

POSTANOWIENIE
z dnia 4 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 4 maja 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 28 kwietnia 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze

wniesionego przez: **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa,**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa 5 sztuk pojazdów typu armatka wodna”.

postanawia:

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

U z a s a d n i e

Zamawiający - Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa 5 sztuk pojazdów typu armatka wodna”, nr referencyjny: 9/Ctr/20/TJ/PMP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 lutego 2020 r., nr 2020/S 024-052911.

W dniu 27 marca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę uczestniczącego w ww. postępowaniu, który zarzucił zamawiającemu niezasadne wykluczenie go z postępowania i niezasadne odrzucenie jego oferty.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2020 r. zamawiający wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego

postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. W uzasadnieniu zamawiający wskazał w szczególności:

„W obecnie panującej sytuacji, nie ma możliwości rozpatrzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą przedmiotowego odwołania w najbliższym czasie. Tym samym, jedynie uchylenie zakazu zawarcia umowy umożliwi realizację ważnego dla bezpieczeństwa publicznego zakupu pojazdów typu armatka wodna.

Wymagany termin realizacji zamówienia upływa dnia 4 grudnia 2020 r. i jednocześnie z końcem roku 2020 r. Zamawiający utraci środki na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. (...)

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie specjalistycznego pojazdu, który umożliwiłby pełną realizację zadań służbowych stawianych przed Oddziałami Prewencji Policji przy realizacji zadań i przedsięwzięć na rzecz ochrony porządku publicznego. Istotnym jest to, że pojazd ten stosowany w ramach działań z pododdziałem zwartym występuje w 1-szej linii działań, często bezpośrednio na styku z agresywnym tłumem. To wymaga spełnienia w jego budowie skomplikowanego procesu tworzenia, niestandardowości przy tworzeniu rozwiązań technicznych tylko na potrzeby tego jednego projektu.

Istotnym elementem wpływającym na określony termin dostawy jest długotrwały proces produkcji niestandardowego specjalistycznego sprzętu dla Policji oraz związane z tym przepisy dotyczące systemu oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa Państwa. Jak najszybsze rozpoczęcie realizowania tego przedmiotu zamówienia publicznego z powodu niespotykanej specyfiki pojazdu specjalnego typu armatka wodna łączącego w sobie wiele współpracujących ze sobą technicznych i technologicznych rozwiązań zapewniających bezpieczeństwo pozwoli na możliwość wprowadzenia do służby najnowocześniejszego sprzętu, który umożliwi wykonywanie zadań służbowych stawianych przed Oddziałami i Samodzielnymi Pododdziałami Prewencji Policji przy realizacji wszystkich zadań i przedsięwzięć na rzecz ochrony porządku publicznego. (...)

Upływający czas na zrealizowanie powyższego zamówienia oraz niestandardowe i skomplikowane rozwiązania techniczne i technologiczne wymagają niezwłocznego przystąpienia do produkcji i realizacji przedmiotowego pojazdu specjalistycznego typu armatka wodna wymagającego od wszystkich szczególnego zaangażowania sił i środków w celu jego realizacji.

Należy jednocześnie podkreślić, iż przedmiotowe zamówienie jest finansowane na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o ustanowieniu „Programu modernizacji Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Biura Ochrony Rządu w latach 2017—2020” (Dz. U. 2016 poz. 2140). W ramach przedmiotowej ustawy Policja otrzymała

specjalne, dodatkowe środki na rozwój oraz unowocześnienie wyposażenia i infrastruktury. Wdrożenie Programu ma na celu poprawę skuteczności i sprawności działania Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej, Biura Ochrony Rządu oraz stworzenie warunków sprzyjających realizacji ustawowych zadań. Program ten nie jest programem wieloletnim w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1870, 1948 i 1984). (...)

Należy nadmienić, że zakup przedmiotowych pojazdów jest niezbędny celem zabezpieczenia potrzeb Oddziałów Prewencji Policji. Zgodnie z obowiązującymi przepisami norma wyposażenia dla tych pojazdów wynosi 55 szt. Obecnie w jednostkach Policji użytkowanych jest 44 szt. pojazdów typu armatka wodna, z czego 25 szt. to pojazdy w złym stanie technicznym, wymagające wymiany całej zabudowy specjalistycznej związanej z dystrybucją wody, awariami silnika. Biorąc powyższe pod uwagę zabezpieczenie norm kształtuje się na poziomie 34,5%. (...)

