Sygn. akt: KIO 1833/19; KIO 1875/19

WYROK

z dnia 31 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przemysław Dzierzędzki
Przewodniczący Anna Chudzik
Danuta Dziubińska
Członkowie:

Protokolant: Rafał Komoń

---

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2019 r. i 29 października 2019 r. w Warszawie:

A) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sprint Spółka Akcyjna w Olsztynie oraz Hytera Mobilfunk GmbH w Bad Munder (Niemcy) (sygn. akt KIO 1833/19),

B) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Indra Sistemas Polska sp. z o.o. w Warszawie, Rohill Engineering B.V. w Hoogeven, Holandia, Page Communication sp. z o.o. w Gliwicach (sygn. akt KIO 1875/19)

w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sprint Spółka Akcyjna w Olsztynie oraz Hytera Mobilfunk GmbH w Bad Munder (Niemcy),

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1875/19 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Motorola Solutions Systems Polska sp. z o.o. w Krakowie oraz Motorola Solutions Polska sp. z o.o. w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1833/19 i KIO 1875/19 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i unieważnia umowę z 9 sierpnia 2019 r. nr 202/197/BŁiI/19/RG/PMP/199 zawartą przez Skarb Państwa, Komendanta Głównego

Policji z siedzibą w Warszawie z wykonawcami Motorola Solutions Systems Polska sp. z o.o. w Krakowie i Motorola Solutions Polska sp. z o.o. w Warszawie,

2. kosztami postępowania obciąża Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sprint Spółka Akcyjna w Olsztynie oraz Hytera Mobilfunk GmbH w Bad Munder (Niemcy) a także

Indra Sistemas Polska sp. z o.o. w Warszawie, Rohill Engineering B.V. w Hoogeven, Holandia, Page Communication sp. z o.o. w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania, po 15.000 zł 00 gr przez każdego z wykonawców,

2.2. zasądza od Komendy Głównej Policji z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sprint Spółka Akcyjna w Olsztynie oraz Hytera Mobilfunk GmbH w Bad Munder (Niemcy) kwotę 18.598 zł 98 gr (słownie: osiemnastu tysięcy pięciuset dziewięćdziesięciu ośmiu złotych dziewięćdziesięciu ośmiu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od Komendy Głównej Policji z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Indra

Sistemas Polska sp. z o.o. w Warszawie, Rohill Engineering B.V. w Hoogeven, Holandia, Page Communication sp. z o.o. w Gliwicach kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 1833/19, KIO 1875/19

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

Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, udzieliła zamówienia z wolnej ręki po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem była „modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA”.

9 września 2019 r. zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 173-422065 ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki i udzieleniu zamówienia odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2019 r. wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Sprint Spółka Akcyjna w Olsztynie oraz Hytera Mobilfunk GmbH w Bad Munder (Niemcy), zwani dalej „odwołującym Sprint”, zaś w dniu 23 września 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Indra Sistemas Polska sp. z o.o. w Warszawie, Rohill Engineering B.V. w Hoogeven, Holandia, Page Communication sp. z o.o. w Gliwicach, zwani dalej „odwołującym Indra”. Postępowania odwoławcze zainicjowane wniesieniem ww.

odwołań zostały oznaczone odpowiednio sygn. akt KIO 1833/19 oraz sygn. akt KIO 1875/19. Zarządzeniem Prezesa KIO odwołania zostały połączone celem łącznego rozpoznania.

Odwołujący Sprint zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez udzielenie wskazanego wyżej zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki pomimo braku wystąpienia ustawowych podstaw do zastosowania tego trybu;

b) art. 67 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez udzielenie wskazanego wyżej zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki pomimo niezakończenia postępowania w tym samym przedmiocie prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA" nr postępowania: 162/BŁiI/I 8/TG/PMP - ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S 168-382059;

c) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości wskutek udzielenia wskazanego wyżej zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki pomimo braku wystąpienia ustawowych podstaw do zastosowania tego trybu i pominięcie trybów konkurencyjnych,

d) art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez nieudzielenie zamówienia w trybie podstawowym pomimo braku podstaw do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący Sprint wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia umowy zawartej w toku postępowania pod nazwą „modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA", numer referencyjny: 197/BŁiI/19/RG/PMP.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Sprint podniósł, że zamawiający prowadzi przetarg nieograniczony „modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do system standard ETSI TETRA" nr postępowania: 162/BŁiI/18/TG/PMP. Argumentował, że zamawiający 21 maja 2019 r. wybrał ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Motorola Solutions Systems Polska sp. z o.o. oraz Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. (dalej: „przystępujący Motorola"). Oferta ta nie spełniała wymagań SIWZ wobec czego pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie, w tym odwołujący, wnieśli odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 18 lipca 2019 r. wyrokiem o sygn. akt KIO 999 oraz 1000/19 uwzględniła wniesione odwołania i nakazała odrzucić ofertę przystępującego Motorola. W dniu 30 lipca 2019 r. zamawiający odrzucił wszystkie oferty oraz unieważnił postępowanie. Zdaniem odwołującego decyzja ta była bezzasadna i opierała się na nadinterpretacji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2019 r. o sygn. akt KIO 999/19 oraz KIO 1000/19. W związku z tym wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie, w tym przystępujący Motorola w dniu 9 sierpnia 2019 r., wnieśli odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołania odwołującego Sprint i odwołującego Indra wyrokiem z dnia 26 sierpnia 2019 r. i unieważniła czynność odrzucenia ofert odwołujących i czynność unieważnienia postępowania. Przystępujący Motorola cofnął swoje odwołanie na dzień przed terminem rozprawy, tj. 22 sierpnia 2019 r.

Odwołujący Sprint wskazał, że w dniu 9 września 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowane zostało ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2019/S 173-422065. W ogłoszeniu wskazano, że z przystępującym Motorola została zawarta umowa na przedmiotowe zamówienie w dniu 9 sierpnia 2019 r. Jako podstawę prawną wskazano art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne podano: „w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego („Modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA", nr sprawy 162/BŁiI/18/TG/PMP) wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione".

Odwołujący Sprint argumentował, że stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął

żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy

zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Zdaniem odwołującego Sprint udzielenie zamówienia przystępującemu Motorola w trybie zamówienia z wolnej ręki narusza przywołany przepis. Odwołujący Sprint wskazał, że w chwili udzielenia zamówienia z wolnej ręki toczyło się (i nadal toczy) postępowanie „Modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA", nr sprawy 162/BŁiI/18/TG/PMP. Według odwołującego Sprint oczywistym zatem jest, że zamówienie 197/BŁiI/19/RG/PMP zostało udzielone pomimo braku ustawowych podstaw do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący Sprint podkreślił, że dzień 9 sierpnia 2019 r. był ostatnim dniem na wnoszenie odwołań na czynność unieważnienia postępowania. Wykonawcy skorzystali z prawa do zakwestionowania decyzji zamawiającego a Izba unieważniła czynność odrzucenia ofert odwołującego Sprint oraz odwołującego Indra oraz czynność unieważnienia

postępowania. Tym samym nie spełniła się podstawowa przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki określona w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż w chwili udzielania zamówienia

z wolnej ręki postępowanie przetargowe o nr sprawy 162/BŁiI/18/TG/PMP nie było zakończone. Ponadto odwołujący Sprint wskazał, że stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest możliwe, gdy „wszystkie oferty zostały

odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia". Wskazywał, że jego oferta nie została odrzucona ze względu na niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego Sprint w tym zakresie uzasadnienie zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia jest nieprawdziwe. Odwołujący Sprint wywiódł, że niezależnie od tego, iż decyzja o odrzuceniu jego oferty była błędna, to ponadto odrzucenie to nastąpiło z uwagi na rzekomo niejednoznaczną identyfikację przedmiotu zamówienia i wynikającą z tego niemożliwość potwierdzenia zgodności zaoferowanego rozwiązania z wymogami OPZ. Według odwołującego Sprint zamawiający nie formułował zarzutów niezgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego odwołujący Sprint stwierdził, że nie została także spełniona przesłanka udzielenia zamówienia w trybie wolnej ręki polegająca na odrzuceniu ofert ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Według odwołującego Sprint udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki pomimo braku wystąpienia ustawowych podstaw do zastosowania tego trybu i pominięcie trybów konkurencyjnych stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i złamanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. Odwołujący Sprint podniósł bowiem, że został pozbawiony możliwości zawarcia tej umowy.

W uzasadnieniu wniosku o unieważnienie umowy odwołujący Sprint wskazał, że wnosi o unieważnienie umowy zawartej z przystępującym Motorola. Stosownie do art. 192 ust. 3 ustawy Pzp uwzględniając odwołanie, Izba może, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1:

a) unieważnić umowę; albo

b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo

c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Odwołujący Sprint wywiódł, że stosownie do art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Odwołujący Sprint stwierdził, że w sprawie spełniły się przesłanki unieważnienia umowy. Z ostrożności procesowej odwołujący Sprint podniósł, że unieważnienie umowy jest podstawową, zasadniczą decyzją, która powinna zostać podjęta w przypadku jej zawarcia za naruszeniem przepisów określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego Sprint wskazuje na to konstrukcja przepisu art. 192 ust. 3 ustawy Pzp i zawarta tam kolejność możliwych do podjęcia decyzji. Nadto, wniosek taki wynika z tzw. dyrektywy odwoławczej w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Zgodnie z art. 2d ust. 1 lit a) dyrektywy odwoławczej uznanie umowy za nieskuteczną jest zasadniczym rozwiązaniem w przypadku, gdy instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, co nie było dopuszczone zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE. Odstępstwo od tej

zasady zostało przewidziane w ust. 3 art. 2d i wymaga wykazania, że istnieją nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym, które wymagają zachowania skutków umowy w mocy. Stosownie do akapitu trzeciego, „nadrzędnych przyczyn związanych z interesem ogólnym nie stanowi jednak interes gospodarczy związany bezpośrednio z zamówieniem. Do interesów gospodarczych związanych bezpośrednio z zamówieniem należą, między innymi, koszty wynikające z opóźnienia w wykonaniu zamówienia, koszty wynikające z uruchomienia nowej procedury udzielania zamówień, koszty wynikające ze zmiany wykonawcy zamówienia oraz koszty zobowiązań prawnych wynikających z nieskuteczności". Odwołujący Sprint wskazał, że analogiczną normę zawiera ust. 5 art. 192 ustawy Pzp: „Ważnego interesu

publicznego w rozumieniu ust. 3 pkt 2 lit. c nie stanowi interes gospodarczy związany bezpośrednio z zamówieniem, obejmujący w szczególności konsekwencje poniesienia kosztów wynikających z: opóźnienia w wykonaniu zamówienia, wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udzielenia zamówienia innemu wykonawcy oraz zobowiązań prawnych związanych z unieważnieniem umowy. Interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy może być uznany za ważny interes publiczny wyłącznie w przypadku, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje.". Mając powyższe na uwadze, odwołujący Sprint wywiódł, że w sprawie nie wystąpiły nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym czy też ważny interes publiczny. W szczególności odwołujący Sprint wskazał, że zamawiający ma możliwość szybkiego udzielenia zamówienia w przedmiocie „Modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA", dzięki czemu zaspokojona zostanie jego potrzeba udzielenia zamówienia. Warunkiem tego jest jedynie wykonanie zapadłych wyroków Krajowej Izby Odwoławczej i zawarcie umowy z odwołującym Sprint, który złożył najkorzystniejszą ofertę w przetargu. Wywiódł, że nie sposób mówić o tym, że utrzymanie bezprawnie zawartej umowy leży w ważnym interesie publicznym. Ów interes publiczny może być zaspokojony z łatwością i zgodnie z prawem poprzez wybranie oferty najkorzystniejszej i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Dodatkowo odwołujący Sprint zwrócił uwagę na to, że już wcześniej zamawiający wystąpił do Izby o wyrażenie zgody na zawarcie umowy z przystępującym Motorola przed wydaniem wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą. W dniu 3 lipca 2019 r. Izba wydała postanowienie o sygn. KIO/W 13/19 odmawiające uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Odwołujący Indra zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 67 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp przez błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż w

postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA", numer postępowania 162/BŁH/18/TG/PMP, wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp z powodu ich niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia, podczas gdy faktyczną przyczynę odrzucenia ofert stanowiła wyłącznie rzekoma formalna niezgodność z treścią SIWZ, a Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 26 sierpnia 2019 r. wydanym w sprawach o sygn. akt KIO 1553/19 i KIO 1558/18 uznała wadliwość czynności odrzucenia ofert dwóch z wykonawców (w tym oferty odwołującego Indra) i nakazała unieważnienie tych czynności, jak i również unieważnienie czynności unieważnienia ww. postępowania;

oraz - z ostrożności procesowej, wobec nieudostępnienia przez zamawiającego dokumentacji postępowania - przez zmianę istotnych warunków zamówienia w postępowaniu w stosunku do określonych w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (162/BŁil/18/TG/PMP);

b) art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym mimo, że nie zaszły przesłanki uprawniające do skorzystania z tego trybu,

c) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez błędne i instrumentalne stosowanie przepisów ustawy Pzp, nakierowane na udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Modernizacji policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA" przystępującemu Motorola, przy jednoczesnym wyeliminowaniu pozostałej konkurencji, w tym odwołującego Indra, co rażąco uchybia zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne,

d) art. 58 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp przez podjęcie przez zamawiającego działań i czynności zmierzających do obejścia przepisów ustawy Pzp, w szczególności normy art. 10 ust. 1 ustawy Pzp przez celowe kreowanie sytuacji, w których przepisy szczególne przewidują wyjątki od jej obowiązywania tj. możliwość

udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki,

e) art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp przez nadużycie uprawnień podmiotowych nadanych zamawiającemu przez przepisy prawa i podejmowanie działań (w tym unieważnienie postępowania, wnoszenie skarg od wyroków Krajowej Izby Odwoławczej) tylko w celu udzielenia zamówienia wykonawcy niewyłonionemu w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu lecz obok prowadzonego jednocześnie postępowania w tym samym przedmiocie,

f) art. 67 ust. 1 pkt 4 w z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 83 Kodeksu cywilnego przez pozorne stosowanie przepisów ustawy Pzp mimo udzielenia zamówienia bez zastosowania procedury wymaganej bezwzględnie przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący Indra wniósł o nakazanie zamawiającemu:
a) unieważnienia w całości, ze skutkiem od dnia zawarcia, umowy zawartej w wyniku

postępowania z przystępującym Motorola o zawarciu której zamawiający poinformował w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia opublikowanym w dniu 9 września 2019 r. nr 2019/S 173-422065 (art. 192 ust. 3 pkt. 2 lit. a w zw. z art. 146 ust. 1 pkt. 1 i art. 146 ust. 3 ustawy Pzp);

b) w przypadku stwierdzenia braku przesłanek do unieważnienia ww. umowy w całości - o unieważnienie umowy w części od dnia wydania orzeczenia i nałożenia na zamawiającego kary pieniężnej w kwocie odpowiadającej wartości 10% wynagrodzenia

wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, z uwagi na szczególnie rażące naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, dokonane w wyniku z góry

powziętego zamiaru, w konsekwencji skutkujące udzieleniem zamówienia publicznego o znacznej wartości w sposób całkowicie dowolny (art. 193 ustawy Pzp).

W uzasadnieniu odwołujący Indra podniósł, że zamawiający od września 2018 r.

prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI

TETRA", numer postępowania 162/BŁH/18/TG/PMP. W lutym 2019 r. odbyło się otwarcie ofert. W postępowaniu oferty złożyły trzy konsorcja, w tym odwołujący Indra, jak również przystępujący Motorola.

Odwołujący Indra wywiódł, że w dniu 15 marca 2019 r. zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący Indra odwołał się od tej decyzji uznając ją za całkowicie bezpodstawną. Krajowa

Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 8 kwietnia 2019 r. (sygn. akt KIO 513/19) nakazała zamawiającemu unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego Indra.

Odwołujący wskazywał, że w dniu 8 kwietnia 2019 r. odwołujący Sprint wniósł odwołanie kwestionując wynik testów sprzętu oferowanego przez przystępującego Motorola. Wniesione odwołanie de facto koncentrowało się jednak na niezgodności oferty Motorola z treścią SIWZ, w zakresie braku podania modelu lub wersji terminala. Odwołanie to zostało jednak odrzucone jako spóźnione postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2019 (sygn. akt KIO 649/19). Postanowienie to Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

zaskarżył do Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt XXIII Ga 1045/19).

