniki „frotte”, śpiwory i karimaty).

W dniu 20 maja 2016 r. (w przypadku zamówienia na mundury polowe) oraz w dniu 23 maja 2016 r. (w przypadku pozostałych zamówień) zamawiający zawiadomił wykonawców ubiegających się o udzielenie tych zamówień o unieważnieniu postępowań w niektórych częściach na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym czynności unieważnień zamawiający wskazał, że *jako dysponent budżetowy III-go stopnia, otrzymał zawiadomienie, iż* środki *finansowe przeznaczone na zakup przedmiotów umundurowania i wyekwipowania zostaną wykreślone z „Planu zakupów* środków *materiałowych w ramach zadań zleconych Szefostwa Służby Mundurowej IWsp SZ na 2016 rok” oraz w ramach zadań „Planu zakupu* środków *materiałowych w latach 2016 – 2022” i zostaną one przeznaczone na inne zadania realizowane przez Siły Zbrojne RP. Poprzez wykreślenie z Planów zadań z zakresu zakupu przedmiotów umundurowania i wyekwipowania, oraz wskazanie, iż* środki *finansowe zostaną*

przeznaczone na realizację innych zadań niezbędnych dla SZ RP, należy uznać, iż wystąpiły istotne przesłanki, które mają charakter trwały i były niemożliwe do przewidzenia w chwili wszczęcia i prowadzenia postępowania.

2 Regionalna Baza Logistyczna podjęła decyzję o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w oparciu o Projekt Planu Finansowego na rok 2016 – Informacja zerowa. Należy zatem uznać, iż w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający nie mógł przewidzieć okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania.

W trakcie prowadzenia postępowania, zamawiający wykonywał wszelkie czynności wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych do czego był zobowiązany przeprowadzając procedurę zmierzającą do udzielenia zamówienia publicznego. Niniejsze wskazuje, iż przy zachowaniu należytej staranności, zamawiający nie mógł przewidzieć wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, iż prowadzenie postępowania oraz wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Jednocześnie, podkreślenia wymaga fakt, iż wskazywany „interes publiczny" nie jest interesem zamawiającego i winien zostać odnoszony w kontekście do całych Sił Zbrojnych RP oraz obronności i bezpieczeństwa.

Z uwagi na fakt, iż w Siłach Zbrojnych RP nastąpiły okoliczności, przesłanki skutkujące podjęciem decyzji o wykreśleniu zadań objętych postępowaniem oraz o

przesunięciu środków *finansowych na inne istotne cele, należy uznać,* że *udzielenie przedmiotowego zamówienia nie leży w interesie publicznym.*

Jednocześnie zamawiający wskazuje, iż zadania związane z zakupem przedmiotów umundurowania i wyekwipowania nie będą w 2016 roku realizowane przez Siły Zbrojne. W interesie publicznym istotnym i priorytetowym stało się zabezpieczenie innych zadań na które to zostały przeznaczone i przesunięte środki *finansowe.*

Mając na uwadze, iż zakres zapasów jakimi dysponują Siły Zbrojne RP skutkuje podjęciem decyzji o odstąpieniu od realizacji zadań zakupu przedmiotów umundurowania i wyekwipowania przy jednoczesnym nadaniu priorytetów innym zadaniom.

W dniu 13 czerwca 2016 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołania. Do odpowiedzi załączono:

