

**Sygn. akt KIO/W 84/20**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 8 października 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 8 października 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 5 października 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez zamawiającego - Komendę Wojewódzką Policji w Szczecinie - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę do wskazanego przez zamawiającego miejsca, fabrycznie nowych komputerów stacjonarnych wraz z monitorami oraz komputerów przenośnych

**postanawia:**

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), dalej jako „ustawa” albo „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę do wskazanego przez zamawiającego miejsca, fabrycznie nowych komputerów stacjonarnych wraz z monitorami oraz komputerów przenośnych.

Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę NTT Technology Sp. z o. o. w Zakręcie, w związku z czym 14 września 2020 r. wykonawcy CEZAR C. M. P. G. Sp. o.o. w Radomiu oraz Immitis Sp. z o.o. w Bydgoszczy wnieśli odwołania.

Pismem z 5 października 2020 r. zamawiający działając na podstawie art. 183 ust. 2 Pzp wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy. W uzasadnieniu wskazał, że zapoznał się z zarzutami odwołań i doszedł do wniosku, iż nie znajdują one potwierdzenia w stanie faktycznym. Działania odwołujących się zmierzają do świadomego przedłużenia procedury

przetargowej, a w konsekwencji doprowadzenia do sytuacji ziszczenia się przesłanki braku możliwości zawarcia umowy z uwagi na upływ terminu realizacji przedmiotu zamówienia w kontekście świadczenia niemożliwego do spełnienia.

Zamawiający podniósł, że konieczność dochowania terminu realizacji umowy przez potencjalnego wykonawcę w postępowaniu, a także dostarczenie sprzętu w terminie do 31 października 2020 r. jest szczególnie istotne dla prawidłowego funkcjonowania systemów policyjnych w obiektach nowo budowanych siedzib Komend Powiatowych Policji w Świdwinie i Sławnie oraz Komisariatu Policji w Mielnie. Realizacja zamówienia związana jest z operacją przeniesienia jednostki szczebla powiatowego, która wymaga skoordynowania prac wszystkich instytucji i firm świadczących usługi teleinformatyczne na rzecz poszczególnych jednostek, a także instytucji, na rzecz których Policja jako operator świadczy usługi dostępu do sieci OST 112 tak, aby okres przerwy skrócić do niezbędnego minimum. Termin realizacji zamówienia uwzględnia konieczność przygotowania i skonfigurowania całości dostarczonego sprzętu do pracy w nowych obiektach przed wyznaczonym terminem przeniesienia ww. jednostek Policji.

Zamawiający wywiódł, że niedokonanie zakupu sprzętu informatycznego w wyznaczonym terminie przyczyni się istotnie do wydłużenia czasu reakcji w działaniu jednostek Policji na zgłoszenia lokalnych społeczności w razie zagrożenia życia, zdrowia lub mienia, zagrożenia bezpieczeństwa oraz ładu i porządku publicznego, jak również wydłuży współpracę z innymi jednostkami w razie konieczności podjęcia niezwłocznych działań operacyjnych. Natychmiastowy i bezawaryjny dostęp do systemów teleinformatycznych wykorzystywanych w codziennej pracy funkcjonariuszy i pracowników Policji umożliwi skuteczną i błyskawiczną wymianę informacji na każdym szczeblu dowodzenia i zarządzania, co jest podstawą prawidłowego procesu obsługi zdarzeń i interwencji, a w dalszej konsekwencji procesu wykrywczego zaistniałych przestępstw bądź wykroczeń.

Zamawiający podniósł, że kluczowym aspektem jest czas reakcji na zaistniałe zdarzenie związane z zagrożeniem życia lub zdrowia mieszkańców, bądź osób przebywających na obszarze działania przedmiotowych jednostek Policji. O ile statystycznie, w skali całego garnizonu zachodniopomorskiego, wpływ dwóch jednostek szczebla powiatowego na miernik czasu reakcji na zdarzenie będzie stosunkowo minimalny, to w skali danego powiatu miernik ten może zostać poprawiony nawet o kilka punktów procentowych. Będzie mieć to bezpośrednie przełożenie na skrócenie czasu dotarcia na miejsce zdarzenia patrolu Policji. Te kilka bądź kilkanaście „zaoszczędzonych” sekund w konkretnym przypadku np. dotyczącym ofiary przestępstwa, wypadku bądź innego zdarzenia losowego, może mieć fundamentalne znaczenie dla uratowania życia bądź zdrowia.

Do zapewnienia powyższego konieczna jest wymiana całości sprzętu teleinformatycznego na nowy, gdyż obecnie wykorzystywany sprzęt teleinformatyczny jest w

większości przestarzały technologicznie, ulega częstym awariom, jak również nie przystaje do szerokiej gamy możliwości technicznych oferowanych przez obecnie wykorzystywane systemy informatyczne. Średnia wieku komputera klasy PC w przedmiotowych jednostkach przekracza 5 lat, co czyni ten sprzęt najzwyczajniej przestarzałym. Tylko zakup nowoczesnego sprzętu komputerowego umożliwi wprowadzenie jednostek Policji na wymagany poziom niezawodności dostępności usług świadczonych przez systemy informatyczne Policji, co jest istotnym działaniem zamawiającego w interesie publicznym.