Odwołujący Indra argumentował, że w dniu 30 kwietnia 209 r. wykonawca Motorola wniósł odwołanie kwestionując prawidłowość oferty odwołującego Indra, w szczególności w zakresie oznaczenia zaoferowanej w pkt 14 ppkt 1 formularza ofertowego i przedstawionej w

trakcie testów „Infrastruktury Systemowej obejmującej węzły Systemu SwMi". W odwołaniu tym przystępujący Motorola żądał odrzucenia oferty odwołującego Indra jako niezgodnej z

SIWZ (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 20 maja 2019 r. (sygn. akt KIO 801/19) oddaliła odwołanie przystępującego Motorola.

Następnie, zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Motorola jako

najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego,

pomimo oczywistej niezgodności tej oferty z treścią SIWZ. Odwołujący Indra zaznaczył, iż zamawiający był w pełni świadomy niezgodności oferty przystępującego Motorola z treścią SIWZ w momencie dokonywania jej wyboru, albowiem wady tej oferty zostały już wskazane i opisane w odwołaniu odwołującego Sprint zarejestrowanym pod sygnaturą KIO 649/19.

Odwołujący Indra wskazał, że kolejne dwa odwołania po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wniósł on i odwołujący Sprint. Odwołujący Indra kwestionował wówczas prawidłowość oferty przystępującego Motorola i odwołującego Sprint. Odwołujący Sprint kwestionował prawidłowość oferty Motorola. Oba odwołania zostały uwzględnione w części dot. zgodności oferty Motorola z SIWZ w zakresie braku podania modelu lub wersji terminala (wyrok KIO z dnia 18 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 999/19, KIO 1000/19). Wyrokiem wydanym w ww. sprawach KIO nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty Motorola, oraz nakazała odrzucenie oferty tego wykonawcy.

Odwołujący Indra podkreślił, że zamawiający w ww. postępowaniu wnioskował do Krajowej Izby Odwoławczej o możliwość zawarcia umowy z przystępującym Motorola przed wydaniem wyroku Izby. Wniosek ten został oddalony. Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego o konieczności niezwłocznego zawarcia umowy z tym konkretnie wykonawcą - przystępującym Motorola.

Odwołujący Indra wskazał, że wobec rozstrzygnięcia Izby dot. konieczności odrzucenia oferty Motorola, zamawiający nie podjął kroków zmierzających do weryfikacji następnej w kolejności oferty, lecz manipulując tezami ww. wyroku, wypaczając stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej i wykorzystując instrumentalnie (do celów odmiennych od sentencji Izby) ustalenia Izby w zakresie, który ani nie był przedmiotem żadnego odwołania ani w zakresie którego Izba nie wypowiedziała się w uzasadnieniu wyroku, dokonał odrzucenia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty odwołującego Indra, odwołującego Sprint oraz przystępującego Motorola (rozszerzając podstawę faktyczną odrzucenia w stosunku do tego wykonawcy, analogicznie jak w przypadku pozostałych wykonawców). Każda z tych ofert odrzucona została z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, co - w ocenie zamawiającego - polegało na zaniechaniu podania w formularzu ofertowym informacji dot. elementów zamówienia rzekomo wymaganych treścią SIWZ i wzorem formularza ofertowego. Odwołujący Indra argumentował, że zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony i wybiegając poza wymagania SIWZ zrównał sytuację przystępującego Motorola, który w ogóle nie podał w ofercie modelu ani wersji terminala, z sytuacją odwołującego Indra, który w sposób wymagany w SIWZ oznaczył oferowany sprzęt. W związku z ww. odrzuceniem wszystkich złożonych ofert, zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący Indra wywiódł, że od czynności zamawiającego odwołali się wszyscy wykonawcy, domagając się unieważnienia czynności odrzucenia ofert, oraz unieważnienia czynności unieważnienia postępowania. Każde z tych odwołań zostało doręczone zamawiającemu i złożone w KIO w dniu 9 sierpnia 2019 r. Nieoczekiwanie przystępujący Motorola wycofał swoje odwołanie jeszcze przed otwarciem rozprawy (sygn. akt KIO 1557/19) w dniu 23 sierpnia 2019 r., rezygnując tym samym z ochrony prawnej w zakresie kwestionowania podstaw faktycznych odrzucenia jego oferty, wskazanych w piśmie zamawiającego z dnia 30 lipca 2019 r. Decyzja o odrzuceniu oferty przystępującego Motorola stała się zatem ostateczna, zarówno w zakresie nieprawidłowego oznaczenia terminala (wyrok KIO w sprawach KIO 999/19 i KIO 1000/19), jak i w zakresie podstaw faktycznych wskazanych w piśmie zamawiającego z dnia 30 lipca 2019 r. (na skutek wycofania odwołania).

Odwołujący Indra podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 26 sierpnia 2019 r. uwzględniła natomiast w całości pozostałe odwołania (sygn. akt KIO 1553/19 i KIO 1558/19), nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia zarówno oferty odwołującego Indra jak i odwołującego Sprint, a w konsekwencji unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2019 r. nie został przez zamawiającego wykonany do dnia wniesienia niniejszego odwołania. Natomiast w dniu 4 września 2019 r. zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie o udzieleniu przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki przystępującemu Motorola. Zamówienie to - zgodnie z treścią ogłoszenia - zostało udzielone w dniu 9 sierpnia 2019 r., a więc w dniu, w którym wszyscy trzej wykonawcy biorący udział w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego wnieśli odwołania od bezprawnie podjętych przez zamawiającego czynności, zmierzających do jego unieważnienia.

Zdaniem odwołującego Indra decyzja o odrzuceniu wszystkich ofert i unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego została najprawdopodobniej podjęta w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, jakim było udzielenie zamówienia przystępującemu Motorola, pomimo wyroku KIO zobowiązującego zamawiającego do odrzucenia tej oferty. Z dużym prawdopodobieństwem założyć można, iż zamawiający miał świadomość bezprawności tej decyzji, a w związku z tym przewidywał i

godził się na to, iż Krajowa Izba Odwoławcza nakaże jej unieważnienie. Według odwołującego Indra celowo zatem zamawiający unieważnił postępowanie, mając pełną świadomość braku podstaw do jego unieważnienia, a następnie niezwłocznie, jeszcze przed terminem wniesienia odwołania na czynność unieważnienia wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki i zawarł umowę z wykonawcą, z którym nie udało mu się zawrzeć umowy w trybie konkurencyjnym.

Zdaniem odwołującego Indra wszystkie te działania stanowią o rażącym naruszeniu ustawy Pzp, w szczególności jej art. 7 i 67 ust. 1 pkt 4. Czynności podejmowane przez zamawiającego świadczą o wypaczeniu zasad prawa zamówień publicznych, instrumentalnym zastosowaniu procedury z pełną świadomością pogwałcenia wszelkich norm prawa zamówień publicznych a nawet celu, jakiemu ta ustawa miała służyć. Zawierając umowę z przystępującym Motorola zamawiający wiedział zatem o wniesionych odwołaniach oraz o możliwości unieważnienia czynności, które stanowiły podstawę dokonania wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Według odwołującego Indra zamawiający dołożył ponadto wszelkich starań, aby jak najdłużej utrzymać w tajemnicy przed konkurentami fakt zawarcia umowy z przystępującym Motorola. Zamawiający nie tylko zrezygnował z publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, lecz ponadto zaniechał niezwłocznego przekazania publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, czyniąc to dopiero w 26 dniu od zawarcia umowy. Wskazywał, że zamawiający odmawia mu dostępu do protokołu z postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, co powoduje istotne utrudnienie w możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Pomimo złożenia zamawiającemu w dniu 11 września 2019 r. wniosku o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami, nie został on przesłany odwołującemu do dnia wniesienia niniejszego odwołania.

Zdaniem odwołującego Indra powyższy kontekst historyczny oraz postępowanie zamawiającego pokazują, iż przesądzając o unieważnieniu umowy, o co wnosi odwołujący, na dalszy plan odsuwają się konsekwencje takiego unieważnienia, interes publiczny, okoliczności dopuszczone w ustawie, czy zagrożenie dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa. Przepis art. 192 ust. 4 ustawy Pzp nakazuje uwzględnić tu wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia i zachowanie zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż od dnia 8 kwietnia 2019 r. (data wniesienia odwołania przez odwołującego Sprint, zarejestrowanego pod sygnaturą KIO 649/19) Zamawiający był świadom istnienia w ofercie przystępującego Motorola wad uniemożliwiających dokonanie jej wyboru. Mimo to, całkowicie ignorując przepisy prawa oraz pozostałe wyżej wskazane kwestie, zamiast dokonać odrzucenia oferty wykonawcy Motorola najszybciej jak to możliwe, i kontynuować postępowanie z możliwością wyboru jednej z dwóch pozostałych ofert, zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego Motorola, a następnie uwikłał się w liczne i kosztowne postępowania sądowe zarówno przed KIO jak i Sądem Okręgowym, w celu obrony tej wadliwej decyzji. Po wydaniu przez KIO wyroku nakazującego wprost odrzucenie oferty przystępującego Motorola, bezprawnie zdecydował o unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie konkurencyjnym, z pełną świadomością wadliwości tej czynności, w celu pozornego otwarcia sobie możliwości zawarcia umowy z przystępującym Motorola w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący Indra podniósł, że unieważnienie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego nie tylko było niezgodne z ustawą Pzp, co orzekła KIO w wyroku, lecz było również czynnością pozorną. Odwołujący Indra wskazał, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego znajdują zastosowanie, nie ujęte w przepisach ustawy Pzp, przepisy Kodeksu cywilnego, w szczególności dotyczące wad oświadczenia woli. Podniósł, że zgodnie z treścią art. 83 ustawy Kodeks cywilny, nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozoru. Jeżeli oświadczenie takie zostało złożone dla ukrycia innej czynności prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej czynności (art. 83 § 1 Kodeksu cywilnego). W ocenie odwołującego Indra, w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez Zamawiającego należy uznać za czynność pozorną kwalifikowaną, dokonaną jedynie dla ukrycia innej czynności prawnej, tj. udzielenia zamówienia bez stosowania przepisów ustawy Pzp. Zamawiający podjął czynności pozorne aby ukryć brak respektowania przepisów ustawy Pzp i zawarcie umowy z ich całkowitym pominięciem - ustalenie takie skutkowałoby bowiem uznaniem zawartej w postępowaniu umowy za nieważną z mocy prawa na

podstawie art. 58 kodeksu cywilnego. W świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy stosowanie przez zamawiającego procedury pzp (postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki) ma charakter pozorny, instrumentalny i fasadowy. De facto jednak zmierza do rażącego naruszenia ustawy Pzp przez jej niestosowanie, a nawet pogwałcenie jej podstawowych zasad. Zamawiający bowiem udziela zamówienia działając rzekomo w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji gdy ma prawną możliwość udzielenia zamówienia we wszczętym postępowaniu w trybie konkurencyjnym posiadając dwie ważne oferty

(odwołującego Indra i odwołującego Sprint). Prawidłowość tych ofert nie budziła żadnej wątpliwości zamawiającego do czasu nakazania przez KIO odrzucenia oferty

przystępującego Motorola. Obecnie obaj wykonawcy mają prawo żądania wyboru ich oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Oferty mieszczą się w

budżecie. Zamawiający natomiast w sposób rażący narusza zasady uczciwej konkurencji podejmując nadzwyczajne i nielegalne czynności preferujące wykonawcę, który złożył ofertę niezgodną z SIWZ.

Odwołujący Indra podniósł, że wszczęcie postępowania na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp wymaga łącznego spełnienia następujących przesłanek:

1) postępowanie było uprzednio prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego lub

ograniczonego;

2) nie wpłynął wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub nie zostały

złożone żadne oferty, lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania;

3) pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Odwołujący Indra podniósł, że w treści uzasadnienia faktycznego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, zawartego w opublikowanym ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, zamawiający wskazał, iż w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (nr 162/BŁil/18/TG/PMP) wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp z uwagi na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Zdaniem odwołującego Indra z powyższego bezsporne jest jedynie, iż postępowanie nr 162/BŁil/18/TG/PMP było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Postępowanie to jednak nie zostało skutecznie unieważnione ponieważ obaj wykonawcy, którzy złożyli ważne i prawidłowe oferty odwołali się od czynności unieważnienia postępowania i odwołania te Izba uwzględniła. Na dzień wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki zamawiający miał zatem pełną wiedzę, że decyzja o unieważnieniu postępowania zostanie zakwestionowana, co więcej zawarł umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu, w którym wpłynęły odwołania. Na dzień orzekania w tej sprawie mamy stan faktyczny, w którym decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania została skutecznie zakwestionowana przez wykonawców i Krajowa Izba Odwoławcza nakazała jej unieważnienie i kontynuację postępowania z uwzględnieniem dwóch ważnych ofert. Jest to decyzja organu umocowanego do orzekania w sprawie. Nie zmienia tego ustalenia fakt, że zamawiający wniósł skargę od tego orzeczenia. Działanie to jedynie potwierdza tezę o instrumentalnym stosowaniu przez zamawiającego instytucji skargi do Sądu Okręgowego. Treść wniesionej skargi wskazuje na jej oczywistą bezzasadność. Ma ona zatem na celu nie tyle ochronę praw zamawiającego, co wytworzenie stanu braku formalnej prawomocności orzeczenia KIO, i wykorzystania tego argumentu w celu usankcjonowania wadliwej decyzji zamawiającego o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Samo wniesienie skargi w tej sprawie należy uznać za czynność pozorną dążącą jedynie do „przykrycia" wadliwości obecnego postępowania to co istotne nie zmienia ono faktu, że zamawiający działa nielegalnie, co zostało potwierdzone przez właściwy w sprawie organ - Krajową Izbę Odwoławczą.

Według odwołującego Indra uznanie działania zamawiającego za prawidłowe prowadziłoby do absurdalnej konstatacji, że zawsze zamawiający może „w trakcie postępowania" odrzucić bezzasadnie wszystkie oferty złożone w postępowaniu a następnie, nie czekając na rozstrzygnięcie Izby, zawrzeć umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki, a następnie ją zrealizować prowadząc w tym czasie postępowania odwoławcze i skargowe i narażając wykonawców biorących udział w legalnej procedurze konkurencyjnej na znaczne koszty. Takie działanie stanowi przykład nadużycia uprawnień zamawiającego i prowadzi do wypaczenia przepisów i celu ustawy Pzp.

Odwołujący Indra podniósł ponadto, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zawęża sytuację faktyczną w której może być ta przesłanka zastosowana jedynie do sytuacji, w której wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Nie jest możliwe zatem jego zastosowanie w sytuacji gdy oferty zostały odrzucone jako niezgodne z SIWZ jak to ma miejsce w zbliżonej przesłance dla zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust.

1 pkt 1 ustawy Pzp) ale jedynie do takiej niezgodności, która polegała na merytorycznej niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Tymczasem podstawą odrzucenia oferty odwołującego Indra w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (nr 162/BŁil/18/TG/PMP) nie było ustalenie przez zamawiającego niezgodności oferty z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia lecz rzekome braki w opisaniu właściwego modelu lub wersji oferowanego sprzętu w formularzu ofertowym. Choćby zatem z tego powodu nie było możliwości skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki.

Według odwołującego Indra, ostatnią z przesłanek, która musi się ziścić, jest tożsamość warunków postępowania prowadzonego w trybie konkurencyjnym i tego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Wobec faktu, iż zamawiający zwleka z udostępnieniem odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki nie jest możliwe zweryfikowanie przez odwołującego, czy rzeczywiście nie nastąpiła istotna zmiana pierwotnych warunków zamówienia. Z ostrożności odwołujący Indra podniósł, że również w tym zakresie zamawiający mógł zlekceważyć przepisy ustawy Pzp i dokonać zmian warunków postępowania w stosunku do tych wskazanych w pierwotnym postępowaniu, w szczególności w zakresie terminu realizacji zamówienia.

