

Sygn. akt KIO/W 6/19

POSTANOWIENIE
z dnia 25 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Dagmara Gałczewska-Romek
Emilia Garbala

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 25 lutego 2019 r. w Warszawie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego w dniu 20 lutego 2019 r. przez zamawiającego - Komendę Główną Policji w Warszawie - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 9 sztuk urządzeń rentgenowskich służących do detekcji podejrzanych, potencjalnie niebezpiecznych przedmiotów

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

Zamawiający - Komenda Główna Policji w Warszawie - złożył w trybie art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa lub Pzp”, wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 9 sztuk urządzeń rentgenowskich służących do detekcji podejrzanych, potencjalnie niebezpiecznych przedmiotów. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 grudnia 2019 r. pod numerem 2018/S 238-543283.

Wniosek został złożony w związku z wniesieniem 18 lutego 2019 r. odwołania przez wykonawcę Transactor Security Sp. z o.o.

W uzasadnieniu wniosku zamawiający wskazał, że zgodnie z zarządzeniem nr 36 Komendanta Głównego Policji z 14 listopada 2017 r. w sprawie zadań realizowanych przez Policję w sytuacjach kryzysowych, policja jako jednostka wiodąca, odpowiedzialna jest za neutralizację, likwidację i transport materiałów i urządzeń wybuchowych, w tym z zastosowaniem środków chemicznych, biologicznych, radiologicznych, nuklearnych oraz szczególnie niebezpiecznych.

Wyjaśnił, że przenośne urządzenia RTG wykorzystywane są podczas interwencji minersko-pirotechnicznych, związanych z neutralizacją urządzeń wybuchowych, gdzie bardzo istotną kwestią jest nieprzemieszczanie podejrzanego przedmiotu ze względu na możliwość jego detonacji. W chwili obecnej tylko trzy Zespoły Minersko-Pirotechniczne spośród czternastu zajmujących się neutralizacją materiałów i urządzeń wybuchowych posiadają nowoczesny sprzęt RTG, co powoduje, że funkcjonariusze nie mają możliwości pracy na podstawowym sprzęcie. Sytuacje zaistniałe w latach ubiegłych, w tym m.in. zdarzenie dotyczące podłożenia ładunków wybuchowych na terenie miasta Warszawy, co w konsekwencji doprowadziło do ranienia trzech osób, w tym dwóch ciężko, spowodowały podjęcie decyzji o sukcesywnym doposażaniu służb policji w asortyment, będący przedmiotem prowadzonego postępowania, który zapewnia wzrost poczucia bezpieczeństwa oraz ochronę zdrowia i życia.

Zamawiający podniósł, że brak wystarczającego wyposażenia w zamawiany sprzęt może skutkować poważnym ograniczeniem możliwości zapewnienia bezpieczeństwa podczas imprez międzynarodowych na wysokim szczeblu, imprez masowych i innych przedsięwzięć na terenie całego kraju.

Wyjaśnił, że pilna potrzeba wzmocnienia systemu bezpośredniego reagowania na zagrożenia terrorystyczne, przez doposażenie policji w urządzenia RTG i roboty pirotechniczne, została ujęta również w rekomendacjach sprawozdania z prac zespołu zadaniowego ds. dokonania analizy zagrożeń związanych z wykorzystaniem prekursorów materiałów wybuchowych oraz opracowania procedury neutralizacji bądź składowania urządzeń wybuchowych, do których konstrukcji zostały wykorzystane materiały CBRN. Brak dostawy urządzeń RTG w ramach przedmiotowego postępowania będzie miał więc negatywny skutek dla interesu publicznego w dziedzinie bezpieczeństwa państwa.