Należy podkreślić, że utrata środków, w przypadku braku realizacji zamówienia w wyznaczonym terminie, nie jest hipotetyczna. Pula środków oraz sposób rozliczenia środków niewykorzystanych wynikają wprost z przytoczonej wyżej ustawy. Spowodować to może nie tylko utratę przez polską Policję tego celowego finansowania, ale również odbierze szansę na rozwój tej formacji oraz w dalece idący sposób utrudni zapewnienie właściwego poziomu bezpieczeństwa wewnętrznego państwa, gdyż zakup pojazdów typu armatka wodna ma istotne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia ładu i porządku publicznego na terenie kraju podczas zabezpieczania szeregu imprez masowych, także o charakterze międzynarodowym (mecze, marsze, demonstracje, itp.). Prawidłowe i sprawne działanie Policji, jak i innych służb mundurowych, nierozzerwalnie wiąże się z interesem publicznym.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 183 ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uchylenie zakazu zawarcia umowy jest instytucją, która może być stosowana jedynie wyjątkowo, jest bowiem odstępstwem od zasady, zgodnie z którą do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę umowa nie może być zawarta. Zasada ta stanowi dla wykonawców gwarancję umożliwiającą skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Z tego względu przesłanki uchylenia

zakazu zawarcia umowy określone w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp są restrykcyjne i nie mogą podlegać rozszerzającej interpretacji. Zamawiający, składając wniosek o uchylenie tego zakazu, powinien więc szczegółowo uzasadnić i wykazać, że efektem niezawarcia umowy może być negatywny skutek dla interesu publicznego, na tyle duży, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań zamawiającego.

Odnosząc się do argumentów zamawiającego, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że w dniu złożenia przez zamawiającego niniejszego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Rada Ministrów przyjęła projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2. Jedną ze zmienianych ustaw była ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. poz. 374, 567, 568 i 695), w zakresie której przyjęto uchylenie art. 15zsz, który przewidywał m.in. zawieszenie biegu terminów procesowych i sądowych. Zgodnie z komunikatem Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczonym na jego stronie internetowej, powyższe stanowi podstawę do wznowienia działalności Krajowej Izby Odwoławczej w dotychczasowym trybie. Tym samym zachodzą podstawy do przyjęcia, że odwołanie wniesione w niniejszym postępowaniu zostanie rozpatrzone w terminie pozwalającym na realizację zamówienia.

Ponadto należy stwierdzić, że przedmiot niniejszego zamówienia niewątpliwie służy do zapewnienia bezpieczeństwa, o którym mowa w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym mieści się w pojęciu interesu publicznego. Niemniej jednak sama ta okoliczność nie jest wystarczająca do uchylenia zakazu zawarcia umowy. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że większość zamówień udzielanych przez Policję wykorzystywana jest do zapewnienia bezpieczeństwa, gdyż taka jest rola tej instytucji w państwie. Nie może to jednak prowadzić do uchylania zakazu zawarcia umowy w odpowiedzi na każdy wniosek składany przez Policję i skutkować automatyzmem w stosowaniu art. 183 ust. 2 ustawy Pzp zawsze wtedy, gdy podmiotem zamawiającym jest instytucja działająca w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Ustawodawca w ww. przepisie przewidział także inne przesłanki, które muszą być spełnione łącznie, aby możliwe było uchylenie zakazu zawarcia umowy, w tym m.in. negatywny skutek dla ww. interesu publicznego oraz przewaga tego negatywnego skutku nad innymi korzyściami, które mogą doznać uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego.

Odnosząc się zatem do kwestii tego, czy brak uchylecia zakazu zawarcia umowy spowoduje w niniejszej sprawie negatywny skutek dla interesu publicznego, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający w uzasadnieniu wniosku wskazał na to, że przedłużające się postępowanie odwoławcze uniemożliwi wykonanie zamówienia w terminie do 4 grudnia 2020 r., co z kolei spowoduje utratę przez zamawiającego środków na jego realizację w kolejnym roku. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że argumentacja zamawiającego sprowadza się m.in. do stwierdzeń, że zamówienie ma „niestandardowe i skomplikowane rozwiązania techniczne i technologiczne” i że konieczny jest „długotrwały proces produkcji niestandardowego specjalistycznego sprzętu dla Policji oraz związane z tym przepisy dotyczące systemu oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa Państwa”. Nie kwestionując powyższych stwierdzeń, Izba podkreśla jednak, że nie zostały one w żaden sposób przez zamawiającego udowodnione. Zamawiający nie wymienił w szczególności koniecznych etapów realizacji zamówienia, nie wskazał, jak długo i dlaczego każdy z nich musi trwać przez określony czas, jakie konkretnie niestandardowe i skomplikowane rozwiązania będą stosowane i jak wpływają one na czas realizacji zamówienia, z czego wynika, że są one niestandardowe i skomplikowane, z jakich ew. obowiązujących przepisów wynika, że określone czynności, które będzie musiał podjąć wykonawca zabiorą mu co najmniej określoną ilość czasu. Zamawiający ograniczył się więc do wskazania, że brak rozpatrzenia odwołania w najbliższym czasie uniemożliwi terminowe wykonanie zamówienia, ale nie poparł swojego oświadczenia w tym zakresie ani konkretnym wyliczeniem czasochłonności realizacji zamówienia, ani tym bardziej żadnymi dowodami. Należy przy tym podkreślić, że wyjątkowość instytucji, jaką jest uchylecie zakazu zawarcia umowy, wymaga, aby zamawiający wykazał fakty, na których opiera swoją argumentację, a nie tylko w sposób gołosłowny je przytoczył. W niniejszej sprawie zamawiający nie wykazał, że późniejsze rozpatrzenie odwołania przez Izbę faktycznie zagrozi terminowej realizacji zamówienia i możliwości jego późniejszego udzielenia, dlatego też argument ten nie może być uznany za zasadny.