Odwołujący Indra argumentował, że udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki stanowi wyjątek od zasady prowadzenia postępowania na podstawie trybu konkurencyjnego, a przesłanki stosowania trybu niekonkurencyjnego winny być interpretowane ściśle. W ukształtowanych w ustawie zasadach (rozdział 2 ustawy) oraz poszczególnych przepisach ustawy regulujących poszczególne tryby udzielania zamówień publicznych znajdują odzwierciedlenie cele i zasady zawarte w przepisach prawa europejskiego. Podstawowa regulacja w zakresie wyboru trybu w jakim zostaje udzielone zamówienie zawarta jest w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu zamawiający może udzielić zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Obowiązkiem zamawiającego, który korzysta z innego trybu udzielenia zamówienia (art. 10 ust. 2 ustawy) niż tryb podstawowy (art. 10 ust. 1 ustawy) jest wykazanie, że zamawiający prawidłowo zastosował przepisy i wypełnia przesłanki wynikające z przepisów szczególnych dla wybranego trybu, w którym udzielił zamówienia.

Odwołujący Indra wskazał, że ciężar udowodnienia spoczywa na zamawiającym zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego - ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Odwołujący Indra argumentował, że także Sąd Najwyższy jak i Naczelny Sąd Administracyjny (wyrok z dnia 11 września 2000 r. sygn. akt II SA 2074/00, wyrok z dnia 1 październik 2001, sygn. akt II SA 2802/00, wyrok SN z dnia 6 lipca 2001, sygn. akt III RN 16/01) wielokrotnie podkreślały, że przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 roku, C- 20/01, C-28/01 lub wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku, C-126/03).

Odwołujący Indra wywiódł, że w orzecznictwie wskazuje się również na konieczność dokonania badania, czy działanie zamawiającego nie wypełnia dyspozycji art. 58 § 1 kodeksu cywilnego, tzn. czy nie zostało przedsięwzięte w celu obejścia prawa. Obejście prawa polegałoby w tym przypadku na wywołaniu skutku prawnego, w którym dopuszczalne byłoby zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, za pomocą świadomego ukształtowania tej czynności tak, że zewnętrznie, formalnie będzie ona miała cechy niesprzeciwiające się obowiązującemu prawu.

Odwołujący Indra wywiódł, że postępowanie zamawiającego stanowi naruszenie określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wyeliminowanie konkurencji poprzez bezpodstawne udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki stanowi jeden z najbardziej jaskrawych przykładów naruszenia zasad, jakimi powinien kierować się zamawiający zgodnie z art. 7 ustawy Pzp. Wskazał, że art. 18 ust. 1 zdanie 2 i 3 dyrektywy 2014/24/UE wprost stanowi, że „zamówień

nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców". Zdaniem odwołującego Indra działanie zamawiającego w niniejszej sprawie wprost miało na celu wyłączenie zamówienia z

zakresu stosowania dyrektywy i sztuczne zawężenie konkurencji z zamiarem działania na

korzyść przystępującego Motorola.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne

swego stanowiska.

Do obu postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Motorola Solutions Systems Polska sp. z o.o. w Krakowie oraz Motorola Solutions Polska sp. z o.o. w Warszawie. Wnieśli o oddalenie odwołań. Przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1875/19 po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Sprint Spółka Akcyjna w Olsztynie oraz Hytera

Mobilfunk GmbH w Bad Munder (Niemcy). Wnieśli o uwzględnienie odwołania. Przedstawili

uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, zaproszenie do negocjacji wraz z załącznikami, umowę z 9 sierpnia 2019 r. nr 202/197/BŁiI/19/RG/PMP/199 zawartą przez Skarb Państwa, Komendanta Głównego Policji z siedzibą w Warszawie z wykonawcami Motorola Solutions Systems Polska sp. z o.o. w Krakowie i Motorola Solutions Polska sp. z o.o. w Warszawie, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia 2019/S 173-422065 z dnia 9 września 2019 r., wniosek Adriana Bura o udostępnienie protokołu postępowania z 11 września 2019 r. pismo zamawiającego z 25 września 2019 r. o przedłużeniu terminu rozpoznania wniosku, wniosek Adriana Bura z 25 września 2019 r. o ponowne rozpoznanie wniosku, sporządzone przez zamawiającego zestawienie różnic w dokumentacji postępowania prowadzonego przez Komendanta Głównego Policji na modernizację policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach do systemu standardu ETSI TETRA nr postępowania 162/BŁiI/18/TG/PMP z dokumentacją przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia,

a także:

specyfikację istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Komendanta Głównego Policji na modernizację policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach do systemu standardu ETSI TETRA nr postępowania 162/BŁiI/18/TG/PMP, protokół prezentacji systemu Tetra z 27 marca 2019 r., wyrok KIO z dnia 18 lipca 2019 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 999/10 i KIO 1000/19, skargę zamawiającego z 29 lipca 2019 r. na wyrok KIO z 18 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 999/19 i KIO 1000/19, zawiadomienie zamawiającego z dnia 30 lipca 2019 r. o odrzuceniu ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA, nr sprawy 162/BŁiI/18/TG/PMP, zawiadomienie zamawiającego z 30 lipca 2019 r. o unieważnieniu ww. postępowania, wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1553/19 i KIO 1558/19, skargę zamawiającego z 11 września 2019 r. na wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1553/19 i KIO 1558/19, załączniki do odpowiedzi na odwołanie złożonej przez zamawiającego, jak również biorąc pod uwagę dokumenty, oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowań złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w obu postępowaniach odwoławczych w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Motorola Solutions Systems Polska sp. z o.o. w Krakowie oraz Motorola Solutions Polska sp. z o.o. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185

ustawy Pzp, zaś wykonawcy wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1875/19 w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sprint Spółka Akcyjna w Olsztynie oraz Hytera Mobilfunk GmbH w Bad Munder (Niemcy), uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawcy wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki i udzielił zamówienia w tym trybie innemu wykonawcy. Obaj odwołujący wywodzili, że są zdolni do wykonania zamówienia, a także że są uczestnikami trwającej równolegle procedury konkurencyjnej dotyczącej tego samego przedmiotu zamówienia, w ramach której mogą uzyskać zamówienie i domagali się stwierdzenia, że bezpośrednie udzielenie zamówienia nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp a także unieważnienia umowy zawartej przez zamawiającego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający w 2018 r. wszczął i do chwili obecnej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA", sprawa nr 162/BŁil/18/TG/PMP.

Ogłoszenie o ww. zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 września 2018 r., nr 2018/S 168-382059.

Zgodnie z pkt. 14. wzoru formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do SIWZ w ww. przetargu wykonawcy mieli zaoferować:

1) Infrastrukturę Systemową obejmująca węzły Systemu - SwMI (ang. Switching and Management Infrastructure:.....(wpisać producenta, wersję).

2) Stacje bazowe - BS (ang. Base Station) :.....(wpisać producenta, model/wersję).

3) Konsole:.....(wpisać producenta, model/wersję).

4) Radiotelefony noszone:.....(wpisać producenta model/wersję).

5) Terminale biurkowe:.....(wpisać producenta model/wersję).

6) Radiotelefony przewoźne:.....(wpisać producenta model/wersję).

Zgodnie z pkt 3.1 zakres dostaw i prac musi obejmować wszelkie urządzenia,

materiały i usługi niezbędne do instalacji, uruchomienia i konfiguracji Systemu oraz jego prawidłowego i efektywnego działania i być zgodny z Dokumentacją. Elementy wchodzące w skład przedmiotu zamówienia zamawiający określił w pkt. 3.2 OPZ.

W kolejnych punktach OPZ zamawiający przedstawił szczegółowe dane dot. przedmiotu zamówienia, w tym wymagane parametry, konfiguracje i ukompletowanie.

W dalszej kolejności ustalono, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego złożono 3 oferty pochodzące od następujących wykonawców:

1) konsorcjum Motorola Solutions Systems Polska sp. z o.o., ul. Czerwone Maki 82, 30-392 Kraków oraz Motorola Solutions Polska sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa (dalej: oferta przystępującego Motorola),

2) konsorcjum Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn oraz Hytera Mobilfunk GmbH, 31848 Bad Munder, Fritz-Hahne Str. 7 (dalej zwana również ofertą odwołującego Sprint),

3) konsorcjum Indra Sistemas Polska sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, Rohill Engineering B.V., Edisonstraat 12, 7903 AN Hoogeven, Holandia oraz Page Communication sp. z o.o., ul. Okrężna 8, 44-100 Gliwice (dalej zwana również ofertą odwołującego Indra).

Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w

ww. postępowaniu konkurencyjnym nr 162/BŁil/18/TG/PMP (por. dowód złożony przez odwołującego Indra w aktach sprawy), wykonawcy zobowiązani byli do podania w treści oferty nazwy producenta oraz oznaczenia modelu/wersji oferowanych terminali biurkowych i

radiotelefonów przewoźnych (pkt 14 ppkt. 5 i 6 wzoru formularza ofertowego). W treści formularza ofertowego odwołujący Indra i Sprint oznaczyli oferowany terminal biurkowy oraz radiotelefon przewoźny jako „Sepura SRG3900".

Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego obowiązkiem wykonawcy było wskazanie producenta oraz modelu lub wersji radiotelefonu noszonego. Odwołujący Indra wpisał w pkt. 14.4 „Sepura SC2020", odwołujący Sprint - Sepura SC20 Series wersja SC2020, zas

przystępujący Motorola - „producent: Motorola Solutions; Model MTP seria 3000 wersja oprogramowania MR 17.3".

Zgodnie z pkt 14.1 formularza ofertowego, wykonawcy mieli zaoferować Infrastrukturę Systemową obejmującą węzły Systemu - SwMI (ang. Switching and Management

Infrastructure:..... (wpisać producenta,

wersję). Odwołujący Indra zaoferował system „Rohil TerfraNode Exchange R-827. Odwołujący Sprint zaoferował Hytera Tetra Core SOS Pv11. Przystępujący Motorola zaoferował „producent: Motorola Solution, wersja: platforma xCore wersja oprogramowania z linii 9.0.2.".

Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego wykonawcy zobowiązani byli do podania w treści oferty nazwy producenta oraz oznaczenia modelu lub wersji oferowanych stacji bazowych (pkt. 14 ppkt. 2 wzoru formularza ofertowego). Odwołujący Indra zaoferował urządzenie ROHILL BSS-R8070. Odwołujący Sprint zaoferował Hytera DIB-R5 advanced.

Przystępujący Motorola zaoferował „producent: Motorola Solutions; Model MTS-4 wersja oprogramowania z linii 9.0.2.".

W pkt 14.3. wzoru formularza ofertowego zamawiający wymagał podania producenta, modelu lub wersji oferowanej konsoli. Odwołujący Indra wpisał LDS Chameleon R-915. Odwołujący Sprint wpisał „Hytera MVND 1.1 version Hytera-ATOS Accesnet-T IP®VII (wersja 11). Przystępujący Motorola wpisał: producent: Motorola Solutions: Model MCC7500C i MCC7500S wersja oprogramowania z linii 9.0.2.

Ustalono także, że 21 maja 2019 r. zamawiający wybrał, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego Motorola.

Ustalono także, że wobec ww. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 31 maja 2019 r. wnieśli odwołania odwołujący Sprint i odwołujący Indra.

Ustalono także, że wyrokiem z dnia 18 lipca 2019 r. wydanym w sprawach o sygn.. akt KIO 999/19 i KIO 1000/19 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła obydwa odwołania i nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego Motorola na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak wskazania w formularzu ofertowym modelu / wersji radiotelefonu noszonego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert (por. wyrok KIO sygn. akt 999/19 i KIO 1000/19).

Ustalono także, że 29 lipca 2019 r. zamawiający wniósł skargę wobec ww. wyroku wnosząc o oddalenie odwołań (por. skarga złożona jako dowód do akt sprawy przez odwołującego Indra).

Ustalono także, że 30 lipca 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawców ubiegających się o udzielenie ww. zamówienia o unieważnieniu postępowania konkurencyjnego nr 162/BŁiI/18/TG/PMP na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. z powodu niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający powiadomił także ww. wykonawców o odrzuceniu ofert odwołującego Sprint, odwołującego Indra i przystępującego Motorola na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu faktycznym czynności, że oferta odwołującego Indra podlega odrzuceniu z uwagi na:

1. Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego obowiązkiem wykonawcy było wskazanie producenta oraz modelu lub wersji oferowanego urządzenia. W punkcie 14.5 i 14.6 oferty Wykonawca wpisał „Sepura SRG 3900". SRG3900 to wyłącznie seria, a nie model lub wersja (zgodnie z karą katalogową „SRG3900 series mobile radio") — wykonawca nie podał więc w tym przypadku zarówno modelu, jak i wersji oferowanego urządzenia. Brak ten, zgodnie z wyrokiem KIO 999/19 i 1000/19, świadczy o niejednoznacznej identyfikacji przedmiotu zamówienia i stanowi przesłankę odrzucenia oferty, jako niezgodnej z s.i.w.z. Brak ten uniemożliwia też zamawiającemu potwierdzenie zgodności zaoferowanego rozwiązania z OPZ.

2. Jako radiotelefony przewoźne i biurkowe zaoferowano takie samo urządzenie - SRG3900, choć zgodnie z OPZ są to różne urządzenia (rozdz.. 48, 49 i 51 OPZ). Wersja/ model biurkowa w sposób oczywisty i dokładnie opisany w OPZ różni się od wersji / modelu przewoźnego. Świadczy to o tym, wykonawca nie doprecyzował modelu lub wersji, przez co zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, czy zaoferowane terminale biurkowe i radiotelefony przewoźne spełniają wymagania OPZ

3. Seria SRG3900 jest oferowana w czterech różnych wersjach obsługiwanych zakresów częstotliwości, z których trzy nie spełniają wymagań 48.1.2, 48.1.3, 49.1.2, 51.1.1 OPZ — oferta nie zawiera informacji o tym, jaką wersję zaoferowali odwołujący 1, co nie pozwala na potwierdzenie zgodności zaoferowanego rozwiązania z wymaganiami OPZ;

4. Seria SRG3900 jest oferowana w wielu różnych wersjach panelów sterowania (np. SCC1, SCC2, SCC3, HBC2, HBC3 — karta katalogowa). Zamawiający nie wie, którą wersję zaoferowano, a jest to informacja istotna ze względów funkcjonalnych. Tym bardziej, że niektóre starsze wersje w sposób ewidentny nie spełniają OPZ np. z uwagi na monochromatyczny a nie kolorowy wyświetlacz.

5. Oferta nie precyzuje, czy oferowany sprzęt z serii SRG3900 posiada wymaganą w OPZ funkcjonalność TMO/DMO Gateway. Zgodnie z kartą katalogową serii produktów SRG3900 jest to opcjonalna wersja urządzenia. TMO/DMO Gateway został zademonstrowany w czasie testów, ale zgodnie z wyrokiem KIO nie jest dopuszczalne konkretyzowanie oferty w czasie testów. Dodatkowym potwierdzeniem, jest to że zakup tej wersji wiąże się z odrębną licencją.

6. Oferta nie precyzuje, czy oferowany sprzęt z serii SRG3900 posiada wymagane w OPZ funkcjonalności: GPS, DMO Repeater, szyfrowanie AIE, E2EE. Zgodnie z kartą katalogową serii produktów SRG3900, są to wersje opcjonalne. Dodatkowym potwierdzeniem, jest to, że zakup w wersji DMO Repeater wiąże się z odrębną dodatkowo płatną licencją oprogramowania. Oferta nie precyzuje, jaki sprzęt ma być dostarczony, co nie

pozwala na potwierdzenie zgodności zaoferowanego rozwiązania z wymaganiami OPZ

7. Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego obowiązkiem wykonawcy było wskazanie producenta oraz modelu lub wersji oferowanego urządzenia. Wykonawca wpisał w pkt 14. 4 oferty „Sepura SC2020". Oznaczenie radiotelefonu noszonego jako „Sepura SC2020" nie zawiera modelu lub wersji oferowanego urządzenia. Zgodnie z wyrokiem KIO, oznaczenie to miało służyć jednoznacznej identyfikacji przedmiotu zamówienia, a w ofercie nie doprecyzowano jaka wersja została zaoferowana. Poniżej zestawienie potencjalnych wariantów ofert (patrz karta katalogowa „SC20 series hand-portables"), które nie zostały sprecyzowane w ofercie co uniemożliwia potwierdzenie zgodności z OPZ:

a. „Sepura SC2020" obsługuje różne klasy mocy nadajnika (klasy 3, 3L, 4) w zależności od rodzaju użytej baterii;

b. „Sepura SC202" są oferowane w różnych klasach IP (IP65, IP66, IP67&IP68);

c. „Sepura SC2020" są oferowane w opcjach z GPS, szyfrowanie AIE, E2EE.

d. „Sepura SC2020" są oferowane w opcjach z DMO Repeater, TMO/DMO Gateway. Zakup w takiej wersji wiąże się z odrębną dodatkowo płatną licencją oprogramowania.

8. Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego obowiązkiem wykonawcy było wskazanie producenta oraz modelu lub wersji oferowanego urządzenia. W pkt 14.1 oferty wykonawca wpisał „Rohil TertraNode Exchange R-827". Zgodnie z kartą katalogową „Rohill R-827 TetraNode High End" urządzenie jest oferowane wraz z innymi urządzeniami (posiadającymi własne oznaczenia modeli / wersji) wchodzącymi w skład systemu zbudowanego z użyciem R-827. Są to przykładowo urządzenia oznaczone symbolami: R-809, R-816, R-880, R-1810 i inne. Wykonawca nie zawarł w ofercie informacji o oferowanych elementach, choć niewątpliwie zadeklarowanie określonych urządzeń jest konieczne do potwierdzenia wymagań OPZ i stanowi uzupełnienie funkcjonalności zaoferowanego jako wyłączne urządzenia R-827. Z tego powodu nie można uznać, że oferta odwołujących 1 spełnia OPZ w zakresie wymagań co do infrastruktury systemowej.

9. W pkt 14.2 oferty zaoferowano dostawę stacji bazowych „Rohill BSS-R8070" bez wskazania, jakie wersje tych stacji są oferowane, Materiały z dialogu technicznego z firmą Rohill wskazują, że istnieją przynajmniej stacje BS z dwoma lub czterema modułami R-8070. Z oferty nie można wykluczyć dostawy BS z jednym modułem R-8070, a to byłoby w sprzeczności z OPZ 6.4 i OPZ 25.21.

10. Zgodnie z informacją z karty katalogowej dot. zaoferowanych stacji bazowych występują one w wersjach dla różnych pasm (częstotliwości) pracy. Wersje stacji różnią się też innymi parametrami. Wykonawca nie sprecyzował, w których wersjach je zaoferował. Uniemożliwia to zamawiającemu jednoznaczną identyfikację zaoferowanych urządzeń oraz nie pozwala potwierdzić zgodności z OPZ

11. Złożona oferta dopuszcza zaoferowanie stacji bazowej posiadającej pojedynczy BR co jest niezgodne z OPZ.

12. W pkt. 14.3 oferty Wykonawca wpisał „LDS Chameleon R-915". Oferta nie zawiera nazwy producenta konsoli. Nie pozwala to zamawiającemu na jednoznaczną identyfikację przedmiotu zamówienia i stanowi przesłankę odrzucenia oferty, jako niezgodnej z s.i.w.z. Brak ten uniemożliwia też zamawiającemu potwierdzenie zgodności zaoferowanego rozwiązania z wymaganiami OPZ.

13.Istnieją wersje oprogramowania konsoli LDS Chameleon R-915 (np. szyfrowanie E2E jest „opcją") i zamawiający nie ma pewności, jaka wersja oprogramowania konsoli będzie dostarczona — karta katalogowa konsoli). Tym bardziej, że zamawiający jest w posiadaniu LDS Chameleon R-915. W momencie ówczesnego wdrożenia jej wersja była oznaczona numerem 2.10.2. Brak sprecyzowania wersji LDS Chameleon R-915 skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Tym bardziej, że zgodnie z OPZ system ma być oparty o najnowszą dostępną wersję na rynku oferowaną przez producenta na dzień złożenia oferty.

14.Zaoferowany „LDS Chameleon R-915" zgodnie z kartą katalogową zawiera „standardowy" komputer PC. W ofercie nie wskazano, jaki komputer został zaoferowany, a oferowanych jest na rynku dziesiątki tzw. „standardowych" komputerów niespełniających wymagań OPZ (np. co do wielkości monitora). Dopiero wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zawierają informacje o producencie rozwiązania sprzętowego konsoli, tj. Fujitsu: komputer Celsius j580 oraz monitor Display E24-9 TOUCH. Zamawiający zauważył, że już użytkuje konsole oparte o oprogramowanie LDS Chameleon R-915 gdzie zastosowana platforma produkcji firmy DELL. Zatem na informacji z oferty zamawiający nie może potwierdzić jej zgodności z OPZ, ponieważ nie identyfikuje ona jednoznacznie nie tylko modelu/wersji ale również producenta rozwiązania.

15. Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego wykonawcy mieli wskazać w pkt. 14.1 oferty: „Infrastrukturę Systemową obejmującą węzły Systemu — SwMI". Węzły systemu są więc co prawda elementem koniecznym do ujęcia w ofercie, ale nie oznacza to że jedynym. Wykonawca zaoferował np. dodatkowo punktowany moduł LTE, który jest odrębny wobec SwMI, więc może, ale nie musi być z nim integrowany. W formularzu ofertowym w polu dot. infrastruktury systemowej nie ma odniesienia do modułu LTE, a niewątpliwie wersja infrastruktury systemowej z modułem LTE różni się od wersji bez takiego modułu. Oznacza to, że wykonawca nie wykazał, że oferowana infrastruktura systemowa spełnia wymagania OPZ ponieważ nie zawarł w ofercie żadnej informacji o Infrastrukturze systemowej poza SwMI. Oferta nie zawiera nawet informacji jednoznacznie identyfikującej wersję węzła Systemu-SwMI. Rozwiązanie Tetra Node Exchange R-827 zostało doprecyzowane kartą katalogową przez wykonawcę podczas prezentacji systemu co znalazło odzwierciedlenie w protokole z testów. Należy przy tym zauważyć, że zgodnie z OPZ system ma być oparty o najnowszą dostępną wersję na rynku oferowaną przez producenta na dzień złożenia oferty, co również mogło być doprecyzowane dopiero na etapie testów. Ponadto zgodnie z kartą katalogową producenta rozwiązanie Tetra Node Exchange R-827 posiada wiele wersji opcjonalnych.

16. Nawet w przypadku ograniczenia się do samego SwMI oferta nie zawiera informacji o producencie i modelu/wersji ściany wizyjnej.

17. Istnieją różne wersje oprogramowania oferowanej konsoli (np. szyfrowanie E2E jest „opcją") i zamawiający nie ma pewności, jaka wersja oprogramowania konsoli będzie dostarczona — karta katalogowa konsoli). Tym bardziej, że zamawiający jest w posiadaniu LDS Chameleon R-915 i wie, że w zależności od wersji, posiada ona funkcjonalności.

18. Również w przypadku urządzeń sieciowych wchodzących w skład SwMI, producent oraz model/wersja nie zostały doprecyzowane w ofercie. Uniemożliwia to zamawiającemu jednoznaczną identyfikację oferowanych urządzeń na podstawie złożonej oferty, co za tym idzie nie jest możliwe potwierdzenie zgodności oferty z OPZ

Żadna z powyższych niezgodności z OPZ, zgodnie z wyrokiem KIO 999/19, 1000/19 nie może podlegać poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Zamawiający wskazał, że oferta odwołującego Sprint podlega odrzuceniu z postępowania na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazał, że oferta odwołującego Sprint podlega odrzuceniu z uwagi na:

1. Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego obowiązkiem wykonawcy było wskazanie producenta oraz modelu lub wersji oferowanego urządzenia. W punkcie 14.5 i 14.6 oferty wykonawca wpisał „Sepura SRG 3900". SRG3900 to wyłącznie seria, a nie model lub wersja (zgodnie z kartą katalogową „SRG39 series mobile radio") — wykonawca nie podał więc w tym przypadku zarówno modelu, jak i wersji oferowanego urządzenia. Brak ten, zgodnie z wyrokiem KIO 999/19 i 1000/19, świadczy o niejednoznacznej identyfikacji przedmiotu zamówienia i stanowi przesłankę odrzucenia oferty, jako niezgodnej z s.i.w.z. Brak ten uniemożliwia też zamawiającemu potwierdzenie zgodności zaoferowanego rozwiązania z wymaganiami OPZ.

2. Jako radiotelefony przewoźne i biurkowe zaoferowano takie samo - SRG3900, choć zgodnie z OPZ są to różne urządzenia (rozdz. 48, 49 i 51 OPZ). Wersja / model biurkowa w sposób oczywisty i dokładnie opisany w OPZ różni się od wersji / modelu przewoźnego. Świadczy to o tym, że wykonawca nie doprecyzował modelu lub wersji urządzenia, przez co zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, czy zaoferowane terminale biurkowe i radiotelefony przewoźne spełniają wymagania OPZ.

3. Seria SRG3900 jest oferowana w czterech wersjach obsługiwanych zakresów częstotliwości, z których trzy nie spełniają wymagań 48.1.2, 48.1.3, 49.1.2, 51.1.1 OPZ — oferta nie zawiera informacji o tym, jaką wersję zaoferował wykonawca, co nie pozwala na potwierdzenie zgodności zaoferowanego rozwiązania z wymaganiami OPZ;

4. Seria SRG3900 jest oferowana w wielu różnych wersjach panelów sterowania (np. SCC1, SCC2, SCC3, HBC2, HBC3 — karta katalogowa) — Zamawiający nie wie, którą wersję zaoferowano, a jest to informacja istotna ze względów funkcjonalnych. Tym bardziej, że niektóre starsze wersje w sposób ewidentny nie spełniają OPZ np. z uwagi na monochromatyczny a nie kolorowy wyświetlacz.

5. Oferta nie precyzuje, czy oferowany sprzęt z serii SRG3900 posiada wymaganą w OPZ funkcjonalność TMO/DMO Gateway. Zgodnie z kartą katalogową serii produktów SRG3900 jest to opcjonalna wersja urządzenia. TMO/DMO Gateway został zademonstrowany w czasie testów, ale zgodnie z wyrokiem KIO nie jest dopuszczalne konkretyzowanie oferty w czasie testów. Dodatkowym potwierdzeniem, jest to że zakup tej

wersji wiąże się z odrębną licencją.

6. Oferta nie precyzuje, czy oferowany sprzęt z serii SRG3900 posiada wymagane w OPZ funkcjonalności: GPS, DMO Repeater, szyfrowanie AB, E2EE. Zgodnie z kartą katalogową serii produktów SRG3900, są to wersje opcjonalne. Dodatkowym potwierdzeniem, jest to że zakup w wersji DMO Repeater wiąże się z odrębną dodatkowo płatną licencją oprogramowania. Oferta nie precyzuje jaki sprzęt ma być dostarczony, co nie pozwala na potwierdzenie zgodności zaoferowanego rozwiązania z wymaganiami OPZ

7. Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego obowiązkiem wykonawcy było wskazanie producenta oraz modelu lub wersji oferowanego urządzenia. Wykonawca wpisał w pkt 14. 4 oferty „Sepura SC20 Series wersja SC2020". Oznaczenie radiotelefonu noszonego jako „Sepura SC20 Series wersja SC2020" nie jest wystarczająco precyzyjne, ponieważ zgodnie z wyrokiem KIO oznaczenie to miało służyć jednoznacznej identyfikacji przedmiotu zamówienia, a w ofercie nie doprecyzowano jaka wersja została zaoferowana. Poniżej zestawienie potencjalnych wariantów ofert (karta katalogowa „SC20 series hand-portables"), które nie zostały sprecyzowane w ofercie, co uniemożliwia potwierdzenie zgodności z OPZ:

a. „Sepura SC20 Series wersja SC2020" obsługuje różne klasy mocy nadajnika (klasy 3, 3L, 4) w zależności od rodzaju użytej baterii;

b. „Sepura SC20 Series wersja SC2020" są oferowane w różnych klasach IP (IP65, IP66, IP67&IP68);

c. „Sepura SC20 Series wersja SC2020" są oferowane w opcjach z GPS, szyfrowaniem AIE, E2EE oraz bez tych opcji.

d. „Sepura SC20 Series wersja SC2020" są oferowane w opcjach z DMO TMO/DMO Gateway. Zakup w takiej wersji wiąże się z odrębną, dodatkowo płatną licencją oprogramowania, co wynika dopiero z wyjaśnień rażąco niskiej ceny firmy SPRNT.

8. Zawarty w pkt 14.3 oferty wpis dotyczący konsoli „HyteraMVND 1.1 Version Hytem-ATOS Acceessnet-T IP(R)PVII (wersja 11) w sposób jednoznaczny nie precyzuje urządzenia, które zostanie dostarczone.

9. Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego, wykonawcy mieli wskazać: „Infrastrukturę Systemową obejmującą węzły Systemu — SwMIW". Węzły systemu są więc co prawda elementem koniecznym do ujęcia w ofercie, ale nie oznacza to, że jedynym spośród Infrastruktury Systemowej. Wykonawca zaoferował np. dodatkowo punktowany moduł LTE, który jest odrębny wobec SwMI, więc może, ale nie musi być z nim integrowany. W formularzu ofertowym w polu dot. infrastruktury systemowej nie ma odniesienia do modułu LTE, a niewątpliwie wersja Infrastruktury Systemowej z modułem LTE różni się od wersji bez takiego modułu. Oznacza to, że wykonawca nie wykazał, że oferowana infrastruktura systemowa spełnia wymagania OPZ, ponieważ nie zawarł w ofercie żadnej informacji o Infrastrukturze systemowej poza SwMI.

10. Nawet w przypadku ograniczenia się do samego SwMI, oferta nie zawiera informacji o producencie i modelu/wersji ściany wizyjnej.

11. Również w przypadku urządzeń sieciowych wchodzących w skład SwMI, producent oraz model/wersja nie zostały wskazane w ofercie. Uniemożliwia to zamawiającemu jednoznaczną identyfikację zaoferowanych urządzeń na podstawie złożonej oferty, co m tym idzie nie jest możliwe potwierdzenie zgodności oferty z OPZ.

12. Zgodnie z informacją z karty katalogowej dot. zaoferowanych stacji bazowych występują one w wersjach dla różnych pasm (częstotliwości) pracy. Wersje stacji różnią się też innymi parametrami. Wykonawca nie sprecyzował, w których wersjach je zaoferował. Uniemożliwia to zamawiającemu jednoznaczną identyfikację zaoferowanych urządzeń oraz nie pozwala potwierdzić zgodności z OPZ.

Zamawiający oświadczył, że żadna z powyższych niezgodności z OPZ, zgodnie z wyrokiem KIO 999/19, 1000/19, nie może podlegać podprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Zamawiający poinformował także, że oferta przystępującego Motorola podlega odrzuceniu z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na:

1. Wskazanie w ofercie radiotelefonu noszonego „Model MTP seria 3000" to wskazanie serii a nie konkretnego modelu lub wersji radiotelefonu noszonego. Uniemożliwia to jednoznaczną Identyfikację zaoferowanych urządzeń oraz nie pozwala potwierdzić zgodności z OPZ (wykonanie wyroku KIO 999/19 i 1000/19).

2. Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego wykonawcy mieli wskazać „Infrastrukturę Systemową obejmującą węzły Systemu SwMI". Węzły systemu są więc co prawda elementem koniecznym do ujęcia w ofercie, ale nie oznacza to, że jedynym spośród Infrastruktury Systemowej. Wykonawca zaoferował np. dodatkowo punktowany moduł LTE, który jest odrębny wobec SwMI skoro może ale nie musi być z nim integrowany: W formularzu ofertowym w polu dot. Infrastruktury Systemowej nie ma odniesienia do modułu LTE, a niewątpliwie wersja Infrastruktury Systemowej z modułem LTE różni się od wersji bez takiego modułu. Oznacza to, że wykonawca nie wykazał, że oferowana infrastruktura systemowa spełnia wymagania OPZ ponieważ nie zawarł w ofercie żadnej informacji o Infrastrukturze systemowej poza SwMI.