1) pismo Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych z 9 maja 2016 r. skierowane do Komendanta 2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie, w którym *„w związku z procedowaną korektą Planu zakupu* środków *materiałowych w latach 2016 – 2022 oraz Planu zakupu* środków *materiałowych w ramach zadań zleconych Szefostwa Służby Mundurowej IWsp SZ na rok 2016" poleca unieważnić wszystkie procedury o udzielenie zamówienia na dostawy PUiW. Jednocześnie poleca sporządzić stosowne wnioski korekt do ww. Planów i przesłanie ich do Szefostwa Służby Mundurowej w terminie do 12 maja 2016 r.",*
2) pismo Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych z 12 maja 2016 r. skierowane do Komendanta 2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie, w którym informuje, że (…środki *finansowe na zakup przedmiotów umundurowania i wyekwipowania zostaną wykreślone z „Planu zakupów* środków *materiałowych w ramach zadań zleconych Szefostwa Służby Mundurowej IWsp SZ na 2016 rok" oraz w ramach zadań „Planu zakupu* środków *materiałowych w latach 2016 – 2022" i przeznaczone na inne zadania realizowane przez Siły Zbrojne",*
3) pismo Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych z 8 czerwca 2016 r. skierowane do Zastępcy Dyrektora Departamentu Prawnego MON, w którym w odpowiedzi na pytania o powody unieważnienia przetargów dotyczących dostaw asortymentów mundurowych dla armii informuje, że *decyzja (…) wynikała z prowadzonego w Siłach Zbrojnych audytu określającego faktyczne potrzeby Sił Zbrojnych (…).Skutkowało to określeniem nowych priorytetów oraz wymusiło alokację* środków *finansowych, w tym także zakupów umundurowania na obszary, w których zidentyfikowano znaczące braki. W obszarze umundurowania (…) nastąpiło niemal pełne zabezpieczenie potrzeb wojennych poprzez ulokowanie znaczących nakładów finansowych na te zadania w ostatnich latach. W roku*

2014-2015 za zakupy umundurowania wydatkowano łączna kwotę 600 milionów złotych (…).

4) pismo Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych z 20 maja 2016 r. skierowane do Komendanta 2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie, w którym informuje, że przesyła uaktualnioną korektę nr 1/2016/ - PUiW projektu „Planu zakupu środków materiałowych w ramach zadań zleconych IWsp SZ na rok 2016 r., na której widnieje adnotacja „zatwierdzam" wz. Szefa Inspektoratu Wsparcia SZ z 18 maja 2016 r.,
5) zawiadomienie Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych o zmianach w Planie Finansowym IWsp SZ w zakresie wydatków zawartych w korekcie nr 10 w części dotyczącej Dysponenta III-go stopnia, podpisane przez Głównego Księgowego IWspSZ,
6) zawiadomienie Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych o zmianach w Planie Finansowym IWsp SZ w zakresie wydatków zawartych w korekcie nr 11 z dnia 12.05.20i6r. w części dotyczącej Dysponenta III-go stopnia, podpisane przez Głównego Księgowego IWspSZ,
7) zawiadomienie Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych o zmianach w Planie Finansowym IWsp SZ w zakresie wydatków zawartych w korekcie nr 12 z dnia 20.05.20i6r. w części dotyczącej Dysponenta III-go stopnia, podpisane przez Głównego Księgowego IWspSZ,
8) zawiadomienie z 10 czerwca 2016 r. o zmianach w Planie Finansowym IWsp SZ w zakresie wydatków zawartych w korekcie nr 15 z dnia 10.06.2016r. w części dotyczącej Dysponenta III-go stopnia, podpisane przez Głównego Księgowego IWspSZ,
9) sprawozdanie stenograficzne z 20. Posiedzenia Sejmu RP zawierające odpowiedź podsekretarza stanu MON na zapytanie poselskie.

W trakcie rozprawy zamawiający złożył wykaz umów wieloletnich, z którego wynika że w roku 2016 r. zamawiający może jeszcze realizować opcje zakupu niektórych przedmiotów umundurowania i wyposażenia.

