

POSTANOWIENIE
z dnia 19 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Paweł Trojan

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 19 grudnia 2017 r. w Warszawie wniosku z dnia 15 grudnia 2017 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Zabudowa systemu ERTS/ECTS poziom 2 na linii E20 odcinek Katowice – Terespol (z wyłączeniem węzła warszawskiego)"

postanawia:
**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku
lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.**

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

W dniu 15 grudnia 2017 r. zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. siedzibą w Warszawie – wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zainicjowanego odwołaniem wniesionym w dniu 14 grudnia 2017 r. przez AZD Praha s.r.o. z siedzibą w Pradze. Postępowanie odwoławcze dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na "Zabudowę systemu ERTS/ECTS poziom 2 na linii E20 odcinek Katowice – Terespol (z wyłączeniem węzła warszawskiego)", o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016 /S251-463268.

W pierwszej części uzasadnienia wniosku zamawiający odniósł się do obecnego stanu faktycznego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowań odwoławczych, które miały miejsce w jego trakcie – w grudniu br. wykonawca AZD Praha s.r.o. z siedzibą w Pradze wniósł dwa odwołania, których nie opłacił w związku z czym zostały mu zwrócone - poddając własnej ocenie działanie wykonawcy AZD Praha s.r.o. i zasadność obecnie wniesionego odwołania.

Następnie zamawiający podkreślił, że linia E20 na odcinku której mają zostać zbudowane urządzenia systemu ERTS/ECTS stanowi *„jedną z najbardziej strategicznych linii kolejowych z punktu widzenia bezpieczeństwa i obronności państwa – szczegółowe informacje w tym zakresie stanowią informacje niejawne w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2016 r. poz.1167), a wobec braku zwolnienia z obowiązku zachowania ich w tajemnicy, nie mogą one zostać ujawnione w przedmiotowym piśmie.”*

Zamawiający wskazał również, że linia E20 jest linią międzynarodową, którą obejmie wdrożenie systemów ETCS i GSM-R, umożliwiających swobodne poruszanie się pociągów w sieciach kolejowych bez konieczności zatrzymywania się na granicach oraz wymiany lokomotyw i maszynistów, co poprzedzone być powinno kompleksową modernizacją. Ponadto, zamawiający zaznaczył, że wymiana urządzeń sterowania ruchem kolejowym jest również istotna ze względów bezpieczeństwa ruchu kolejowego, po czym opisano „przestarzałe typy urządzeń” i potrzebę ujednoczenia systemów, ze wskazaniem problemów eksploatacyjnych jakie obecna sytuacja powoduje, akcentując, iż opóźnienia i odwoływanie pociągów ma fundamentalne znaczenie dla bezpieczeństwa prowadzenia ruchu kolejowego na poziomie krajowym, jak i międzynarodowym.

W dalszej kolejności uzasadnienia zamawiający podniósł, że przedmiotowe zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej, zgodnie z umową o dofinansowanie zawartą w ramach programu Connecting Europe Facility pomiędzy zamawiającym a Agencją Wykonawczą ds. Innowacyjności Sieci, a *„w myśl pkt 5.4 zbioru zasad regulujących kwalifikowalność projektów (...) „Koszty mogą zostać uznane za kwalifikowane, jeżeli zostały faktycznie poniesione w czasie trwania działania lub programu prac (...) Okres realizacji projektu jest określony w Umowie o udzielenie dotacji zawieranej między Beneficjentem i INEA (GA). Koszty poniesione poza tym okresem są kosztami niekwalifikowanymi (...) W odniesieniu do konkursu 2014 r. ani program prac (...) ani także dokumenty konkursowe nie określiły daty końcowej kwalifikowalności wydatków na 31 grudnia 2020 r.”* Następnie zacytowano fragment art. 12 Rozporządzenia 1316/2013 i wskazano na występujące tam pojęcie „opóźnienia”, nie zaś „zwłoki” w stosunku co do odebrania lub wstrzymania pomocy finansowej, konkludując iż obecne 1,5 miesięczne opóźnienie w realizacji procedury przetargowej dotyczącej wyboru wykonawcy

w przedmiotowym postępowaniu dotyczy opóźnienia w realizacji robót obejmujących zbudowanie systemu ERTS/ECTS, co może skutkować utratą lub ograniczeniem dofinansowania i koniecznością zaangażowania środków własnych zamawiającego, co naraża go na straty i przekłada się na straty podatników.

Zamawiający wskazał również, że kwestie związane z przedłużeniem zawarcia umowy bezpośrednio dotyczą interesu publicznego. Podkreślono, że działalność zamawiającego ściśle wiąże się z interesem publicznym i pełni on funkcję publiczną poprzez zarządzenie polską infrastrukturą kolejową, co umożliwi korzystanie z tejże infrastruktury przewoźnikom państwowym, którzy świadczą na rzecz użytkowników końcowych (pasażerów) usługę transportu kolejowego, zaś przedsięwzięcie na odcinku Kunowice – Terespol przebiega przez obszar aż pięciu województw.