3. „Nawet w przypadku ograniczenia się do samego SwMI oferta nie zawiera informacji o producencie i modelu/wersji ściany wizyjnej.

4. Zgodnie z informacją z karty katalogowej dot. zaoferowanych stacji bazowych występują one w wersjach dla różnych pasm (częstotliwości) pracy. Wersje stacji różnią się też parametrarni. Wykonawca nie sprecyzował w których wersjach je zaoferował. Uniemożliwia to Zamawiającemu jednoznaczną identyfikację zaoferowanych urządzeń oraz nie pozwala potwierdzić zgodności z OPZ.

5. Jako radiotelefony przewoźne i biurkowe zaoferowano takie samo urządzenie MTM5400, choć zgodnie z OPZ są to różne urządzenia (rozdz. 48, 49 i 51 OPZ). Wersja / model biurkowa w sposób oczywisty i dokładnie opisany w OPZ różni się od wersji / modelu przewoźnego.

6. Oferta nie precyzuje, czy oferowane radiotelefony MTM5400; MTM5500 posiadają wymagane w OPZ funkcjonalności: GPS, DMO Repeater, szyfrowanie AIE, E2EE.

7. Oferta nie precyzuje, czy oferowany sprzęt MTM5400 posiada wymaganą w OPZ funkcjonalność TMO/DMO Gateway. TMO/DMO Gateway został zademonstrowany w czasie testów ale zgodnie z Wyrokiem KIO 999/19 i 1000/19 nie jest dopuszczalne konkretyzowanie oferty w czasie testów.

Zamawiający oświadczył, że żadna z powyższych niezgodności z OPZ, zgodnie z wyrokiem KIO 999/19, 1000/19, nie może podlegać podprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Powyższe ustalono, na podstawie zawiadomienia o odrzuceniu ofert z 30 lipca 2019 r. załączonego jako załącznik nr 12 do odwołania KIO 1875/19.

Ustalono także, że 31 lipca 2019 r. zamawiający wszczął postępowanie na modernizację policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA, nr postępowania 197/BŁiI/19/RG/PMP w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W tej dacie skierował do przystępującego Motorola zaproszenie do negocjacji (pkt 6 protokołu postępowania, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego). W uzasadnieniu faktycznym wyboru trybu zamawiający wskazał: W postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego („Modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA", nr sprawy 162/BŁiI/18/TG/PMP) wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. (pkt 4 protokołu postępowania).

Negocjacje z przystępującym Motorola prowadzono w dniach 1 - 8 sierpnia 2019 r. (pkt 9 protokołu).

Ustalono, że w dniu 9 sierpnia 2019 r. zamawiający w wyniku przeprowadzonego postępowania w trybie z wolnej ręki zawarł z przystępującym Motorola umowę nr

202/197/BŁiI/19/RG/PMP/199, której przedmiotem jest modernizacja policyjnych sieci

radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA (§ 2

ust. 1 ww. umowy, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Ustalono także, że wobec ww. czynności unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego nr sprawy 162/BŁiI/18/TG/PMP, a także wobec czynności odrzucenia swych ofert w tym postępowaniu w dniu 9 sierpnia 2019 r. wnieśli odwołania odwołujący Sprint i odwołujący Indra.

Ustalono także, że wyrokiem z dnia 26 sierpnia 2019 r. wydanym w sprawach KIO 1553/19 i KIO 1558/19 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła obydwa odwołania i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego Sprint oraz odwołującego Indra i dokonanie ponownej oceny ofert (por. wyrok KIO sygn. akt 1553/19 i KIO 1558/19). Powyższe ustalono na podstawie ww. wyroku, załączonego jako załącznik nr 15 do odwołania KIO 1875/19.

Ustalono także, że w dniu 4 września 2019 r. zamawiający przekazał do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.

Ogłoszenie to zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 września 2019 r. nr 2019/S 173-422065 (ogłoszenie w aktach sprawy). Z ogłoszenia tego wynika, że postępowanie na modernizację policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA nr sprawy 197/BŁiI/19/RG/PMP prowadzone jest na podstawie dyrektywy 2014/24/UE (s.1/5 ogłoszenia). W ogłoszeniu wskazano, że zamawiający udzielił zamówienia bez uprzedniej publikacji zaproszenia do ubiegania się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wyboru trybu wskazano, że w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego („Modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA", nr sprawy 162/BŁiI/18/TG/PMP) wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione (pkt IV.1.1. ogłoszenia, s. 4/5). W ogłoszeniu wskazano także, że umowa została zawarta 9 sierpnia 2019 r. z przystępującym Motorola.

Ustalano także, że zamawiający 11 września 2019 r. wniósł skargę wobec wyroku Izby z dnia 26 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1553/19 i KIO 1558/19 domagając się oddalenia obu odwołań (dowód: kserokopia skargi złożona do akt sprawy przez odwołującego Indra).

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Zasadne okazały się zarzuty naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 4, art. 7 ust. 1, art. 10 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

Izba po rozpoznaniu odwołań stwierdziła, że zamawiający udzielając w dniu 9 sierpnia 2019 r. zamówienia w trybie z wolnej ręki przystępującemu Motorola naruszył ww. przepisy ustawy Pzp.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W świetle art. 10 ust. 1 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Jak stanowi zaś art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Ww. przepisy art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zostały zamieszczone w rozdziale II ustawy Pzp zatytułowanym „zasady udzielania zamówień".

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Nie ulegało wątpliwości, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi wyjątek od naczelnej zasady systemu zamówień publicznych, to jest zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe wynika z faktu, że istota trybu zamówienia z wolnej ręki polega na całkowitym wyłączeniu konkurencji w postępowaniu, które prowadzi się wyłącznie z udziałem jednego, wybranego wykonawcy. Przepis stanowi także wyjątek od zasady prymatu trybów podstawowych, wynikającej z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tą zasadą, trybami podstawowymi są przetarg nieograniczony i ograniczony, które mogą być stosowane zawsze. Udzielenie zamówienia publicznego w pozostałych trybach jest reglamentowane przez ustawodawcę, gdyż może odbywać się tylko w przypadkach określonych w ustawie.

W dalszej kolejności podkreślenia wymagało, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 32 ust. 2 lit. a dyrektywy

Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65), tzw. dyrektywy klasycznej. Przepis ten stanowi, że procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji można stosować do zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w każdym z następujących przypadków:

a) jeżeli w odpowiedzi na procedurę otwartą lub procedurę ograniczoną nie złożono żadnej oferty bądź żadnej odpowiedniej oferty lub żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału bądź żadnego odpowiedniego wniosku o dopuszczenie do udziału, pod warunkiem że pierwotne warunki zamówienia nie ulegają zasadniczym zmianom oraz pod warunkiem że odpowiednie sprawozdanie zostanie przesłane Komisji, jeśli tego zażąda.

Ofertę uznaje się za nieodpowiednią, jeżeli nie ma ona związku z zamówieniem, ponieważ wyraźnie nie jest w stanie, bez istotnych zmian, zaspokoić potrzeb i spełnić wymogów instytucji zamawiającej określonych w dokumentach zamówienia.

Konieczność uwzględnienia przy wyrokowaniu wykładni prounijnej stosowanego przepisu wynika z faktu, że Krajowa Izba Odwoławcza, jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE", Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2012 r. C 326, s.1). Powyższy status KIO potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact) stwierdzając, że KIO jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego. Izba jako sąd prawa krajowego obowiązana jest dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni prounijnej, co w świetle orzecznictwa TS UE wynika z art. 10 TWE (zasada solidarności, obecnie art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej), oraz z art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 TFUE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia w prawie krajowym zakładanego przez nie rzeczywistego rezultatu) (por. m.in. wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 S. v. C. i E. K. przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie v. C.); wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie D. H. przeciwko Deutsche Tradax GmbH, Zb.Orz. 1984, str. 1921, pkt 26 (w skrócie H.); wyrok TS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 (w skrócie Marleasing);

wyrok TS z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-165/91 S. J. M. v. M. przeciwko

Rijksdienst voor Pensioenen, Zb. Orz. 1994, str. I-04661, pkt 32.

Jak wskazano w orzeczeniu TS UE w sprawie von Colson, sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy. Z kolei z wyroku TS UE w sprawie Marleasing wynika, że wykładnia prounijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. so far as possible). Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia

prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, obowiązek sądu krajowego wykładni zgodnej z dyrektywą jest bowiem przedłużeniem obowiązku państwa członkowskiego należytej implementacji dyrektywy na poziomie orzeczniczym, jeżeli bez niej nie może zostać osiągnięty cel harmonizacji, a mianowicie nie tylko formalne, ale także rzeczywiste ujednolicenie porządku prawnego we Wspólnocie. Oznacza to, że sądy krajowe są włączone w proces implementacji dyrektyw, który obejmuje zasadniczo dwa etapy, a mianowicie etap

legislacyjnej transpozycji dyrektywy do krajowego porządku prawnego (etap stanowienia prawa krajowego) i etap sądowej korekty niewłaściwej lub spóźnionej transpozycji lub jej braku w formie wspólnotowych lub krajowych instrumentów, w tym zwłaszcza obowiązek wykładni zgodnej (etap stosowania prawa krajowego) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Przy interpretacji przepisu należało zatem uwzględnić również motywy regulacji opisane przez prawodawcę unijnego oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W tym kontekście dostrzeżenia wymagało, że w motywie 50 dyrektywy klasycznej prawodawca unijny jasno stwierdził, że procedury negocjacyjne bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, ze względu na ich szkodliwy wpływ na konkurencję, powinny być stosowane wyłącznie w szczególnie wyjątkowych okolicznościach. Wyjątki te powinny ograniczać się do przypadków, gdy publikacja ogłoszenia nie jest możliwa z racji wyjątkowo pilnej konieczności spowodowanej okolicznościami, których instytucja zamawiająca nie może przewidzieć i których nie można jej przypisać, albo gdy od początku jasne jest, że publikacja nie spowoduje większej konkurencji ani nie przyniesie lepszych wyników zamówienia, zwłaszcza wtedy, gdy obiektywnie istnieje tylko jeden wykonawca zdolny wykonać zamówienie. Tak jest w przypadku prac artystycznych, gdy tożsamość artysty nierozerwalnie determinuje niepowtarzalny charakter i wartość samego dzieła. Wyłączność może również wynikać z innych przyczyn, ale jedynie obiektywne sytuacje wyłączności mogą uzasadnić zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji, gdy sytuacja ta nie została stworzona przez samą instytucję zamawiającą z myślą o przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Nie ulega zatem wątpliwości, że przesłanki zamówienia w trybie z wolnej ręki, jako szczególnego wyjątku od zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i prymatu procedur podstawowych, tak daleko idącego, że wyłącza jakąkolwiek konkurencję, należy interpretować wyjątkowo ostrożnie, zawężająco, mając na względzie wyłączenie działania tych zasad. Na konieczność dokonywania wykładni ścisłej a wręcz zawężającej przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki wskazywał wielokrotnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a także piśmiennictwo.

Przykładowo Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 11.1.2005 r. (C-26/03, Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Zb. Orz. 2005, s. I-1) wskazał, iż w pierwszym rzędzie przypomnieć należy główny cel uregulowań unijnych w zakresie zamówień publicznych, jakim jest swobodny przepływ usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. Jego realizacja wymaga zobowiązania wszystkich instytucji zamawiających do stosowania właściwych uregulowań unijnych, gdy spełnione są przewidziane w nich warunki (pkt 44 wyr.). Każdy wyjątek od tego obowiązku podlega w rezultacie wykładni zawężającej. Trybunał orzekł zatem w odniesieniu do zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, że art. 11 ust. 3 dyrektywy 92/50/ EWG, „przewidujący taką procedurę jako odstępstwo od uregulowań mających na celu zapewnienie skuteczności uprawnień przyznanych w Traktacie WE w sektorze zamówień publicznych na usługi, powinien podlegać wykładni zawężającej i na podmiocie, który zamierza z niego skorzystać, spoczywa ciężar udowodnienia rzeczywistego występowania nadzwyczajnych okoliczności uzasadniających to odstępstwo" (pkt 46 wyr.) (za pośrednictwem: Jakub Pawelec, Komentarz do art. 32, w Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Komentarz, Legalis C.H. Beck, Warszawa 2017, wydanie I).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE przesłanki stosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji należy interpretować w sposób ścisły i zawężający, ciężar udowodnienia zaś, iż zostały one spełnione, każdorazowo spoczywa na podmiocie, który wywodzi z tego skutki prawne (zob. m.in. wyr. TSUE: z 3.5.1994 r. w sprawie C-328/92, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, Zb.Orz. 1994, s. I-01569; z 28.3.1996 r. w sprawie C-318/94, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec, Zb.Orz. 1996, s. I-01949; z 14.9.2004 r. w sprawie C-385/02, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska, Zb.Orz. 2004, s. I-08121; z 4.6.2009 r. w sprawie C-250/07, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Grecka, Zb.Orz. 2009, s. I-04369) (za pośrednictwem: W. Hartung i in., Komentarz do art. 32 w: Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, Legalis C.H. Beck, Warszawa 2015, wydanie I).

Nie ulegało również wątpliwości, że ciężar wykazania wszystkich przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki spoczywał na zamawiającym, jako na tym, który na taki wyjątek się powoływał i który z faktu tego wywodził skutek prawny. Okoliczność, że

obowiązek udowodnienia istnienia przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki spoczywa na zamawiającym została również jednoznacznie rozstrzygnięta w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE. W tym kontekście należy wymienić przykładowo wyroki TS UE w sprawie C-385/02 Komisja Wspólnot Europejskich vs Republika Włoska, czy wyrok w sprawie C-107/92.

W dalszej kolejności podkreślenia wymagało, że spełnienie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp powinno nastąpić na moment udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, co wynika wprost z przepisu. W rozpoznawanej sprawie zamawiający udzielił zamówienia w dniu 9 sierpnia 2019 r. W tej bowiem dacie zamawiający podpisał umowę z przystępującym Motorola. Zatem to na ten moment przesłanki trybu powinny być spełnione.

Kierując się powyższymi przepisami, wskazówkami interpretacyjnymi pochodzącymi od samego prawodawcy unijnego, a także wynikającymi z orzecznictwa TS UE i piśmiennictwa Izba stwierdziła, że zamawiający z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 1 ustawy Pzp udzielił zamówienia przystępującemu Motorola.

Izba stwierdziła, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwzględnieniem wszystkich reguł wykładni prawniczej, w tym literalnej, systemowej, celowościowej, prounijnej należy interpretować w tej sposób, że uprawnia on zamawiającego do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki dopiero po bezskutecznym zakończeniu procedury konkurencyjnej z powodu braku ofert lub odrzucenia wszystkich nieodpowiednich ofert.

Prezentowana przez zamawiającego i przystępującego Motorola przeciwna interpretacja, zgodnie z którą zamawiający uprawniony jest do udzielenia zamówienia z wolnej ręki wykonawcy przed upływem terminu na zaskarżenie decyzji o odrzuceniu ofert w postępowaniu konkurencyjnym okazała się sprzeczna z art. 7 ust. 1 i 10 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby interpretacja ta rażąco godziła w zasadę prymatu trybów podstawowych oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także pozostawała w sprzeczności z celem samej regulacji. Jak słusznie wskazywali odwołujący, przy przyjęciu takiej interpretacji, zamawiający w trakcie procedury konkurencyjnej mógłby pod jakimkolwiek pozorem odrzucić wszystkie oferty powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a następnie udzielić zamówienia dowolnie wybranemu przez siebie wykonawcy, spośród tych którzy uczestniczą w tej procedurze, lub nawet spoza niej. Idąc tym tokiem rozumowania zamawiający mógłby dowolnie udzielać zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp obok wciąż trwającej procedury konkurencyjnej nie bacząc na to, że procedura ta dalej trwa, że wykonawcy w niej uczestniczący ponieśli koszty sporządzenia ofert itd.