Złożono także pismo Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych skierowane do zamawiającego z 13 czerwca 2016 r., w którym informuje on, że w kwietniu br. podjął prace zmierzające do wprowadzenia na wyposażenie SZ RP nowego wzoru umundurowania i wyekwipowania. Na powyższe miały wpływ zachodzące zmiany sytuacji geopolitycznej, w tym w zakresie bezpieczeństwa, jak również rozpowszechnienie działań hybrydowych w otoczeniu zewnętrznym Polski, które zmusiły kierownictwo MON do podjęcia zdecydowanych działań w celu ograniczenia dostępu do aktualnie użytkowanego umundurowania przez SZ RP. Ponadto wystąpił on do MON o podjęcie inicjatywy ustawodawczej z zakresie zmiany definicji sprzętu wojskowego zawartej w art. 2 pkt 8a ustwy Pzp a także do organizatora systemu funkcjonalnego o zainicjowanie pozyskana podstawowych PUiW godnie z ust. 3 ppkt 1 lit . a decyzji MON nr 92/MON w sprawie szczegółowego trybu postępowania w zakresie kwalifikowania zamówień i oceny występowania interesu bezpieczeństwa państwa.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należało podkreślić, że Izba nie mogła odnieść się do tych przyczyn unieważnienia postępowań, jakie zamawiający wskazywał w odpowiedzi na odwołanie i w pismach złożonych na rozprawie, a które nie zostały zakomunikowane wykonawcom w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowań z 20 i 23 maja 2016 r. W rozstrzygnięciach tych, zamawiający jako powód unieważnienia postępowań podał następujące okoliczności:

a) *zamawiający jako dysponent* środków *budżetowych III stopnia otrzymał zawiadomienie,* że środki *finansowe przeznaczone na zakup przedmiotów umundurowania i wyekwipowania zostaną wykreślone z „Planu zakupów* środków *materiałowych w ramach zadań zleconych Szefostwa Służby Mundurowej IWsp SZ na 2016 rok" oraz w ramach zadań „Planu zakupu* środków *materiałowych w latach 2016 – 2022" i zostaną one przeznaczone na inne zadania realizowane przez Siły Zbrojne RP,*
b) stan zapasów jakimi dysponują Siły Zbrojne RP skutkuje podjęciem decyzji o odstąpieniu od realizacji zadań zakupu przedmiotów umundurowania i wyekwipowania przy jednoczesnym nadaniu priorytetów innym zadaniom.

Tymczasem w odpowiedzi na odwołania i dokumentach złożonych na rozprawie zamawiający przytoczył dalsze przyczyny, dla których postępowania musiały zostać unieważnione. W odpowiedzi, złożonym dokumencie Szefa Inspektoratu Wsparcia SZ RP z

13 czerwca 2016 r., a także w stanowisku zaprezentowanym ustnie do protokołu, zamawiający wskazał m.in., że:
a) decyzja o wykreśleniu środków finansowych z odpowiednich planów została już podjęta,
b) mogą zostać podjęte prace dotyczące zmiany obowiązujących przepisów odnośnie wzoru umundurowania, w związku z tym, że dane dotyczące dotychczasowego wzoru z 2010 r. są powszechnie znane, co może być wykorzystane w razie prowadzenia przeciwko RP działań zbrojnych o charakterze hybrydowym,
c) chęć rozpoczęcia prac nad zmianą ustawy Pzp zmierzających do rozszerzenia definicji sprzętu wojskowego, o której mowa w art. 2 pkt 8a ustawy Pzp, tak aby objąć tą definicją dostawy przedmiotów umundurowania i wyposażenia.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający zawiadamiając wykonawców o czynności unieważnienia postępowania obowiązany jest przekazać wykonawcom uzasadnienie faktyczne i prawne swej czynności. Doręczane wykonawcom uzasadnienie jest o tyle istotne, że umożliwia im podjęcie decyzji co do tego

czy będą korzystać ze środków ochrony prawnej. Ponadto argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu umożliwia wykonawcom sformułowanie odpowiednich zarzutów, które po upływie terminu na wniesienie odwołania nie mogą być modyfikowane, co wynika z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Przypomnienia wymaga także, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu.* Za niedopuszczalne należało uznać rozszerzanie przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i ustnym stanowisku, podstaw unieważnienia postępowań ponad te, które zostały wskazane w rozstrzygnięciach doręczonych wykonawcom. Natomiast w rozstrzygnięciach tych jako powód unieważnienia postępowań podano: zawiadomienie dysponentów wyższego stopnia o tym, że środki finansowe zostaną wykreślone z określonych planów; okoliczność, że środki te zostaną przeznaczone na inne potrzeby Sił Zbrojnych; fakt, że stan zapasów umożliwia takie działanie. Wobec tak uzasadnionej czynności unieważnienia postępowań zostały wniesione odwołania i tylko w takim, zaskarżonym zakresie, mogły być one rozpoznane przez Izbę. Odwołujący, wobec zasady związania swymi zarzutami wynikającej z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie mogą na etapie postępowania odwoławczego skutecznie podnieść nowych zarzutów wobec czynności zamawiającego, zatem umożliwienie zamawiającemu w toku rozprawy rozszerzenia podstaw unieważnienia byłoby sprzeczne z zasadą równouprawnienia stron. Izba podziela w tym zakresie w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(…) *Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to* że *nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W* świetle *związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości* środków *procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną*

decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone

przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (…)".

Wprawdzie przytoczony wyrok dotyczył rozszerzania przez zamawiającego na etapie rozprawy podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, jednakże argumentacja zaprezentowana w orzeczeniu ma charakter uniwersalny i z oczywistych powodów znajdowała zastosowanie również w analizowanych sprawach. Wobec powyższego Izba rozpoznała odwołanie tylko w takim zakresie, jaki wynikał z zarzutów przedstawionych w odwołaniu z pominięciem nowych podstaw unieważnienia postępowań zakomunikowanych wykonawcom dopiero w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie.

Przypomnienia wymaga, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowi, iż *zamawiający unieważnia postępowanie jeśli nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub zawarcie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć*.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że polski ustawodawca zdecydował się na sformułowanie w art. 93 ustawy Pzp zamkniętego katalogu przesłanek, które obligują, względnie umożliwiają zamawiającemu unieważnienie postępowania. Powyższe oznacza, że wolą ustawodawcy było aby – w razie niespełnienia przesłanek z art. 93 ustawy Pzp – postępowanie toczyło się dalej i kończyło wyborem oferty najkorzystniejszej. Zamknięty katalog przesłanek unieważnienia oznacza także, że unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową, zatem przesłanki z art. 93 ustawy Pzp należy interpretować ściśle.

Z przywołanego przepisu wynika, że unieważnienie postępowania na tej podstawie możliwe jest wyłącznie w razie łącznego, kumulatywnego spełnienia się 3 przesłanek:

a) nastąpiła istotna zmiana okoliczności,

b) istotna zmiana okoliczności spowodowała, że prowadzenie postępowania lub zawarcie umowy nie leży w interesie publicznym,

c) istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć.

Jak wskazuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego. Nie może być uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron. Istotna zmiana okoliczności musi wystąpić w dacie podejmowania czynności unieważnienia postępowania, na co wskazuje posłużenie się przez ustawodawcę czasem

przeszłym („nastąpiła"). Nie można zatem powoływać się na okoliczność, która ulegnie zmianie dopiero w przyszłości. Wreszcie to owa zmieniona okoliczność musiała spowodować, że dalsze prowadzenie postępowania lub zawarcie umowy nie leży w interesie publicznym.

Nie ulega również wątpliwości, że ciężar udowodnienia przesłanek unieważnienia postępowania spoczywał w analizowanych sprawach na zamawiającym. Zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z danego faktu wywodzi skutki prawne. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. To zamawiający z faktu wystąpienia przesłanek unieważnienia postępowania wywodził konieczność zakończenia postępowań bez wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem to ta strona zobowiązana była wykazać sporne okoliczności faktyczne.

W analizowanych sprawach zamawiający zobowiązany był zatem do wykazania, że w dacie 20 (23) maja 2016 r. wystąpiła istotna zmiana okoliczności, a także że to ta zmieniona sytuacja spowodowała, że dalsze prowadzenie postępowań nie leży w interesie publicznym. Wreszcie zamawiający zobowiązany był udowodnić, że zmiana ta była nieprzewidywalna w dacie wszczęcia postępowań, co miało miejsce w okresie grudzień 2015 – styczeń 2016 r.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do przywołanej przez zamawiającego w uzasadnieniach okoliczności, zgodnie z którą otrzymał zawiadomienie, że środki finansowane przeznaczone na zakup środków umundurowania i wyekwipowania „zostaną wykreślone" z *Planu zakupów* środków *materiałowych w ramach zadań zleconych Szefostwa Służby Mundurowej IWsp SZ na 2016 rok" oraz w ramach zadań „Planu zakupu* środków *materiałowych w latach 2016 – 2022".* Należało wskazać, że sam zamiar (chęć) wykreślenia