Zamawiający zwrócił uwagę, że obaj wykonawcy, którzy złożyli oferty, zadeklarowali termin wykonania zamówienia do 1 marca 2019 r. W chwili obecnej, po zawarciu umowy, wybrany wykonawca będzie w stanie terminowo wypełnić swoje zobowiązanie. W przypadku, kiedy ostateczne rozstrzygnięcie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą nastąpi tuż przed lub po terminie realizacji umowy (a tak najprawdopodobniej się stanie), niemożliwe będzie zawarcie ważnej umowy, z uwagi na świadczenie niemożliwe po stronie wykonawcy. Taka sytuacja będzie miała miejsce również wtedy, kiedy KIO oddali odwołanie. W przypadku

uwzględnienia odwołania i konieczności dokonania przez zamawiającego ponownej czynności badania i oceny ofert, również z odwołującym nie będzie można zawrzeć ważnej umowy, a tym samym konieczne będzie unieważnienie postępowania. Zamawiający wskazuje tu na fakt, że termin realizacji zamówienia stanowił kryterium oceny ofert, w związku z czym jego zmiana byłaby zmianą istotną, mogącą mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający podniósł ponadto, że środki finansowe na zabezpieczenie prowadzonego postępowania zostały uwzględnione w Rozporządzeniu Rady Ministrów z 14 grudnia 2018 r. - w sprawie wydatków budżetu państwa, które w roku 2018 nie wygasają z upływem roku budżetowego. Termin wydatkowania tych środków upływa z dniem 31 marca 2019 r. Brak jest również przedmiotowego zakupu w planie finansowym na rok 2019 r. Tym samym brak możliwości zawarcia umowy będzie skutkował brakiem wyposażenia jednostek Policji w urządzenia RTG. Wskazane źródło finansowania powoduje również, że w przypadku uwzględnienia wniesionego odwołania, niemożliwe będzie zawarcie umowy z odwołującym, nawet jeżeli przyjąć, że termin realizacji zamówienia mógłby ulec zmianie. Konieczność ponownego badania ofert, przeprowadzenia testów, wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów, ewentualnego uzupełnienia dokumentów, a także uwzględnienie terminu „stand still”, oznaczałoby możliwość zawarcia umowy po 25-30 dniach od rozstrzygnięcia wniesionego odwołania. Zamawiający natomiast musi otrzymać fakturę najpóźniej do 28 marca 2019 r. Tym samym odwołujący nie miałby szans na zrealizowanie umowy.

W podsumowaniu zamawiający wywiódł, że konieczne jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, z uwagi na niemożliwość jej zawarcia - nawet w przypadku oddalenia odwołania - po upływie terminu realizacji, wskazanym przez wykonawców. Brak możliwości zawarcia umowy będzie miał negatywny skutek dla interesu publicznego w dziedzinie bezpieczeństwa - brak wyposażenia jednostek policji w odpowiedni sprzęt znacznie osłabi możliwość reagowania na sytuacje zagrożenia zdrowia i życia wszystkich obywateli. W przedmiotowej sprawie uszczerbku mógłby doznać jedynie interes ekonomiczny odwołującego, jednakże zamawiający wykazał, że nawet w przypadku uwzględnienia odwołania, odwołujący nie uzyskałby zamówienia. Tym samym należy negatywny skutek dla interesu publicznego w dziedzinie bezpieczeństwa znacznie przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 183 ust. 2 zdanie drugie 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 ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Institucja uchylenia zakazu zawarcia umowy ma charakter wyjątkowy jako odstępstwo od wynikającej z art. 183 ust. 1 Pzp generalnej zasady zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Oceniając zasadność wniosku Izba nie bada zarzutów podniesionych w odwołaniu, a jedynie rozważa wagę interesu publicznego, który miałby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony interesów innych wykonawców, w tym wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej.

Zwrócić należy uwagę, że obowiązkiem zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiednim terminie, tj. takim, aby przy uwzględnieniu prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, możliwe było zawarcie umowy w terminie planowanym przez zamawiającego. Powinność zachowania należytej staranności przez zamawiającego wymaga wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w takim terminie, aby – z jednej strony – zapewnić sobie realizację celów, które wykonanie zamówienia ma urzeczywistniać, z drugiej zaś – umożliwić wykonawcom wnoszenie środków ochrony prawnej.

Przenosząc te tezy na grunt okoliczności faktycznych ujawnionych w badanym wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy należy wskazać, że zamawiający wszczął postępowanie 11 grudnia 2018 r., podczas gdy winien mieć świadomość, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości powyżej progów unijnych, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, trwają średnio trzy miesiące. Potwierdzają to dane prezentowane w Sprawozdaniu Urzędu Zamówień Publicznych za 2017 r., w którym wskazano na podstawie ogłoszeń opublikowanych przez zamawiających w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej można wskazać, że średni czas trwania postępowania o wartości powyżej progów unijnych w roku 2017 wyniósł 93 dni. Zamawiający nie podniósł, ani nie udowodnił, że postępowanie, którego dotyczy wniosek, nie mogło zostać wszczęte wcześniej, zwłaszcza, że odnosząc się do źródła środków na sfinansowanie zamówienia powołuje się na rozporządzenie Rady Ministrów wydane już po dacie wszczęcia postępowania.

Należy również wskazać, że w postępowaniach o wartości powyżej progów unijnych zamawiający może, zgodnie z art. 43 ust. 2b pkt 2 Pzp, skrócić termin składania ofert w przypadku jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione. Warto zaznaczyć, że zastosowanie tego przepisu nie jest uzależnione od tego, czy pilna potrzeba wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a także od tego, czy zaistnienie pilnej potrzeby można było przewidzieć. Zamawiający nie skorzystał z tej możliwości, co podważa jego argumentację dotyczącą pilności udzielenia zamówienia.

Izba zważyła, że wskazanie przez obu wykonawców w ofertach 1 marca 2019 r. jako terminu wykonania zamówienia, nie powoduje, że umowa zawarta po wydaniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze będzie umową o świadczenie niemożliwe, a zatem nieważną na podstawie art. 387 § 1 k.c.

Sąd Najwyższy w wyroku z 29 listopada 2013 r. w sprawie I CSK 124/13 przesądził, że art. 387 k.c. reguluje skutki prawne niemożności spełnienia świadczenia określonego przez strony, a nie skutki niemożności dochowania przez strony zastrzeżonego w umowie terminu spełnienia świadczenia. Świadczenie niemożliwe bowiem to świadczenie rzeczywiście obiektywnie niewykonalne (por. wyrok SN z 22 kwietnia 2010 r. V CSK 379/09, 20 marca 2009 r. II CSK 611/08 *nie publ.*) Niemożliwość świadczenia to tzw. niemożliwość obiektywna. Świadczenie jest niewykonalne, gdy nie jest w stanie spełnić go ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki (zob. wyroki SN: z 22 listopada 1973 r. III CRN 255/73, z 8 maja 2002 r. III CKN 1015/99, z 8 stycznia 2009 r. I CSK 239/08, z 20 marca 2009 r. II CSK 611/08, *Legalis*) Niemożliwość świadczenia zachodzi także wtedy, gdy spełnieniu świadczenia sprzeciwia się obowiązująca norma prawna (tzw. niemożliwość prawna, postanowienie SN z 26 marca 1998 r., I CKN 227/97, *OSNC 1998, Nr 11, poz. 179*; wyrok SN z 27 czerwca 2001 r. II CKN 602/00, *OSNC 2002, Nr 2, poz. 28*).

W okolicznościach sprawy norma prawna nie stoi na przeszkodzie wykonaniu umowy po 1 marca 2019 r., gdyż stosownie do art. 114 ust. 1 Pzp zamawiający w § 7 ust. 1 pkt c projektu umowy przewidział możliwość przedłużenia terminu realizacji zamówienia o czas trwania postępowania odwoławczego.

Pogląd, że brak możliwości dotrzymania terminu dostawy i opóźnienie w realizacji umowy nie stanowi o nieważności umowy w świetle art. 387 k.c. został również wyrażony w wyroku SO w Warszawie z 28 czerwca 2012 r. sygn. akt XXIII GA 185/12 (*orzeczenia.warszawa.so.gov.pl*, data dostępu 25 lutego 2019 r.)