Na cel zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, rozumiany jako bezcelowość prowadzenia nowej procedury konkurencyjnej dopiero w razie bezskuteczności poprzedniej procedury wielokrotnie wskazywano w piśmiennictwie. Możliwość udzielenia zamówienia publicznego bez publikowania ogłoszenia w oparciu o art. 32 ust. 2 lit. a dyrektywy 2014/24/UE wynika z założenia, iż skoro w ramach procedur zapewniających pełną konkurencję pomiędzy wykonawcami nie złożono żadnej oferty ani żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełniających potrzeby i wymagania instytucji zamawiającej, to ich powtórne przeprowadzanie na takich samych zasadach zapewne nie przyniesie odmiennych rezultatów. Ponowne wszczynanie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie procedury otwartej lub ograniczonej byłoby zatem bezcelowe oraz mogłoby narazić instytucję zamawiającą na utratę czasu oraz poniesienie dodatkowych kosztów (por. W. Hartung i in., Komentarz do art. 32 w: Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, Legalis C.H. Beck, Warszawa 2015, wydanie I).

Na powyższy cel regulacji wskazywał również Prezes UZP w informatorze nr 10/2010 (dostępny na stronie internetowej uzp.gov.pl). Prezes UZP wskazał, co następuje: Wobec

powyższego należy przyjąć, że pierwszą przesłanką zastosowania przez zamawiającego

trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest bezskuteczność uprzednio prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Prezes UZP wskazał w tej publikacji także, że poprzez wymóg bezskuteczności poprzedniego postępowania realizowana jest zasada prymatu procedur przetargowych przy udzielaniu zamówień publicznych.

Nie było sporne między stronami, że zamawiający rzeczywiście wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w konkurencyjnym trybie przetargu nieograniczonego (postępowanie na „modernizację policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA", nr sprawy 162/BŁiI/18/TG/PMP). Nie było także sporne miedzy stronami, że 30 lipca 2019 r. zamawiający odrzucił wszystkie oferty złożone w tym postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednakże na moment udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, tj.

na dzień 9 sierpnia 2019 r., procedura konkurencyjna jeszcze trwała. Zgodnie z przepisem art. 182 ustawy Pzp, wobec czynności unieważnienia postępowania konkurencyjnego i czynności odrzucenia ofert wykonawcom przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w 10 dniowym terminie wskazanym w ww. przepisie. Z prawa tego skorzystali m.in. odwołujący Sprint i odwołujący Indra wnosząc w ww. terminie, w dniu 9 sierpnia 2019 r., odwołanie do Prezesa KIO. Zatem na moment udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki zamawiający wiedział, że procedura konkurencyjna jeszcze trwa. Zamawiający, na którym spoczywał ciężar wykazania przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, nie wykazał, aby w dniu 9 sierpnia 2019 r. prowadzona przez niego procedura zakończyła się bezskutecznie z powodu odrzucenia wszystkich ofert lub niezłożenia żadnej oferty. Na dzień udzielenia zamówienia zamawiający wykonał jedynie czynność odrzucenia wszystkich ofert, o której poinformował 30 lipca 2019 r. Zamawiający nie może jednak utrzymywać, jak pisze w odpowiedzi na odwołanie, że na datę 9 sierpnia 2019 r. odrzucenie ofert było ostateczne, skoro zgodnie z art. 182 ustawy Pzp termin na wniesienie odwołań wobec tej czynności upływał dopiero 9 sierpnia 2019 r. o g. 24.00. Na marginesie jedynie można wskazać, że również na moment wyrokowania w niniejszej sprawie procedura konkurencyjna w dalszym ciągu trwała. Odwołujący Sprint i Indra, których oferty odrzucono w przetargu nieograniczonym, skorzystali bowiem z przysługujących im środków ochrony prawnej wnosząc 9 sierpnia 2019 r. odwołania wobec czynności odrzucenia ich ofert. Co więcej środki te okazały się skuteczne skoro Izba wyrokiem z 26 sierpnia 2019 r. wydanym w sprawach KIO 1553/19 i KIO 1558/19 uwzględniła odwołania, uznając czynność odrzucenia ofert Indra i Sprint za niezgodną z prawem.

Biorąc pod uwagę, że wykazanie przesłanek udzielenia zamówienia z trybie z wolnej ręki powinno nastąpić na dzień 9 sierpnia 2019 r., za chybioną uznano argumentacją zamawiającego, który wywiódł w odpowiedzi na odwołanie, że przesłankę odrzucenia wszystkich ofert będzie mógł udowodnić w terminie późniejszym niż data udzielenia zamówienia, a mianowicie w dniu, w którym Sąd Okręgowy rozpoznając skargę zamawiającego ewentualnie zmieni wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2019 r. wydany w sprawach KIO 1553 i KIO 1558/19.

Z tych samych powodów za bezzasadną uznać należało argumentację zamawiającego i przystępującego Motorola, którzy wywodzili, iż zamawiający nie miał obowiązku powstrzymania się z udzieleniem zamówienia do czasu zakończenia procedury konkurencyjnej. Jak wyjaśniono wcześniej, wszystkie reguły wykładni prawniczej prowadziły do wniosku, że przesłanką do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest kwalifikowana bezskuteczność uprzednio prowadzonej procedury konkurencyjnej, która musi zaistnieć w chwili udzielenia zamówienia, to jest w dniu podpisania umowy w trybie z wolnej ręki.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał także, że żaden z przepisów ustawy Pzp nie zakazuje mu wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki przed upływem terminu na zakwestionowanie czynności unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Uszło uwadze zamawiającego, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnosi się do przesłanek „udzielenia zamówienia". Przypomnieć należy, że „wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia" należy odróżniać od „udzielenia zamówienia". Wszczęcie postępowania należy utożsamiać z jego początkiem, zaś rezultatem wszczętego i przeprowadzonego postępowania jest udzielenie zamówienia. Udzielenie zamówienia następuje zaś z chwilą podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wszczęcie postępowania w analizowanej sprawie nastąpiło w dniu 31 lipca 2019 r., kiedy zamawiający skierował do przystępującego Motorola zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki. Natomiast do udzielenia zamówienia doszło 9 sierpnia 2019 r., tj. w dniu zawarcia umowy w sprawie zamówienia z ww. wykonawcą. Wszczęcie postępowania nie jest więc tożsame z udzieleniem zamówienia, zaś postępowanie wszczęte może być unieważnione na ogólnych zasadach określonych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie zostały spełnione również z tego powodu, że powodem odrzucenia wszystkich ofert w postępowaniu konkurencyjnym nie była ich „niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia" w rozumieniu tego przepisu.

Przy interpretacji tego pojęcia, należało wziąć pod uwagę, że zgodnie z ogólną regułą interpretowania wyjątków, również i ten wyjątek należało interpretować ściśle. Na konieczność ściślej wykładni tego właśnie wyjątku wskazał wprost Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 4 czerwca 2009 r. w sprawie C 250-07 (Komisja przeciwko Grecji) (por. motyw 35 „...ścisłej interpretacji podlegają nie tylko przepisy art. 20 ust. 2 lit. c) i d) tej dyrektywy, lecz również wszystkie inne przepisy tego art. 20 ust. 2" i motyw 39 „Wynika z tego, że nie można uznać argumentu Republiki Greckiej, według którego pojęcie oferty „nieprawidłowej", w rozumieniu art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38, należy interpretować w sposób szeroki.")

Z literalnej wykładni przepisu art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że nie każde odrzucenie ofert w postępowaniu konkurencyjnym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uprawnia zamawiającego do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W przepisie jest mowa o odrzuceniu ofert z powodu ich niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Wystarczy porównać brzmienie ww. przesłanki z przesłanką udzielenia zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, o której mowa w art. 55 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdzie mowa ogólnie o każdym odrzuceniu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie ulegało również wątpliwości, że przy interpretacji tego pojęcia należało odwołać się do przepisów art. 32 ust. 2 lit. a dyrektywy klasycznej. Otóż w przepisie tym jest mowa o niezłożeniu żadnej „odpowiedniej" oferty w uprzednio prowadzonym postępowaniu konkurencyjnym. Podkreślenia wymagało, że ustawodawca unijny sprecyzował także wprost pojęcie oferty nieodpowiedniej. Zgodnie z tą definicją oferta nieodpowiednia to taka, która „nie ma związku z zamówieniem, ponieważ wyraźnie nie jest w stanie, bez istotnych zmian, zaspokoić potrzeb i spełnić wymogów instytucji zamawiającej określonych w dokumentacji zamówienia". Pojęcie nieodpowiedniości oferty wykładane było również w orzecznictwie TS UE m.in. w przywoływanym już wcześniej wyroku z dnia 4 czerwca 2009 r. C-250/07 (Komisja przeciwko Grecji).

Istotna jest także wykładnia celowościowa przepisu. Prawodawca unijny dopuścił możliwość udzielenia zamówienia w procedurze niekonkurencyjnej o której mowa w art. 32 ust. 2 lit. a dyrektywy klasycznej na wypadek kwalifikowanego, bezskutecznego zakończenia procedury konkurencyjnej. Bezskuteczność musi być wynikiem braku odpowiedzi ze strony wykonawców, ewentualnie sytuacji, w której odzew był, ale wpłynęły oferty wyraźnie i istotnie niezwiązane z zamówieniem, niemogące spełnić potrzeb zamawiającego. W takiej tylko sytuacji, przy kwalifikowanych rozbieżnościach między oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w dokumentacji a możliwościami wykonawców, prawodawca unijny uznał za bezcelowe powtarzanie procedury konkurencyjnej. Kierując się ww. regułami interpretacyjnymi, a także wskazówkami wynikającymi z orzecznictwa europejskiego należało dojść do wniosku, że niewystarczające jest odrzucenie ofert ze względu na jakąkolwiek niezgodność z dokumentacją. Z przepisu wynika bowiem, że chodzi o ofertę istotnie i wyraźnie niespełniającą wymogów zamawiającego i niemogącą zaspokoić jego potrzeb, co prowadzi do skutku, że oferta taka jest oceniana jako niemająca związku z zamówieniem.

Izba po przeanalizowaniu uzasadnienia czynności odrzucenia ofert wykonawców, jakiej zamawiający dokonał w pismach z dnia 30 lipca 2019 r. stwierdziła, że nie można było w tym przypadku mówić o niezgodności tego rodzaju, która prowadziłaby do wniosku, że oferty nie miały związku z zamówieniem. Jak bowiem wynikało z uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia ofert, powodem ich odrzucenia były takie okoliczności jak brak wskazania modelu lub wersji oferowanych urządzeń, nieprecyzowanie wersji oferowanego rozwiązania, oraz niesprecyzowanie czy zaoferowany sprzęt posiada wymagane funkcjonalności. Powyższe miało być zaś niezgodne ze sposobem sporządzenia oferty wskazanym we wzorze formularza, który przewidywał wymóg podania modelu lub wersji oferowanego urządzenia. (por. uzasadnienie czynności odrzucenia ofert w postępowaniu konkurencyjnym z 30 lipca 2019 r., załącznik nr 12 do odwołania wniesionego przez odwołującego Indra w sprawie KIO 1875/19). Zamawiający nie wykazał, że oferty złożone w przetargu nie spełniały potrzeb zamawiającego tak dalece, że nie zaspokajały jego potrzeb i w konsekwencji nie miały związku z zamówieniem. Na to, że oferta odwołującego Sprint co najmniej wykazywała związek z zamówieniem wskazywał natomiast protokół z prezentacji systemu Hytera, Tetra Core SOS PV 11 (wersja 11) wraz z oferowanymi terminalami, jaka odbyła się w trakcie badania oferty odwołującego Sprint w postępowaniu konkurencyjnym w dniu 27 marca 2019 r. Protokół ten został podpisany przez przedstawicieli zamawiającego i wynikało z niego, że prezentacja ww. elementów zakończyła się z wynikiem pozytywnym (por. protokół złożony przez odwołującego Sprint, w aktach sprawy).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 4, art. 7 ust. 1, art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp znalazły potwierdzenie w zebranym w sprawie materiale dowodowym.

Za chybiony uznano zarzut odwołującego Indra, który podniósł w odwołaniu, że zamawiający w umowie zawartej z przystępującym Motorola miał zmienić istotnie warunki zamówienia w stosunku do wymogów z przetargu nieograniczonego.

Izba stwierdziła, że uzasadnienie faktyczne zarzutu sprowadzało się do dwóch zdań, stanowiących opis hipotez i przypuszczeń odwołującego Indra. Odwołujący podniósł bowiem, że: „wobec faktu, iż Zamawiający zwleka z udostępnieniem Odwołującemu pełnej dokumentacji Postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki nie jest możliwe zweryfikowanie przez Odwołującego, czy rzeczywiście nie nastąpiła istotna zmiana

pierwotnych warunków zamówienia. Z ostrożności jednak podnosimy, ze również w tym zakresie Zamawiający mógł zlekceważyć przepisy ustawy Pzp i dokonać zmian warunków postępowania w stosunku do tych wskazanych w pierwotnym postępowaniu, w szczególności w zakresie terminu realizacji zamówienia".

Izba stwierdziła, że tak opisany zarzut nie nadawał się do merytorycznego rozpoznania, gdyż odwołujący go nie sprecyzował. Nie wiadomo jakie konkretnie warunki miałby zostać istotnie zmienione i dlaczego. Nie stanowi usprawiedliwienia dla nieopisania zarzutu okoliczność, że zamawiający do wniesienia odwołania nie udostępnił odwołującemu Indra dokumentacji postępowania w sprawie. Rzeczywiście, jak wynikało z dowodów złożonych przez odwołującego Indra, pomimo jego wniosku z dnia 11 września 2019 r., ponowionego 25 września 2019 r., zamawiający do dnia zamknięcia rozprawy nie przesłał temu wykonawcy wnioskowanej dokumentacji motywując to przygotowywaniem odpowiedzi (por. wnioski z 11 i 25 września 2019 r. i pismo zamawiającego z 25 września 2019 r., w aktach sprawy). Jednakże w tej sytuacji odwołujący Indra mógł podnieść zarzut zaniechania wykazania przez zamawiającego spełnienia spornej przesłanki w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, zamiast formułować „w ciemno" blankietowy i nienadający się do rozpoznania zarzut rzekomej zmiany warunków zamówienia.

Przypomnienia wymaga także, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Odwołujący Indra sprecyzował w czym upatruje istotnej zmiany warunków zamówienia dopiero w swym piśmie procesowym z 29 października 2019 r. Wskazał tam na dodanie do umowy z 9 sierpnia 2019 r. zawartej z przystępującym Motorola załącznika 1a, czy dodanie wymogu dostarczenia terminali fabrycznie nowych. Powyższe oświadczenia odwołującego Indra należało uznać za sformułowanie nowych zarzutów, których Izba nie mogła rozpoznać z mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Nie znalazły potwierdzenia zarzuty odwołującego Indra, który wywiódł że zamawiający miał naruszyć art. 83 KC przez pozorne stosowanie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby wszczęcie przez zamawiającego postępowania w trybie z wolnej ręki i udzielenie zamówienia przystępującemu Motorola okazały się czynnościami jak najbardziej realnymi, nienoszącymi znamion pozorności. Zamawiający rzeczywiście zawarł z przystępującym Motorola umowę w dniu 9 sierpnia 2019 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki, a następnie opublikował stosownie ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w tym trybie. Nie można było zatem utrzymywać, że zamawiający pod tą umową niejako ukrył umowę o zamówienie, będące przedmiotem postępowania konkurencyjnego.

Chybiony okazał się także zarzut naruszenia art. 58 KC przez celowe kreowanie sytuacji, w których przepisy szczególne przewidują wyjątki od obowiązywania przepisów Pzp, tj. możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Jak wynika z rozstrzygnięcia Izby, w analizowanej sprawie nie ziściły się przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie mógł więc, jak utrzymuje odwołujący Indra, „wykreować sytuacji", w której wyjątek zachodził, skoro sytuacja uprawniająca zamawiającego do zastosowania wyjątku nie wystąpiła.

Chybiony okazał się również zarzut naruszenia art. 5 KC przez nadużycie uprawnień podmiotowych przysługujących zamawiającemu, w tym wnoszenia skarg do sądu tylko w celu udzielenia zamówienia wykonawcy niewyłonionemu w przetargu nieograniczonym prowadzonym przez zamawiającego. Celem wykazania zarzutu odwołujący Indra złożył na rozprawie kserokopie skargi zamawiającego z 29 lipca 2019 r. na wyrok Izby sygn. akt KIO 999/19 i 1000/19 oraz skargi z 11 września 2019 r. na wyrok Izby sygn. akt KIO 1553/19 i KIO 1558/19 (dowody: skargi w aktach sprawy). Izba stwierdziła, że zamawiający miał i ma ustawowe prawo wnoszenia skarg do sądu na wszystkie orzeczenia Izby, z którymi się nie zgadza, a ich zasadność będzie badania przez sąd okręgowy. Za niezrozumiałe uznano oczekiwanie odwołującego Indra aby Izba w tym postępowaniu odwoławczym oceniała celowość, zasadność wnoszenia przez zamawiającego skarg na poprzednie wyroki Izby i ustalała, czy stanowi to nadużycie uprawnień podmiotowych.

Bezzasadny okazał się także zarzut odwołującego Indra, zawarty na str. 5 odwołania, jakoby zamawiający miał zaniechać bezzwłocznej publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia przystępującemu Motorola. Uszło uwadze odwołującego Indra, że zgodnie z art. 95 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest wyższa od progów unijnych zamawiający przekazuje ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej nie później niż w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy. Umowę zawarto 9 sierpnia 2019 r., a ogłoszenie przekazano do publikacji w dniu 4 września 2019 r., a zatem z zachowaniem ustawowego terminu. Zarzut okazał się zatem chybiony.

Stosownie do art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie Izba może

jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1:

a) unieważnić umowę; albo

b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo

c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Izba stwierdziła, że przepis art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp znajdował zastosowanie, bo umowa w sprawie zamówienia został zawarta w dniu 9 sierpnia 2019 r. Ponadto zachodziła przesłanka z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a mianowicie zamawiający, jak wskazano wcześniej, zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Jednocześnie, jak wynikało z przepisu 192 ust. 4 ustawy Pzp, Izba orzekając na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 Pzp, miała obowiązek uwzględnić wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia, zachowanie zamawiającego oraz konsekwencje unieważnienia umowy.

Dodatkowo z przepisu art. 192 ust 5 ustawy Pzp wynika, że ważnego interesu publicznego w rozumieniu ust. 3 pkt 2 lit. c nie stanowi interes gospodarczy związany bezpośrednio z zamówieniem, obejmujący w szczególności konsekwencje poniesienia kosztów wynikających z: opóźnienia w wykonaniu zamówienia, wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udzielenia zamówienia innemu wykonawcy oraz zobowiązań prawnych związanych z unieważnieniem umowy. Interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy może być uznany za ważny interes publiczny wyłącznie w przypadku, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje.

Zdaniem Izby w sprawie nie znajdował natomiast zastosowania przepis art. 192 ust. 6a ustawy Pzp, który stanowi, że Izba nie może unieważnić umowy, jeżeli mogłoby to stanowić

istotne zagrożenie dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej. W tym zakresie

Izba wzięła pod uwagę, że przepis art. 192 ust. 6a Pzp stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 60 ust. 3 akapit 4 dyrektywy z 13 lipca 2009 r. nr 2009/81/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmiotu zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (tzw. dyrektywy obronnej). Przywołany przepis dyrektywy obronnej brzmi, w każdym przypadku umowa nie może być uznana za nieskuteczną, jeżeli konsekwencje tej nieskuteczności mogą poważnie zagrozić samemu istnieniu programu obrony i bezpieczeństwa, który jest niezbędny ze względy na interesy związane z bezpieczeństwem danego państwa członkowskiego. Dostrzeżenia wymagało, że analogicznego przepisu nie zawierają przepisy dyrektywy Rady nr 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.Urz.UE.L Nr 395, str. 33 z późn. zm.), czyli tzw. dyrektywy odwoławczej.

Na okoliczność, iż przepis art. 192 ust. 6a ustawy Pzp stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 60 ust. 3 akapit 4 dyrektywy obronnej wskazywała także analiza uzasadnienia z 31 maja 2012 r. do projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (za stroną internetową sejm.gov.pl, kadencja VII Sejmu, druk sejmowy nr 455). Dostrzeżenia wymagało, że przepis art. 192 ust. 6a ustawy Pzp, został wprowadzony do ustawy Pzp właśnie na mocy ww. ustawy nowelizującej, której projekt uzasadniono w tym druku.

Jak słusznie wskazał zamawiający w pkt III.4 swego pisma procesowego z 28.10.2019 r., w uzasadnieniu projektu rzeczywiście wskazano, że „jednocześnie, w celu ochrony interesu publicznego, w szczególności dotyczącego obronności i bezpieczeństwa państwa, zaproponowano, by KIO nie mogła unieważnić umowy, jeżeli mogłoby to stanowić istotne zagrożenie dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej.” (s. 31 uzasadnienia). Błędny jest jednak pogląd, jakoby cytowany fragment miał świadczyć o tym, że przepis art. 192 ust. 6a ustawy Pzp powinien być stosowany w szerszym zakresie niż tylko do zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Uszła uwadze zamawiającego systematyka

uzasadnienia projektu ustawy. Cytowany przez niego fragment druku znajduje się w części uzasadnienia projektu zatytułowanej „część ogólna dotycząca regulacji implementujących dyrektywę obronną". Dopiero bezpośrednio za tym fragmentem rozpoczyna się część uzasadnienia projektu ustawy zatytułowana „część ogólna dotycząca propozycji regulacji wykraczających poza implementację dyrektywy obronnej". Co więcej jednak, uzasadnienie projektu ustawy zawiera tabelę zbieżności, w której jednoznacznie i wprost wskazano, że projektowany przepis art. 192 ust. 6a ustawy Pzp, stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 60 ust. 3 akapit 4 dyrektywy obronnej (por. tabela zbieżności, s. 163 wiersz drugi). Ponadto, jak zostanie to szerzej wyjaśnione niżej, dyrektywa odwoławcza traktuje sankcję unieważnienia umowy jako sankcję zasadniczą przy bezpośrednim i bezprawnym udzieleniu zamówienia. Również z tego powodu przepis art. 192 ust. 6a ustawy Pzp, jako wyjątek od tej zasady musiał być interpretowany ściśle, jako odnoszący się tylko do zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa.

Nie ulegało zaś wątpliwości Izby, że przedmiotowe zamówienie nie jest zamówieniem z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, o którym mowa w art. 2 pkt 15 w zw. z art. 131a ustawy Pzp. Sam zamawiający, publikując w dniu 9 września 2019 r. ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2019/S 173-422065 (w aktach sprawy) w polu Legal Basis czyli „podstawy prawne" wskazał na dyrektywę klasyczną nr 2014/24/UE a nie dyrektywę obronną nr 2009/81/WE. Ponadto w pkt III. 5 swego pisma procesowego z 28.10.2019 r. w ostatnim zdaniu zamawiający przyznał, że przedmiot zamówienia nie należy do żadnej z kategorii wymienionych w art. 131a ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba przy rozstrzyganiu o sankcji kierowała się przepisami art. 192 ust. 3 pkt 2, art. 192 ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z pierwszym z przepisów Izba miała możliwość wyboru jednej spośród sankcji:

a) unieważnienie umowy, albo

b) unieważnienie umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej, albo

c) nałożenie kary finansowej albo orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy.

Ponadto, jak wynika z literalnego brzmienia ustawy Pzp, zastosowanie sankcji z pkt b i c wymagało dodatkowego udowodnienia zaistnienia uzasadnionych przypadków opisanych w art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp. Natomiast sankcja z pkt a mogła być zastosowana w każdym przypadku.

Rozstrzygając w przedmiocie sankcji Izba zobowiązana była wziąć pod uwagę także motywy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r., zmieniającej m.in. dyrektywę odwoławczą nr 89/665/EWG. W motywie 13 tej dyrektywy prawodawca unijny wskazał, że aby zwalczać bezprawne bezpośrednie udzielanie zamówień, które zostało uznane przez Trybunał Sprawiedliwości za najpoważniejsze naruszenie prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych ze strony instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, należy przewidzieć skuteczne, proporcjonalne i odstraszające sankcje. Dlatego umowa zawarta na podstawie bezprawnego bezpośredniego udzielenia zamówienia powinna być z zasady uważana za nieskuteczną. Nieskuteczność nie powinna być automatyczna, lecz powinna być stwierdzona przez niezależny organ odwoławczy lub wynikać z podjętej przez ten organ decyzji.

W kolejnym motywie 14 zaś wskazano, że nieskuteczność stanowi najlepszy sposób przywrócenia konkurencji i stworzenia nowych perspektyw handlowych podmiotom gospodarczym, które zostały bezprawnie pozbawione możliwości udziału w procedurze udzielania zamówień. Bezpośrednie udzielanie zamówień powinno w rozumieniu niniejszej dyrektywy obejmować wszystkie przypadki udzielania zamówień bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE, co odpowiada procedurze bez uprzedniego ogłoszenia w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE.

Kierując się powyższymi przepisami, a także wskazaniami prawodawcy unijnego Izba stwierdziła, po uwzględnianiu wszystkich okoliczności sprawy, że w rozpoznawanej sprawie adekwatną sankcją jest sankcja unieważnienia umowy.

Zgodnie z art. 192 ust. 4 ustawy Pzp orzekając o sankcji miała obowiązek ocenić wszystkie istotne okoliczności sprawy, w szczególności powagę naruszenia, zachowanie zamawiającego i konsekwencje unieważnienia umowy. Dostrzeżenia wymagało, że w świetle ww. przepisu ocenie Izby podlegał całokształt okoliczności sprawy, gdyż ustawodawca nie

przyznał żadnej z okoliczności wymienionych w przepisie prymatu nad pozostałymi. W szczególności ustawodawca nigdzie nie wskazał, że oceniając okoliczności Izba zobowiązana jest przede wszystkim wziąć pod uwagę konsekwencje unieważnienia umowy.

Jeżeli chodzi o powagę naruszenia Izba stwierdziła, że w sprawie mamy do czynienia z najpoważniejszym z możliwych naruszeń ustawy Pzp. Zamawiający udzielając zamówienia z trybie z wolnej ręki naruszył najważniejsze i podstawowe zasady obowiązujące w systemie zamówień publicznym, a zatem zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę uczciwej konkurencji i zasadę prymatu trybów podstawowych. Naruszenie to, jak już wyjaśniono wcześniej, doprowadziło do wyłączenia jakiejkolwiek konkurencji w postępowaniu. O tym, że w takiej sytuacji mamy do czynienia z naruszaniem najpoważniejszym z możliwych wypowiedział się sam prawodawca unijny a także Trybunał Sprawiedliwości UE. W przytoczonym wyżej motywie 13 dyrektywy 2007/66/WE wprost wskazano, że bezprawne bezpośrednie udzielanie zamówień zostało uznane przez Trybunał Sprawiedliwości za najpoważniejsze naruszenie prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych ze strony instytucji zamawiającej.

W dalszej kolejności Izba zobowiązana była ocenić zachowanie zamawiającego. W świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego zachowanie to należało ocenić negatywnie.

Izba stwierdziła, że do sytuacji, w której zamawiający pospiesznie udziela zamówienia w trybie z wolnej ręki obawiając się utraty finansowania mogły przyczynić się niektóre działania i zaniechania samego zamawiającego podejmowane w trakcie prowadzenia postępowania konkurencyjnego, jak i w trakcie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Wzięto pod uwagę, że zamawiający w trakcie procedury konkurencyjnej nie skorzystał z możliwości, jakie daje art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, co umożliwiałoby mu wcześniejsze zweryfikowanie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Wtedy, po ogłoszeniu przez Izbę wyroku z 18 lipca 2019 r. wydanego w sprawach o sygn. akt KIO 999/19 i KIO 1000/19, zamawiający mógł odrzucić ofertę przystępującego Motorola zgodnie z treścią tego wyroku i bezpośrednio po tym wybrać jako najkorzystniejszą jedną z pozostałych ofert.

Owszem zamawiający nie musiał się zgadzać z rozstrzygnięciem Izby zapadłym w sprawach o sygn. akt KIO 999 i 1000/19. Miał prawo wnieść wobec takiego wyroku skargę, z czego zresztą skorzystał. Nic jednak nie stało na przeszkodzie aby - mając na uwadze bliski termin zakończenia finansowania i podkreślany przez siebie interes publiczny - zamawiający odrzucił ofertę przystępującego Motorola, co nakazała Izba, dokonał niezwłocznego wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarł umowę z drugim wykonawcą, oczekując jednocześnie na rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w sprawie. Podkreślenia wymaga, że brak orzeczenia Sądu Okręgowego w sprawie skargi na wyrok Izby z 18 lipca 2019 r. nie tamował możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym. W świetle bowiem art. 183 ustawy Pzp, zamawiający nie mógł zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym jedynie do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku kończącego postepowanie odwoławcze. Zamawiający nie dokonał jednak 30 lipca 2019 r. wyboru oferty najkorzystniejszej, ale odrzucił oferty odwołujących Indra i Sprint, choć przy wcześniejszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 21 maja 2019 r. takich podstaw nie dostrzegał, jak również nie był do tego zobowiązany w świetle sentencji wyroku Izby wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 999 i 1000/19.

Przy ocenie zachowania zamawiającego wzięto pod uwagę fakt, że zamawiający nie zdecydował sie także na opublikowanie po wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki dobrowolnego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 66 ust. 2 ustawy Pzp. Opublikowanie takiego ogłoszenia miałoby dwojakie znaczenie: po pierwsze zapewniłoby transparentność zamiarów zamawiającego i dawałoby wcześniejszą ochronę prawną wykonawcom „pokrzywdzonym” rezygnacją z trybu konkurencyjnego (co jest istotne z punktu widzenia naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych), po drugie - mogłoby spowodować oszczędność czasu, na którego upływ (w kontekście groźby utraty finansowania) obecnie zamawiający się powołuje. Gdyby zamawiający to uczynił, to zgodnie z art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp po upływie terminu na wniesienie ewentualnych odwołań mógłby zawrzeć umowę, która nie podlegałaby unieważnieniu. Ewentualnie w razie wniesienia skutecznych odwołań zamawiający jeszcze przed udzieleniem zamówienia w trybie z wolnej ręki otrzymałby szybką odpowiedź, czy planowane udzielenie przez niego zamówienia w trybie z wolej ręki jest legalne czy też nie.

Nieskorzystanie z tej możliwości mogło świadczyć o tym, że zamawiający uwzględniał ryzyko i konsekwencje unieważnienia umowy. Może to również wskazywać, że zamawiający działał z zamiarem uniknięcia weryfikacji swojej decyzji na wcześniejszym etapie postępowania, być może licząc na to, że przy przeprowadzeniu takiej weryfikacji już po

udzieleniu zamówienia uda mu się doprowadzić do utrzymania w mocy bezprawnie zawartej umowy, chociażby przez powoływanie się na jej znaczenie dla interesu publicznego (który powinien być przez niego uwzględniony z poszanowaniem obowiązujących przepisów prawa). Tak ukierunkowane działanie zamawiającego nie zasługuje jednak na ochronę.

Oceniając zachowanie zamawiającego wzięto również pod uwagę, że zamawiający powinien zdawać sobie sprawę, że jego decyzje stoją w oczywistej sprzeczności z przepisami krajowymi i unijnymi, w tym z naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych. W ocenie Izby nie było w tej sprawie takich zawiłości faktycznych lub prawnych, które mogłyby stanowić podstawę do różnorodnych interpretacji i usprawiedliwiać - następnie uznane za błędne - przekonanie zamawiającego co do działania w zgodzie z przepisami. W ocenie Izby takiego przekonania zamawiający nie mógł mieć, przeciwnie - musiał działać ze świadomością wagi popełnianych naruszeń. Świadczy o tym chociażby niezaprzeczalny fakt, że udzielił zamówienia mimo braku ostatecznego odrzucenia ofert, nie tylko zanim Izba oceniła zasadność tego odrzucenia, ale zanim w ogóle upłynął termin na zaskarżenie tego odrzucenia, nie zachowując przy tym transparentności, którą dawałoby opublikowanie ogłoszenia ex ante. Okoliczności przedmiotowej sprawy świadczą więc o tym, że zamawiający działał ze świadomością i zamiarem podejmowania czynności sprzecznych z przepisami prawa.