środków finansowych przeznaczonych na zakup przedmiotów wyposażenia dla Sił Zbrojnych nie oznacza jeszcze że jest to stan trwały, a co za tym idzie, że wystąpiła już jakakolwiek zmiana okoliczności. Sam zamiar zmiany przeznaczenia środków, jeżeli nie został przełożony na rzeczywistość, nie może być uznany na stan nieodwracalny, którego nie można przezwyciężyć. Przyznać należało także rację odwołującym, że w uzasadnieniu czynności unieważnień nie zostało wykazane, iż zawiadomienie (lub jakikolwiek inny dokument stanowiący jego podstawę) miał charakter wiążący dla zamawiającego. Wykonawcy nie zostali także poinformowani z jakiej daty pochodziło zawiadomienie, kto jest jego autorem, kiedy otrzymał je zamawiający, co utrudniało formułowanie zarzutów odwołania.

Dopiero w trakcie rozprawy na wniosek zamawiającego Izba przeprowadziła dowód z dokumentu w postaci zawiadomienia z 10 czerwca 2016 r. o zmianach w Planie Finansowym IWsp SZ w zakresie wydatków zawartych w korekcie nr 15 z dnia 10.06.2016r. w części

dotyczącej Dysponenta III-go stopnia (załącznik nr 8 do odpowiedzi na odwołanie). Z dokumentu można było próbować wywodzić, że nastąpiła korekta środków finansowych przeznaczonych na dostawy asortymentów zamawianych w postępowaniach. Jednakże w uzasadnieniu faktycznym, jakie zamawiający przekazał wykonawcom, wskazano jedynie na zamiar dokonania takiego przesunięcia. Wzięto również pod uwagę, że dokument ten opatrzono datą 10 czerwca 2016 r., a zatem nie istniał on w dacie podejmowania zaskarżonych czynności (20 i 23 maja 2016 r.). Jak wyjaśniono wcześniej, zamawiający na etapie postępowania odwoławczego nie może rozszerzać podstawy faktycznej czynności uzasadnienia.

Nie można się także zgodzić z tym, jakoby przywoływana przez zamawiającego okoliczność była niemożliwa do przewidzenia. Zamawiający niemożliwości przewidzenia zmiany okoliczności upatrywał w tym, że jest dysponentem środków budżetowych III stopnia. Uważał, że skoro zamiar przesunięcia środków finansowych został mu zakomunikowany przez dysponenta wyższego stopnia, do czego musiał się zastosować, to z jego punktu widzenia jest to okoliczność niemożliwa do przewidzenia w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do tego rodzaju argumentacji należało w pierwszej kolejności stwierdzić, że decyzja o wszczęciu postępowania i zarezerwowaniu na ten cel określonych środków, a następnie decyzja o przesunięciu tych środków na inne cele wraz z poleceniem unieważnienia postępowań została podjęta przez tego samego decydenta, którym nie jest kierownik zamawiającego. Zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie, że *2 Regionalna Baza Logistyczna jako dysponent III-go stopnia budżetu państwa jest realizatorem zadań objętych Centralnym Planem Rzeczowym (CPR) Resortu Obrony Narodowej (RON). Zadania objęte CPR RON są realizowane przez zamawiającego na korzyść całych Sił Zbrojnych RP.* W toku rozprawy wyjaśnił zaś, że *podlega Szefowi Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych. Jest to organ, o którym mowa w ustawie z 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony RP. Z przepisów tej ustawy wynika, że zadaniem tego organu jest organizowanie i zarządzanie systemem wsparcia logistycznego sił zbrojnych, w tym zabezpieczeniem logistycznym.* Zamawiający wskazał także, że *decyzje tego organu otrzymuje jako polecenia służbowe.* Potwierdzeniem tego były również pisma Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych, załączone przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, w których polecał kierownikowi zamawiającego sporządzanie wniosków odnośnie korekt odpowiednich planów i polecał unieważnienie postępowań (por. dowód nr 1 i 2 załączone do odpowiedzi na odwołanie).