Dla porządku wskazać też należy, że nigdy nie jest możliwe precyzyjne przewidzenie, ile będzie trwało postępowanie o zamówienie publiczne, dlatego też uzasadnione jest, aby termin realizacji zamówienia nie był ustalony jako konkretna data. To że zamawiający określił termin realizacji zamówienia w formie konkretnej daty, nie może obecnie uzasadniać uchylecia zakazu zawarcia umowy,

Odnosząc się do poglądu zamawiającego, że jedynie zawarcie umowy po uchyleniu zakazu zawarcia umowy da możliwość terminowego wypełnienia zobowiązania przez wykonawcę, Izba zważyła, że biorąc pod uwagę datę złożenia wniosku oraz wynikający z art. 183 ust. 4 Pzp, 5 dniowy termin rozpoznania wniosku upływający 25 lutego 2019 r., to nawet w sytuacji zawarcia umowy dnia następnego, do upływu terminu wykonania umowy upłynęłoby niespełna 3 dni. Skoro zatem, jak zdaje się wskazywać zamawiający, trzy dni wystarczy na

wykonanie umowy, to rozpoznanie odwołania Transactor Security Sp. z o.o. w instrukcyjnym terminie 15 dni, do 5 marca 2019 r., nie uniemożliwia otrzymania przez zamawiającego faktury do 28 marca 2019 r. Rozwijając tę myśl należy wskazać, że dla wykonania umowy w zakładanym przez zamawiającego terminie trzech dni, wystarczy zawarcie umowy do 25 marca 2019 r., aby wykonawca miał 3 dni na realizację zamówienia i wystawienie faktury. Tymczasem od 15 dnia liczonego od dnia wpłynięcia odwołania, czyli 5 marca 2019 r., do wskazanego 25 marca 2019 r. pozostaje 20 dni. W okresie tym można pomieścić 10 dni *standstil* oraz poprzedzające go powtórzenie badania ofert, przeprowadzenie testów oraz ewentualne uzupełnienie dokumentów, w sytuacji uwzględnienia odwołania.

Izba uznała, że argumentacja zamawiającego dotycząca „podłożenia ładunków wybuchowych w latach ubiegłych” oraz bezpieczeństwa imprez międzynarodowych, masowych i innych przedsięwzięć ma charakter blankietowy. Nie zostało wykazane, aby negatywne skutki „podłożenia ładunków wybuchowych w latach ubiegłych” wynikały z braku wyposażenia policji w urządzenia rentgenowskie i nie miały swego źródła w innych czynnikach (np. złej organizacji, błędzie ludzkim). Uzasadnienie wniosku nie pozwala na uznanie, aby zakup urządzeń rentgenowskich do 1 marca 2019 r. stał na przeszkodzie zapewnieniu bezpieczeństwa, skoro trzy Zespoły Minersko-Pirotechniczne posiadają nowoczesny sprzęt. Zamawiający nie wskazał żadnych konkretnych wydarzeń i dat, zatem nie ma podstaw do uznania, że większa liczba urządzeń jest mu niezbędna już na początku marca 2019 r.

W odniesieniu do argumentu o konieczności wydatkowania środków przez zamawiającego do 31 marca 2019 r. Izba zważyła, że nie zostało wykazane, aby upływ tego terminu powodował utratę tych środków, a zamawiający nie mógł uzyskać przedłużenia terminu.

Izba uznała, że zawarcie umowy po ogłoszeniu orzeczenia lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, będzie stanowiło ochronę wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z jednoczesnym poszanowaniem interesu publicznego, jakim jest zapewnienie bezpieczeństwa. Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego, uznając ją za ogólną, nie wykazującą *in concreto*, że niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Do wniosku nie dołączono żadnych dowodów. Ogólne stwierdzenia zamawiającego Izba uznała zatem za gołosłowne, nie wypełniające przesłanek, o których mowa w art. 183 ust. 2 Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 183 ust. 4 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

.....

.....