Zamawiający zaznaczył, że biorąc pod uwagę wyżej opisane negatywne skutki dla interesu publicznego działania Policji mają charakter powszechny, dotyczą pewnego ogółu, określonej lokalnie liczby osób. Jeżeli działanie zamawiającego związane z zawarciem umowy z wybranym wykonawcą naruszy interes odwołujących się, to interes publiczny lokalnej społeczności w zakresie skrócenia czasu reakcji interwencji Policji, zostaje postawiony nad zabezpieczenie tych interesów prywatnych wykonawców. Ryzyko ewentualnego naruszenia interesu prywatnego zostanie skompensowane przez uniknięcie strat w interesie publicznym spowodowanych odkładaniem zawarcia umowy i realizacji zamówienia publicznego, bądź jego niewykonania ze względu na upływ terminu jego realizacji.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Wniosek zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 183 ust.2 zdanie drugie Pzp stanowi, że 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. Powołany przepis wymaga zatem ustalenia w pierwszej kolejności, czy brak udzielenia zamówienia, czyli niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. W razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem skutkiem czynności podjętych przez zamawiającego.

Wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w ustawie orzecznictwo przyjmuje rozumienie tego pojęcia wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy uznać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań

ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.

Wykonywanie zadań przez jednostki policji co do zasady mieści się w pojęciu interesu publicznego, jednak uwzględnienie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy nie może opierać się wyłącznie na tej konstatacji. Istotne znaczenie mają bowiem okoliczności faktyczne danej sprawy. Uchylenie zakazu zawarcia umowy ma charakter wyjątkowy, zatem przesłanki zawarte w art. 183 ust. 2 Pzp nie mogą być wykładane liberalnie, lecz w każdym przypadku powinny być przekonująco wywiedzione przez zamawiającego w uzasadnieniu wniosku.

W celu wykazania przesłanki negatywnego skutku dla interesu publicznego zamawiający wskazywał w pierwszej kolejności, że brak dostarczenia zamawianego sprzętu do dnia 31 października 2020 r. spowoduje niewykonanie umowy z powodu braku możliwości świadczenia ze strony wykonawcy (świadczenie niemożliwe).

Pogląd ten jest całkowicie chybiony. Orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej wypracowało pogląd, zgodnie z którym dopuszczalna jest zmiana postanowień umowy jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą. Skoro bowiem ustawa w art. 144 ust. 1 Pzp dopuszcza wyjątki wobec generalnego zakazu zmiany postanowień umowy, to tym bardziej w granicach tych wyjątków jest możliwe wprowadzenie zmian postanowień umownych przed ich zawarciem (*arg. a maiori ad minus*). Co do zasady taką zmianą dopuszczalną na gruncie ustawy i potwierdzoną przez orzecznictwo jest zmiana terminu wykonania umowy. Jeśli zatem termin 31 października 2020 r. wynika z wzoru umowy, jego upływ nie czyni niemożliwym wykonania tej umowy. Jeśli natomiast nie jest wskazany w umowie, upływ terminu jest pozbawiony w okolicznościach sprawy jakiegokolwiek doniosłości prawnej.

Kolejno zamawiający wskazywał na konieczność udzielenia zamówienia w celu zapewnienia prawidłowego funkcjonowania systemów policyjnych w przenoszonych jednostkach szczebla powiatowego. Również ten argument należy uznać za nietrafny. Dostrzec trzeba, że zamawiany sprzęt jest przeznaczony do wyposażenia nowowytbudowanych siedzib Komend Powiatowych Policji w Świdwinie i Sławnie oraz Komisariatu Policji w Mielnie. Zatem w okresie dostawy, przygotowania i skonfigurowania całości dostarczonego sprzętu do pracy w nowych obiektach wymienione jednostki będą użytkować sprzęt posiadany w dotychczasowych siedzibach. Wykonywanie zadań przypisanych ustawą przez te jednostki policji nie zostanie więc przerwane skutkiem dłuższego wyczekiwania na wyposażenie nowych siedzib.

Zamawiający podkreślał również, że natychmiastowy i bezawaryjny dostęp do systemów teleinformatycznych wymaga wymiany całości sprzętu teleinformatycznego na

nowy, gdyż obecnie wykorzystywany sprzęt teleinformatyczny jest w większości przestarzały technologicznie, ulega częstym awariom, jak również nie przystaje do szerokich możliwości technicznych oferowanych przez obecnie wykorzystywane systemy informatyczne. Wymiana sprzętu zapewni również skrócenie czasu reakcji interwencji policji. Twierdzenia zamawiającego nie zostały jednak poparte żadnymi dowodami. Samo powołanie się na wiek komputerów klasy PC jest niewystarczające. Sprawność pracy nie jest zależna wyłącznie od wieku sprzętu, ale również od jego parametrów technicznych, sposobu użytkowania, połączenia z systemem informatycznym. Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji na okoliczność, że komputery stacjonarne i przenośne oferowane przez wybranego wykonawcę posiadają lepsze parametry techniczne lub większy stopień kompatybilności z systemem informatycznym. Również twierdzenie dotyczące awaryjności posiadanego sprzętu pozostało całkowicie gołosłowne.

Z art. 183 ust. 2 Pzp wynika, że rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania Izba nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu. W przeciwnym razie postanowienie dotyczące uchylenia zakazu zawarcia umowy miałoby charakter „przedsądu”. Tym bardziej zatem Izba nie ocenia intencji wykonawcy wnoszącego odwołanie. *De lege lata* Izba bada wniosek zamawiającego wyłącznie pod kątem przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy wymaganych w art. 183 ust. 2 Pzp, czyli ocenia, czy niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego oraz, czy negatywne skutki niezawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Skoro zamawiający nie wykazał negatywnych skutków dla interesu publicznego związanych z zawarciem umowy po wydaniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, zakaz zawarcia umowy nie może zostać uchylony.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 183 ust. 2 Pzp postanowiła jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 183 ust. 4 Pzp.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:**

.....