Nie ulegało wątpliwości Izby, że decyzyjność odnośnie wszczęcia i prowadzenia procedur o udzielenie zamówienia w takim układzie funkcjonowała nie na poziomie kierownika zamawiającego (Komendanta 2 Regionalnej Bazy Logistycznej), ale na poziomie

wyższym. W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że zmiana sytuacji polegająca na zamiarze przesunięcia środków finansowych została wytworzona przez jedną ze stron, za którą należy rozumieć szeroko rozumiany Skarb Państwa i nie może być przez tę stronę uznawana za zmianę zewnętrzną. W ocenie Izby, to ta strona najpierw zdecydowała się wszcząć postępowania zapewniając na nie odpowiednie środki finansowe i uznając że

istnieją potrzeby w zakresie dostaw, a następnie ta sama strona zdecydowała o tym, że środki finansowe zostaną przesunięte na zaspokojenie innych potrzeb. Na niemożność uznawania za okoliczność zewnętrzną zamiaru zmiany koncepcji zakomunikowanej zamawiającemu przez przełożonego decydenta zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19 września 2014 r. sygn. akt V Ca 2123/14. Sąd ten wskazał także, że na gruncie prawa cywilnego obowiązuje przepis art. 34 kc, stanowiący iż Skarb Państwa jest w stosunkach cywilnoprawnych podmiotem praw i obowiązków, które dotyczą mienia państwowego nienależącego do innych państwowych osób prawnych, a zatem stanowi podmiot jednolity, reprezentowany przez różne stationes fisci. Stanowisko, że zmiana musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego zostało wyrażone także w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 527/11.

Przechodząc do kolejnych przesłanek wskazanych w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowań Izba stwierdziła, że odwołujący prawidłowo zarzucili, iż zamawiający nie sprecyzował, na jakie inne potrzeby Sił Zbrojnych RP mają zostać przeznaczone środki finansowe, pierwotnie przeznaczone za zakup środków umundurowania i wyposażenia. Podkreślenia wymagał fakt, że zamawiający nawet w ogólności nie wskazał celu, na jaki mają zostać przesunięte zaoszczędzone środki. Ponieważ nie ujawniono jakichkolwiek danych szczegółowych na temat przeznaczenia środków, niemożliwym stało się przeanalizowanie, czy przesunięcie środków na te niesprecyzowane cele rzeczywiście leży w interesie publicznym powodując, że wykonanie przedmiotowych zamówień nie może być dalej uznawane za wpisujące się w ten interes. Ustosunkowując się do zarzutów zamawiający w odpowiedzi na odwołania wyjaśnił jedynie, że Centralny Plan Rzeczowy jest dokumentem niejawnym i przedstawianie jego szczegółów - wskazanie konkretnych zadań, jakie będą realizowane przez Siły Zbrojne, jest w obiegu informacji publicznej prawnie niedozwolone. Odnosząc się do tej argumentacji należało podkreślić, że obecnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp i aktów wykonawczych do niej umożliwiają procedowanie w sprawach, w których przedstawiane są informacje niejawne w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 189 ust. 7 ustawy Pzp *Izba rozpoznaje odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli przy rozpoznaniu odwołania może być ujawniona informacja niejawna w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych.* Nadto procedura przy rozpoznawaniu odwołań doznaje dalszych modyfikacji wynikających z aktów wykonawczych do ustawy Pzp.