Po drugie, należy zauważyć, że w piśmie z dnia 18 marca 2020 r., w którym zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, w uzasadnieniu wskazano m.in., że:

- a) „Specyfikacja techniczna w nowym postępowaniu nr 9/Ctr/20/TJ/PMP jest tożsama ze specyfikacją techniczną z wcześniejszego postępowania nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP na dostawę 8 szt. pojazdów typu armatka wodna i jedynie uległa zmianie liczba pojazdów wynikająca ze skróconego okresu przeznaczonego na zrealizowanie zadania w ramach Programu Modernizacji Policji (PMP) 2017-2020, co wymusza zrealizowanie powyższego zadania do końca 2020 r. Zamawiający wskazuje, że przedmiot postępowania

nr 9/Ctr/20/TJ/PMP jest identyczny, jak w poprzednim postępowaniu na zakup pojazdów typu armatka wodna (...)",

- b) „Umowa Nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP została z Wykonawcą zawarta w dniu 17 lipca 2019 r. Pierwotny termin realizacji przedmiotu zamówienia z SIWZ i ogłoszenia oraz wyszczególniony w podpisanej umowie to:
- dostawa/odbiór 3 sztuk pojazdów — do dnia 9 grudnia 2019 roku,
 - dostawa/odbiór 5 sztuk pojazdów— do dnia 16 grudnia 2020 roku,
 - dostawa/odbiór 2 sztuk pojazdów — do dnia 17 grudnia 2020 roku — pojazdów zamówionych w przypadku skorzystania z prawa opcji.”

Z powyższego wynika, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu na dostawę armatek wodnych o tożsamy parametrach technicznych, umowa została zawarta w dniu 17 lipca 2019 r. z terminem realizacji do 9 grudnia 2019 r. (pierwsze 3 sztuki). Umowa została rozwiązana z powodu tego, że – zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego – przedstawiony przez wykonawcę do oceny pojazd w zakresie pięciu parametrów nie był zgodny z wymaganiami specyfikacji technicznej i w terminie określonym w siwz nie został dostarczony pojazd zgodny z tymi wymaganiami.

Z powyższego wynika, że termin realizacji poprzedniego zamówienia dotyczącego trzech takich samych armatek był bardzo podobny do terminu obowiązującego w obecnie prowadzonym postępowaniu (również grudzień tego samego roku, w którym postępowanie zostało wszczęte), zaś umowa została zawarta dopiero w lipcu 2019 r. Wprawdzie umowa ta została rozwiązana, ale faktycznym powodem jej rozwiązania były stwierdzone przez zamawiającego wady techniczne pojazdu (i w konsekwencji brak dostarczenia niewadliwego pojazdu w terminie), nie zaś wyłącznie niedotrzymanie przez wykonawcę terminu realizacji. Oznacza to, że w poprzednim postępowaniu zawarcie umowy w lipcu samo w sobie nie stanowiło przeszkody w wykonaniu zamówienia do grudnia. Tym samym nie ma powodu, by uznać, że w obecnie prowadzonym postępowaniu zawarcie umowy najprawdopodobniej przed lipcem, uniemożliwi wykonanie zamówienia do grudnia. W świetle powyższego nie można uznać, że na obecnym etapie brak uchylenia zakazu zawarcia umowy, spowoduje rzeczywiście brak możliwości realizacji zamówienia w terminie (i związaną z tym utratę środków), a w konsekwencji – negatywny skutek dla interesu publicznego. Wobec powyższego argument ten nie może być uznany za zasadny.

Wobec niezasadności argumentacji zamawiającego w zakresie braku możliwości rozpatrzenia przez Izbę w najbliższym czasie odwołania oraz w zakresie istnienia w tej sprawie negatywnego skutku dla interesu publicznego, w ocenie Izby nie ma podstaw do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Dodatkowo należy zauważyć, że we wniosku zamawiający w ogóle też nie uzasadnił, na czym polega przewaga negatywnego skutku dla interesu publicznego (niezależnie od tego, że nie został on wykazany) nad innymi korzyściami, które mogą doznać uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Sam fakt, że mamy w tej sprawie do czynienia z interesem publicznym (jak zresztą w niemal wszystkich zamówieniach publicznych) nie jest automatycznie uzasadnieniem dla stwierdzenia takiej przewagi. Powyższe dodatkowo czyni argumentację zawartą we wniosku niewystarczającą do uchylecia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. drugie ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: