

POSTANOWIENIE
z dnia 3 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Danuta Dziubińska
Izabela Niedziałek-Bujak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 3 lipca 2019 r. w Warszawie wniosku z dnia 21 czerwca 2019 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Komendę Główną Policji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA

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

Pismem z dnia 19 czerwca 2019 r. (wpływ do Prezesa Izby w dniu 21 czerwca 2019 r.) zamawiający – Komenda Główna Policji – 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 z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia na modernizację policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 września 2018 r., nr 2018/S 168-382059.

Uzasadniając wniosek zamawiający wskazał w szczególności, że:

„Wykonawca - Konsorcjum Sprint w dniu 8 kwietnia 2019 r. wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Motorola, jako

niezgodnej z treścią SIWZ, ewentualne - dopuszczenie do zmiany treści oferty po terminie składania ofert, wskazując na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1, art. 84 ust. 1, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Niezgodności oferty konsorcjum Motorola z treścią SIWZ, Odwołujący upatrywał w sposobie i zakresie wypełnienia formularza ofertowego.

Postanowieniem z dnia 14 maja 2019 r. o sygn. KIO 649/19, Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła wskazane wyżej odwołanie, jako wniesione z uchybieniem terminowi na skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała prawidłowy sposób obliczania terminów na wniesienie odwołania dla przedmiotowego postępowania, a tym samym dokonała rozstrzygnięcia w zakresie podniesionych zarzutów. Należy szczególnie zaznaczyć, iż Zamawiający nie wnosił o odrzucenie przedmiotowego odwołania.

W dniu 21 maja 2019 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z decyzją Zamawiającego, żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania oraz żadna z ofert nie została odrzucona. Czynność Zamawiającego była zgodna ze wszystkimi dotychczasowymi orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej.

W dniu 28 maja 2019 roku Konsorcjum Sprint zaskarżyło postanowienie KIO 649/19 do Sądu Okręgowego.

W dniu 31 maja 2019 roku do Krajowej Izby Odwoławczej zostały wniesione dwa odwołania: Konsorcjum Indra - KIO 999/19 oraz Konsorcjum Sprint - KIO 1000/19.

W dniu 12 czerwca 2019 r. w trakcie posiedzenia z udziałem stron, Konsorcjum Indra wniosło o odroczenie rozpatrzenia obu odwołań na podstawie § 27 ust. 1 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań tj. z uwagi na wystąpienie innej ważnej przyczyny. Podstawę wniosku stanowiło stwierdzenie, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Motorola, jako niezgodnej z treścią SIWZ z powodu niepodania w formularzu ofertowym modelu oferowanego radiotelefonu przenośnego, jest tożsamy z zarzutem podniesionym przez Konsorcjum Sprint w sprawie 649/19. Z uwagi na fakt, że po rozstrzygnięciu tego zarzutu przez KIO, Konsorcjum Sprint wniosło skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie, w przedmiotowych sprawach (999/19 i 1000/19) skład orzekający nie może rozstrzygnąć zarzutu przed wyrokiem SO.

Pozostali uczestnicy postępowania: Zamawiający, Konsorcjum Sprint oraz Konsorcjum Motorola wnosili o oddalenie przedmiotowego wniosku.

Zamawiający podnosił, że w sprawie nie zachodzi potrzeba oczekiwania na rozstrzygnięcie SO. Obaj Odwołujący podnieśli, bowiem zarzut już rozstrzygnięty przez KIO, a dodatkowo mogący podlegać rozstrzygnięciu przez Sąd Okręgowy. W przedmiotowej sprawie KIO nie może więc podejmować się rozstrzygnięcia tego zarzutu i jako taki powinien zostać odrzucony, bądź też nie podlegać rozpatrzeniu, zarówno z uwagi na treść art. 189 ust. 2 pkt 4, jak i art. 189 ust. 2 pkt 5 oraz art. 186 ust. 5 ustawy Pzp. Należy, bowiem zwrócić uwagę, iż zarzut ten jest nie tylko tożsamy z podniesionym wcześniej przez Odwołującego

Konsorcjum Sprint, ale dotyczy również czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem KIO. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie 649/19 uznała bowiem, że Zamawiający prawidłowo dokonał zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Motorola. Tym samym ani Odwołującemu Konsorcjum Sprint, ani Konsorcjum Indra nie przysługuje odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Motorola z uwagi na niezgodność formularza ofertowego z treścią SIWZ. Należy również zwrócić uwagę, że brak możliwości rozstrzygnięcia przez Izbę w powyższym zakresie jest niezależny od decyzji, jaką podejmie Sąd Okręgowy. Nieważne, czy Sąd Okręgowy oddali, odrzuci czy uwzględni powyższy zarzut, w każdym z tych przypadków KIO i tak nie będzie mogła ponownie rozstrzygać o zarzucie, nawet jeśli to rozstrzygnięcie miałyby być zgodne z decyzją SO.

W trakcie trwającego posiedzenia z udziałem stron, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła o odroczeniu rozpatrzenia obu odwołań do czasu rozstrzygnięcia skarg wniesionych do Sądu Okręgowego na postanowienie KIO 649/19, nie wyznaczając przy tym żadnego konkretnego terminu na ponowne podjęcie postępowania. (...)