W konkluzji zamawiający uznał, że brak możliwości zawarcia umowy nie tylko spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności dla zapewnienia bezpieczeństwa ruchu na linii E20, która jest linią o znaczeniu międzynarodowym, a także istotną z punktu widzenia obronności państwa, ale może prowadzić do utraty przyznanego zamawiającemu dofinansowania (przy wartości oferty najkorzystniejszej 850 053 000,00 zł brutto) „i konieczności zaangażowania środków własnych zamawiającego, obciążając tym samym również polskich podatników, a przede wszystkim jest działaniem nieuprawnionym, niemającym na celu uzyskania ochrony prawnej, lecz służącym bezpodstawnemu przedłużaniu Postępowania, w konsekwencji zaś działaniem nieuprawnionym”.

Do wniosku nie dołączono żadnych dowodów, a w szczególności nie dołączono utajnionego uzasadnienia w zakresie powoływanych okoliczności niejawnych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”: *„W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze”,* zaś art. 183 ust. 2 p.z.p. stanowi, iż *„Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. 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”.*

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się nie wcześniej niż po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, wobec czego zamawiający powinien wykazać, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania.

Uzasadniając swój wniosek zamawiający poświęcił wiele uwagi opisując zasadność udzielenia zamówienia publicznego, potrzebę modernizacji znaczącej linii E20, a także możliwość poniesienia uszczerbku w postaci utraty lub ograniczenia niesprecyzowanego dofinansowania unijnego, jednak uszło jego uwadze, że argumentacja ta nie dotyczy interesu publicznego, ale interesu węższego – interesu zamawiającego, czego na kanwie art. 183 ust. 3 p.z.p. utożsamiać nie należy.

Ponadto, w odniesieniu do argumentu dotyczącego statusu podmiotowego zamawiającego, Izba wskazuje, że nie jest argumentem przemawiającym *per se* za koniecznością uchylenia zakazu zawarcia umowy okoliczność, iż zamawiający zobowiązany jest do wykonywania obowiązków związanych z zarządzaniem i modernizacją infrastruktury z której korzystają przewoźnicy państwowi, a tym samym pasażerowie. Jednostki zamawiające stanowią bowiem szczególną grupę podmiotów, z których każdy wykonuje swoje zadania w ramach aparatu państwa *sensu largo*, niejednokrotnie mające na celu zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym.

Następnie wskazać należy, że powody dla których zamawiający oczekuje zezwolenia mu na zawarcie umowy w trybie ekstraordynaryjnym nie wpisują się, w ocenie Izby, w przesłankę interesu publicznego. W istocie zamawiający utożsamia niezasadnie interes publiczny ze swoim własnym interesem, rozumianym jako możliwość przystąpienia do realizacji zobowiązań dotyczących konkretnie zamawiającego. Zamawiający łączy powyższe z szeroko pojętym interesem publicznym jedynie w jego potocznym rozumieniu – to jest z ogólną dyrektywą racjonalnego działania aparatu państwa *sensu largo*, który ma realizować potrzeby ogółu obywateli. W sensie prawnym, interes publiczny należy rozumieć jednak jako konkretne dobro, a przez pryzmat art. 183 ust. 2 p.z.p., które brak możliwości zawarcia umowy może narazić na tego rodzaju uszczerbek, który wymaga zważenia czy nie jest uzasadnione postawienie tego interesu, w konkretnej sytuacji, nad interesem podmiotów prywatnych, których uchylenie zakazu zawarcia umowy mogłoby narazić na wymierne szkody finansowe.

Zamawiający nie tylko nie wykazał, ale nawet nie wskazał na takie, konkretnie i w odniesieniu do sytuacji w sprawie, ryzyko naruszenia interesu publicznego w rozumieniu

art. 183 ust. 2 p.z.p., ani nawet nie wskazał w czym interes publiczny w tej sytuacji miałby się wyrazić – na jaki uszczerbek interes publiczny miałby zostać narażony.

Na względy obronności zamawiający wskazał jednokrotnie, argumentując, że uzasadnienie w tym zakresie nie może zostać Izbie przekazane, pomimo faktu, iż możliwe było utajnienie części uzasadnienia oraz ewentualnych dowodów i zapoznanie się z nimi przez skład Izby, w trybie ustanowionym przez przepisy ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1167, 1948, z 2017 r. poz. 935).

W ocenie Izby zatem ogólne stwierdzenia dotyczące niesprecyzowanego aspektu interesu publicznego podnoszone przez zamawiającego pozostały gołosłowne, a jako takie uniemożliwiły pozytywnego rozpatrzenia wniosku zamawiającego w niniejszej sprawie.

Wobec powyższego zamawiający nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił, że ziszczy się przesłanki, o których mowa w art. 183 ust. 2 p.z.p.

Dodać również należy, że na etapie rozpatrywania wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu, Izba nie bada ani skuteczności wniesienia odwołania, ani nie analizuje jego zasadności. Nie rozpatruje też zawartych w nim zarzutów, a jedynie ocenia wagę interesu publicznego, który miałby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wykonawcy składającego środki ochrony prawnej). Zatem, na ocenę w przedmiocie zasadności wniosku złożonego przez zamawiającego, nie mogą mieć jakiegokolwiek wpływu twierdzenia zamawiającego o bezzasadności zarzutów odwołania.

Stosownie do art. 183 ust. 4 p.z.p. na niniejsze postanowienie skarga nie przysługuje.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....