Przykładowo zgodnie z przepisem § 2a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 964) *postępowanie z odwołaniem, którego dokumentacja zawiera informacje niejawne w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych, w tym wniesienie odwołania wraz z załącznikami, przystąpienie do postępowania odwoławczego, korespondencja w sprawie odwoławczej, udostępnienie stronom i uczestnikom postępowania akt sprawy odwoławczej oraz ich udział w rozpoznaniu odwołania, przechowywanie akt sprawy odwoławczej, a także przetwarzanie tych informacji odbywa się zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych.* Jak wynika z powyższego wskazywane przez zamawiającego okoliczności nie usprawiedliwiały zaniechania przedstawienia stosownej argumentacji oraz dowodów na jej poparcie. Wobec nieprzedstawienia żadnej argumentacji odnośnie zmiany przeznaczenia środków okoliczność, czy dalsze prowadzenie postępowań nie leży w interesie publicznym nie poddawała się ocenie Izby. Dostrzeżenia wymagało natomiast, że przedmiot zamówienia w unieważnionych postępowaniach obejmował dostawę przedmiotów umundurowania i wyposażenia (mundury, obuwie, śpiwory dla żołnierzy itp.) dla Sił Zbrojnych RP, a więc podstawowych elementów, których zakupy są systematycznie i na bieżąco dokonywane na potrzeby tych Sił. Podkreślić także należy, że przepisy rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 31 października 2014 r. w sprawie umundurowania i wyekwipowania żołnierzy zawodowych i żołnierzy pełniących służbę kandydacką (Dz. U. z 2014 r., poz. 1615), wprowadzają krótki okres używalności umundurowania i wyekwipowania żołnierza oraz przewidują normy należności umundurowania poszczególnych kategorii żołnierzy zawodowych i kandydatów.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał aby stan zapasów był na tyle znaczny, aby dalsze prowadzenie postępowań nie leżało w interesie publicznym. Wzmianka o wystarczającym stanie zapasów została wymieniona w uzasadnieniu czynności

unieważnienia postępowań.

Odnosząc się do tego rodzaju argumentacji Izba stwierdziła, że wzmianka o stanie zapasów miała charakter nazbyt ogólny. Zamawiający nie poparł swych twierdzeń jakimkolwiek dowodem, który obrazowałby wielkość tych stanów magazynowych. Wzięto pod uwagę, że wielkość stanów magazynowych (a także możliwość uruchomienia do sierpnia 2016 r. opcji zakupu niektórych partii asortymentu na podstawie umów z lat ubiegłych, co wynikało ze złożonego wykazu) nie może być uznana na okoliczność zewnętrzną i nieprzewidywalną dla zamawiającego. Zasady racjonalnego gospodarowania przemawiają za tym, aby w momencie wszczynania postępowania zostały zidentyfikowane potrzeby, jakie mają być zaspokojone w wyniku realizacji zamówienia. Wielkość potrzeb zaś wyznacza także stan zapasów czy możliwość uruchomienia opcji na podstawie dotychczasowych

umów. Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym to nie on określa swe potrzeby, a jedynie realizuje postępowania w interesie całych Sił Zbrojnych na polecenie swych przełożonych. Z przyczyn, o których wspomniano wyżej, przesłanka nieprzewidywalności powinna być spełniona na poziomie podmiotu podejmującego decyzję o wszczęciu postępowania. W tym kontekście dodać należy także, że obowiązuje zasada ciągłości działania organów Państwa. Nie można zatem powoływać się wyłącznie na zmiany w wyniku przeprowadzonych wyborów parlamentarnych, tym bardziej, że wszystkie unieważnione postępowania zostały wszczęte w grudniu 2015 r. bądź styczniu 2016 r., a więc odpowiednio miesiąc lub dwa miesiące po ukonstytuowaniu się nowej Rady Ministrów. Stanowisko zamawiającego co do znacznych stanów zapasów pozostawało także w sprzeczności ze stanowiskiem prezentowanym przez samego zamawiającego kilka miesięcy wcześniej. 22 stycznia 2016 roku Szef Sekcji Mundurowej zamawiającego w piśmie nr 74/4/15 wskazywał, że nie jest możliwym przedłużenie terminu składania ofert do dnia 30 marca 2016 roku z uwagi na fakt, że po stronie Sił Zbrojnych istnieją pilne potrzeby zaopatrzeniowe przedmiotów umundurowania. Nie bez znaczenia był również fakt, że zamawiający w SIWZ przewidział jako jedno z kryteriów oceny ofert – termin realizacji zamówienia. Nie zostało także wykazane aby np. nastąpiła rotacja zapasów wojennych przedmiotów zaopatrzenia mundurowego na użytek bieżący. Zamawiający nie udowodnił również aby np. pozyskał przedmiot zamówienia w inny sposób.