Tym samym, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej przesuujące rozpatrzenie odwołań prawdopodobnie najwcześniej na koniec 2019 r. ma dla postępowania charakter postanowienia *ad calendas graecas*, ponieważ w tym terminie realizacja z przyczyn faktycznych i finansowych nie będzie już możliwa, co zostanie szczegółowo wykazane w dalszej części uzasadnienia. (...)

Należy podkreślić, iż przedmiotowe zamówienie finansowane jest na podstawie ustawy o ustanowieniu „Programu modernizacji Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej, Biura Ochrony Rządu w latach 2017—2020”. W ramach przedmiotowej ustawy Policja otrzymała specjalne, dodatkowe, jednorazowe 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). Wartość środków w poszczególnych latach Programu została z góry określona. Środki niewykorzystane w danym roku przepadają i nie zostają przesunięte na rok przyszły. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte po wydaniu przez Ministra Finansów decyzji o zapewnieniu finansowania dla tego zamówienia w latach 2019-2020 (Decyzja nr 8/2018 z dnia 22 czerwca 2018 r.), a także po uzyskaniu w dniu 11 czerwca 2018 r. zgody Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na zaciągnięcie przez Komendanta Głównego Policji zobowiązań na rok 2019 oraz 2020 (sygn. pisma DB-INR-311-12- 19/2018). Brak zawarcia przez Zamawiającego umowy uniemożliwi wydatkowanie środków, co spowoduje nie tylko utratę przez polską Policję tego celowego finansowania, ale przede wszystkim odbierze

szansę na rozwój tej formacji oraz w dalece idący sposób utrudni zapewnienie właściwego poziomu bezpieczeństwa obywateli. Prawidłowe i sprawne działanie Policji jak i innych służb mundurowych nierozzerwalnie wiąże się z interesem publicznym.

Należy podkreślić, iż utrata środków przez polską policję, w przypadku braku realizacji zamówienia w założonym terminie, nie jest hipotetyczna. Pula środków oraz sposób rozliczenia środków niewykorzystanych wynikają wprost z przytoczonej wyżej ustawy. Z uwagi na wysoką wartość projektu (152 589 987,00 zł - wartość wybranej oferty), sfinansowanie zamówienia z środków stanowiących standardowy budżet zamawiającego nie będzie możliwe. Faktem powszechnie znanym jest, że Policja jest formacją niedofinansowaną. Tym samym jedyną możliwością jest wykorzystanie przez Zamawiającego, zapisanego w ustawie, finansowania celowego przedmiotowego zamówienia. (...)

Oczywistym jest także fakt, iż Zamawiający powinien liczyć się, że przy tak dużym zamówieniu będą składane odwołania i musiał w ten sposób kalkulować harmonogram projektu. Jednak działanie Krajowej Izby Odwoławczej polegające na co najmniej 6 miesięcznym wstrzymaniu postępowania i oczekiwanie na wyrok Sądu Okręgowego jest całkowicie precedensowe i incydentalne. Żaden, nawet najbardziej profesjonalny zamawiający, nie mógłby przewidzieć potrzeby zabezpieczenia odpowiedniego okresu czasu na tego typu zawieszenie postępowanie. (...)

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”. Z kolei art. 183 ust. 2 ustawy Pzp 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.

Z powołanych powyżej przepisów wynika, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Uzasadnia go wyłącznie nadzwyczajna sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, który przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony

wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez zamawiającego czynności.

W przedmiotowej sprawie zamawiający opiera swoją argumentację głównie na fakcie, że w dniu 12 czerwca 2019 r. Izba postanowiła o odroczeniu posiedzenia do czasu rozpoznania przez Sąd Okręgowy skarg na postanowienie KIO 649/19. Zamawiający wskazuje, że rozpoznanie sprawy przez Sąd potrwa co najmniej kilka miesięcy, co oznacza, że zdaniem zamawiającego, zakończenie postępowania odwoławczego w sprawach KIO 999/19 i KIO 1000/19 nastąpiłoby najwcześniej z końcem 2019 r. Taki termin zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, w ocenie zamawiającego, uniemożliwiłby realizację zamówienia.

Należy jednak zauważyć, że w dniu 12 czerwca 2019 r. zamawiający złożył także wniosek o zmianę składu orzekającego. Wniosek ten został częściowo uwzględniony i zarządzeniem z dnia 28 czerwca 2019 r. Prezes Izby wyznaczył nowy skład orzekający. Powyższe oznacza, że czynności podjęte dotychczas w postępowaniu odwoławczym, muszą zostać powtórzone. Został już wyznaczony termin nowego posiedzenia z udziałem stron. Tym samym postanowienie Izby z dnia 12 czerwca 2019 r. o odroczeniu posiedzenia należy uznać za niebyłe. W konsekwencji argument zamawiającego o braku możliwości realizacji zamówienia z powodu przedłużenia postępowania odwoławczego wynikającego z odroczenia posiedzenia, stał się bezprzedmiotowy. W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do uchylenia zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

.....

.....