Izba nie mogła natomiast odnieść się do dalszych przyczyn unieważnienia postępowań, które zamawiający przywołał dopiero na rozprawie. Zamawiający, powołując się na złożone na rozprawie pismo Szefa Inspektoratu Wsparcia SZ z 13 czerwca 2016 r. zdawał się wskazywać, że powodem unieważnienia była także chęć podjęcia analiz i prac, które mogą zakończyć się wprowadzeniem nowego wzoru umundurowania. Z pisma tego wynikało, że – w ocenie osób je sporządzających - dotychczasowy wzór może być znany podmiotom nieuprawnionym, co może mieć znaczenie w razie działań wojennych o charakterze hybrydowym skierowanym przeciwko RP. Izba stwierdziła, że argumentacja ta nie została zakomunikowana wykonawcom w uzasadnieniu skarżonych czynności, zatem nie mogli w tym zakresie sformułować zarzutów i wnieść skutecznego odwołania. Na marginesie jedynie można było stwierdzić, że okoliczności, o których mowa w tym piśmie, zdawały się świadczyć o zamiarze podjęcia prac analitycznych, które być może zakończą się zmianą przepisów regulujących wzór umundurowania. Z pisma tego nie wynikało w sposób jednoznaczny i klarowny, że uprawnione organy podjęły stanowczą decyzję co do zmiany wzoru umundurowania, której skutkiem miałaby być zmiana dotychczasowych przepisów regulujących te wzory.

Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że nie zostały spełnione przesłanki obligujące zamawiającego do unieważnienia postępowań wynikające z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie.

Za chybione Izba uznała zarzuty niektórych odwołujących, jakoby rzeczywistym powodem unieważnienia postępowań miała być chęć zlecenia przez zamawiającego

realizacji zamówień podmiotowi powstałemu z połączenia dwóch przedsiębiorstw, których właścicielem jest Skarb Państwa zajmujących się szyciem m.in. konfekcji wojskowej, tj. Coratex S.A. z Wojskowym Przedsiębiorstwem Handlowym. Dowody w postaci wydruków artykułów prasowych, Izba uznała za mało wiarygodne, mające charakter hipotez i spekulacji, względnie odnoszące się do przyszłości.

Za nieudowodnione uznano zarzuty niektórych odwołujących, zgodnie z którymi zamawiający miał prowadzić postępowania w sposób opieszały. Dostrzeżenia wymaga ponadto, że obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują maksymalnego czasu, w jakim ma nastąpić badanie i ocena ofert.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem powołanym przez niektórych odwołujących, *zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.* Udzielenie zamówienia publicznego następuje w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Odwołujący nie wykazali, aby zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia. Zatem zarzut należało uznać za chybiony.

Izba nie mogła rozpoznać zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy o finansach publicznych i ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Uszło uwadze odwołującego M.K., że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp Izba ocenia zgodność czynności i zaniechań zamawiającego z przepisami ustawy. Przy czym za ustawę w rozumieniu powołanego przepisu rozumie się ustawę Pzp i aktów wykonawczych do tej ustawy. Natomiast przepisy innych ustaw mogą stać się wzorcem kontroli wyłącznie wtedy, gdy ustawa Pzp do tych przepisów odsyła (np. w art. 89 ust. 1 pkt 3 czy art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp).

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia,* co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie niezgodnych z prawem czynności unieważnienia postępowań we wskazanych w sentencji częściach.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje *w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień*

publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI. Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowań odwoławczych ponosił w całości zamawiający, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowań.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowań orzeczono stosownie do wyników postępowań - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 6 w zw. z § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

35

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocników odwołujących, z ograniczeniem do maksymalnie dopuszczonej wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 6 w zw. § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Skład orzekający:

36