Oceniając konsekwencje unieważnienia umowy podkreślić należy na wstępie, że unieważnienie umowy nie spowoduje zmiany trybu pracy Policji w stosunku do stanu obecnego, czy pogorszenia warunków jej pracy. Przedmiotem umowy było wdrożenie standardu łączności ETSI Tetra w 13 miastach, z którego dotychczas ta formacja nie mogła korzystać. Po drugie ustalono, że potrzeba modernizacji sieci radiowych do systemu standardu ETSI Tetra nie jest kwestionowana ani przez Izbę ani przez pozostałych uczestników postępowania odwoławczego. Potrzeba ta została zresztą wykazana przez zamawiającego i przystępującego Motorola szeregiem dowodów (por. wydruki ze strony internetowej tetraforum.pl, załączniki 1-3, 17 do odpowiedzi na odwołanie; fragment raportu norweskiej komisji nt. wydarzeń z 22 lipca 2011 r. na wyspie Utoya wraz z tłumaczeniem, złożony przez przystępującego na rozprawie w dniu 29.10.2019 r.).

Można także uznać za ustalone, że ogólnie budowa ogólnokrajowego cyfrowego systemu łączności radiowej wpisuje się w niektóre krajowe strategie i programy. W tym zakresie można wymienić Strategię bezpieczeństwa narodowego RP 2014 (pkt 133 strategii, s. 40, załącznik nr 5 do odpowiedzi na odwołanie), strategię Sprawne państwo 2020 (por. pkt 7.1.1. uchwały nr 17 Rady Ministrów z 12 lutego 2013 r. w sprawie strategii Sprawne państwo 2020, załącznik nr 6 do odpowiedzi na odwołanie), Program zintegrowanej informatyzacji państwa, pkt 5, s. 114, załącznik nr 7 do odpowiedzi na odwołanie), Program ratownictwa i ochrony ludności na lata 2014-2020 (s. 53; załącznik nr 8 do odpowiedzi na odwołanie). Z kolei z załączników nr 11, 13 i 14 do odpowiedzi na odwołanie wynika, że 9 listopada 2015 r. Międzyresortowy zespół do spraw Ogólnokrajowego cyfrowego systemu łączności radiowej (OCSŁR) wypracował wnioski i rekomendacje co do budowy Ogólnokrajowego cyfrowego systemu łączności radiowej (OCSŁR) i poprosił ówczesną premier o ich akceptację. Następnie 7 lipca 2017 r. MSWiA wyraziło zgodę na realizację koncepcji OCSŁR w oparciu o planowaną do budowy w ramach programu modernizacji Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Biura Ochrony Rządu w latach 2017-2020 infrastrukturę systemów standardu TETRA Policji, zaś Komendantowi Głównemu Policji 31 lipca 2017 r. powierzono zadanie operatora OCSŁR. Zostało także wykazane, że przedmiot zamówienia stanowi pierwszy etap budowy Ogólnokrajowego cyfrowego systemu łączności radiowej (OCSŁR-P), który może być udostępniany innym użytkownikom realizującym zadania z dziedziny bezpieczeństwa (por. załącznik nr 26 do odpowiedzi na odwołanie). Z dowodów złożonych przez zamawiającego wynika także, że system OCSŁR-P może być udostępniany takim służbom jak: Państwowa Straż Pożarna, Straż Graniczna czy Służba Ochrony Państwa (załączniki nr 23-25 do odpowiedzi na odwołanie).

Można także przyjąć za ustalone i niesporne, że brak szyfrowania łączności może skutkować podsłuchiwaniem Policji i innymi niedogodnościami, co może utrudniać jej działania (por. załączniki nr 19 - wydruk ze strony internetowej natemat.pl, załącznik nr 21 - wydruk ze strony internetowej tetraforum.pl; załącznik nr 22 - wydruk ze strony internetowej policja.pl, a także zestawienie objęte klauzulą „poufne", w niejawnych aktach postępowania odwoławczego). Jednakże, jak wynikało z dowodu nr 20 złożonego przez samego zamawiającego, Policja zapewnia, że żadne informacje z klauzulą niejawności nie są przekazywane za pośrednictwem połączenia radiowego EDACS. Do przekazywania informacji niejawnych przeznaczony jest specjalny sprzęt i dzieje się to na podobnych zasadach jak w innych krajach. Jak wynika z ww. dowodu, Policja wskazała także, że „podczas zabezpieczeń z udziałem służb innych państw nasi koledzy z innych służb opierają się na takich samych lub podobnych procedurach i dysponują podobnym sprzętem łączności w komunikacji ze służbami polskimi". Ponadto z dowodu tego wynika, że „wiadomości

stanowiące tajemnicę państwową lub służbową przekazuje się za pośrednictwem środków

łączności radiowej zapewniających ochronę kryptograficzną (por. wypowiedź rzecznika Komendy Głównej Policji insp. Mariusza Ciarki, s. 5 w załączniku nr 20 do odpowiedzi na odwołanie).

Co więcej, z ustalonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że stan ten utrzymuje się od wielu lat. Dostrzeżenia wymagało, że 13 kwietnia 2011 r., a więc ponad 8 lat temu zostało już unieważnione postępowanie na „zaprojektowanie, budowę i wdrożenie

Ogólnokrajowego Systemu Łączności Radiowej - etap I" prowadzone przez Centrum Usług Informatycznych MSWiA. W uzasadnieniu faktycznym czynności unieważnienia wskazano nawet, że postępowanie podlegało unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż dalsze jego prowadzenie nie leży w interesie publicznym (por. pismo z 13.04.2011 r., dowód złożony na rozprawie 29.10.2019 r. przez przystępującego Motorola). Kolejną próbę wdrożenia i to ograniczoną do 3 miast podjęto po kilkuletniej przerwie w 2014 r. co zakończyło się podpisaniem umowy w październiku 2015 r. Wreszcie następną próbę wdrożenia systemu, tym razem dla 13 miast podjęto po kolejnej, kilkuletniej przerwie jesienią 2018 r. kiedy zamawiający wszczął postępowanie konkurencyjne.

Jakkolwiek niezaprzeczalne jest, że Policja powinna być wyposażona w system szyfrowanej łączności, a istnienie takiego systemu ma istotne znaczenie dla prawidłowości wykonywania jej zadań, to jednak nie można twierdzić, że w sytuacji tak istotnych naruszeń prawa przez zamawiającego, interes publiczny wymaga utrzymania tej umowy w mocy. Nie jest bowiem tak, że unieważnienie umowy wyłączy możliwość nabycia takiego systemu w najbliższej przyszłości, a z pewnością nie zostało to wykazane.

Izba stwierdziła, że - wbrew stanowisku zamawiającego - nie jest pewne czy niemożliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia nawet na podstawie umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia wciąż toczącego się postępowania w trybie konkurencyjnym. Zakaz zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp obowiązywał jedynie do 26 sierpnia 2019 r., to jest ogłoszenia przez Izbę wyroku wydanego w sprawach o sygn. akt KIO 1553/19 i KIO 1558/19. Zamawiający w każdej chwili jest uprawniony do wykonania wyroku ww. wyroku, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i unieważnienia czynności odrzucenia ofert odwołujących Sprint i Indra. Jak wyjaśniono zaś wcześniej, działaniom tym nie stoi na przeszkodzie oczekiwanie na rozstrzygnięcie przez sąd okręgowy skargi na ww. wyrok Izby.

Zamawiający w trakcie rozprawy utrzymywał, że niemożliwe byłoby wykonanie umowy w terminach określonych w SIWZ dla postępowania konkurencyjnego. Z kolei obaj odwołujący w trakcie rozprawy złożyli oświadczenia, że są gotowi do wykonania przedmiotu zamówienia w terminie do 21 listopada 2020 r., a zatem w identycznym terminie, jaki zastrzeżono w umowie z przystępującym Motorola (por. § 9 umowy z przystępującym Motorola, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Zamawiający argumentował wprawdzie, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu konkurencyjnym, a więc obaj odwołujący i przystępujący Motorola skrócili określony w SIWZ maksymalny termin realizacji zamówienia (tj. 21 listopada 2020 r.) do 23 lipca 2020 r., co stanowiło kryterium oceny ofert. Wywiódł, że w tej sytuacji niemożliwe będzie wykonanie umowy w tym terminie. Jak jednak słusznie wskazali odwołujący, termin realizacji umowy deklarowany przez wykonawców w ofertach nie był bezwzględnym wymogiem. Zamawiający w SIWZ dla postępowania konkurencyjnego przewidział bowiem możliwość przesunięcia terminu realizacji umowy, w przypadku przedłużającej się procedury udzielania zamówienia publicznego na skutek korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. W takim przypadku zamawiający zastrzegł sobie możliwość wydłużenia terminu realizacji umowy o czas trwania procedury odwoławczej (por. § 18 ust. 1 pkt 3) lit. i) wzoru umowy, stanowiącej część SIWZ w postępowaniu konkurencyjnym, na podstawie dowodu złożonego przez zamawiającego stanowiącego porównanie ww. wzoru umowy z projektem umową zawartej w trybie z wolnej ręki; w aktach sprawy).

Izba wzięła pod uwagę, że na okoliczność braku możliwości wykonania zamówienia na podstawie ofert złożonych przez odwołujących Sprint i Indra nie przedstawiono Izbie żadnego dowodu, np. choćby jakiejś opinii prywatnej. W konsekwencji Izba nie mogła więc przyjąć za ustalone, że na pewno konsekwencją unieważnienia umowy z przystępującym Motorola będzie niewykonanie przedmiotu zamówienia w terminach określonych w SIWZ w przetargu. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający nie może się powoływać na stan pilności wykonania zamówienia wynikający z tego, że przedmiot zamówienia jest finansowany z Programu modernizacji Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Ochrony Państwa w latach 2017-2020. Natomiast same konsekwencje poniesienia kosztów wynikających z opóźnienia w wykonaniu zamówienia, udzielenia zamówienia innemu wykonawcy czy zobowiązań prawnych wynikających z unieważnienia umowy, z mocy regulacji art. 192 ust. 5 ustawy Pzp nie są traktowane jako „ważny interes publiczny".

Nie zostały również udowodnione, że wskutek unieważnienia umowy z przystępującym Motorola wykonawca ten pozostanie w posiadaniu informacji wrażliwych, które powziął w trakcie realizacji umowy i które mogą mieć wpływ na bezpieczeństwo publiczne czy wykonywanie zadań Policji.

Wzięto pod uwagę, że jeżeli przystępujący Motorola rzeczywiście powziął w trakcie realizacji umowy informacje niejawne w rozumieniu odrębnych przepisów, to z mocy przepisów o ochronie informacji niejawnych będzie miał obowiązek zachowania ich w poufności, niezależnie od tego czy umowa zostanie unieważniona czy też nie. Dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych za najniższą klauzulę nadawaną informacjom niejawnym uznaje się klauzulę „zastrzeżone". Stosownie bowiem do art. 5 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 5 sierpnia 2010 r. (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 742) informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „zastrzeżone", jeżeli nie nadano im wyższej klauzuli tajności, a ich nieuprawnione ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie obrony narodowej, polityki zagranicznej, bezpieczeństwa publicznego, przestrzegania praw i wolności obywateli, wymiaru sprawiedliwości albo interesów ekonomicznych Rzeczypospolitej Polskiej. Jak wynika z przywołanego przepisu, klauzula „zastrzeżone" jest niezwykle pojemna i ogólna. Jeśli zatem informacje, które powziął przystępujący Motorola są tego charakteru, że ich ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na bezpieczeństwo, czy wykonywanie zadań przez Policję czy organy władzy, to z pewnością będą to informacje co najmniej o klauzuli zastrzeżone, które niezależnie od obowiązywania umowy, wykonawca zobowiązany będzie chronić, pod rygorem odpowiedzialności karnej.

Rozstrzygając w przedmiocie sankcji wzięto pod uwagę wynikającą z motywów 13 i 14 dyrektywy 2007/66/WE okoliczność, że sankcja unieważnienia umowy została wprost i jednoznacznie wskazana jako ta, która powinna być stosowana z zasady przy tego rodzaju naruszeniach, jakich dopuścił się zamawiający („umowa zawarta na podstawie bezprawnego bezpośredniego udzielenia zamówienia powinna być z zasady uważana za bezskuteczną", gdyż „stanowi najlepszy sposób przywrócenia konkurencji"). Skoro zaś sankcja unieważnienia umowy przy takim naruszeniu jest sankcją zasadniczą, to pozostałe sankcje należy traktować jako wyjątki od tej zasady, które powinny być interpretowane ściśle. Powyższe zostało wprost wyrażone także przez prawodawcę unijnego w motywie 22 do dyrektywy 2007/66/WE. W motywie tym wskazano bowiem, że inne sankcje niż unieważnienie umowy mogą być orzeczone jeśli „wyjątkowe okoliczności w danej sprawie wymagają uwzględnienia pewnych nadrzędnych przyczyn związanych z interesem ogólnym". Po pierwsze, mamy tu z możliwością a nie obowiązkiem orzeczenia tych innych sankcji. Po wtóre, dla zaistnienia tej możliwości nie wystarcza zatem wykazanie, że wykonanie umowy leży w interesie ogólnym, gdyż jest to - z natury rzeczy - cechą znacznej części zamówień publicznych. Konieczne jest udowodnienie „wyjątkowych okoliczności" i „nadrzędnych przyczyn związanych z interesem ogólnym", a nie samego interesu ogólnego w utrzymaniu umowy.

Przy wyrokowaniu wzięto również pod uwagę cele jakie ma zapewnić orzeczona sankcja. Jak wynika z przywołanego już wcześniej motywu 13 dyrektywy 2007/66/WE, zastosowana sankcja ma być „skuteczna, proporcjonalna i odstraszająca".

Izba stwierdziła, że celów sankcji nie spełni nałożenie na zamawiającego kary finansowej. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiającym w analizowanej sprawie była Komenda Główna Policji, a więc szeroko rozumiane państwo. Zgodnie z art. 195 ust. 7 ustawy Pzp wpływy z tytułu kar finansowych stanowią dochód budżetu państwa. Z kolei w myśl art. 195 ust. 1 ustawy Pzp, karę finansową uiszcza się na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych, a więc również rachunek państwowej jednostki budżetowej. Biorąc powyższe pod uwagę, należało przyznać rację odwołującym, że uiszczenie przez zamawiającego kary finansowej spowoduje jedynie przesunięcie środków w ramach budżetu państwa. Zdaniem Izby, sankcja tego typu nie byłaby odstraszająca ani skuteczna. Sankcja tego rodzaju nie byłaby też proporcjonalna do popełnionego naruszenia, które jak ustalono - miało charakter najpoważniejszego z możliwych. Nałożenie sankcji w postaci kary finansowej nie byłoby proporcjonalne także do zachowania zamawiającego , który - jak wskazano wcześniej - działał z niewłaściwym stosunkiem do obowiązującego prawa i nie skorzystał z możliwości opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy z wolnej ręki czy możliwości zawarcia umowy w wyniku rozstrzygnięcia postępowania konkurencyjnego. Takie działanie zamawiającego, jak wskazano wcześniej - mogło świadczyć o tym, że zamawiający mógł wkalkulować ryzyko nałożenia kary finansowej i groźba takiej sankcji nie powstrzymała go od udzielenia zamówienia bez wcześniejszego upewnienia się co do legalności wybranego trybu.

Zdaniem Izby niezasadne byłoby też utrzymanie ważności umowy w zakresie zobowiązań dotychczas wykonanych czy skracanie okresu obowiązywania umowy (art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp).

Po pierwsze orzeczenie tego rodzaju sankcji nie byłoby zasadne z uwagi na charakter umowy, która nie jest umową o świadczenie okresowe, ale obejmuje wdrożenie kompleksowego, całościowego systemu. Po drugie, nie złożono Izbie jakiegokolwiek dowodu z którego można byłoby wnioskować o tym, jaki zakres umowy wykonano na moment wyrokowania w sprawie. Nie wiadomo także, czy na podstawie umowy spełniono świadczenia, których zwrot jest możliwy czy też nie. Z lektury samej umowy z 9 sierpnia 2019 r. wynika jedynie, że na moment wyrokowania w sprawie nie upłynął nawet pierwszy z terminów wskazanych w umowie, a mianowicie termin wykonania projektu technicznego etapu I, który zgodnie z umową miał został odebrany w terminie do 90 dni od dnia zawarcia umowy (por. § 9 ust. 3 umowy z 9 sierpnia 2019 r., w aktach sprawy).

Kierując się powyższymi rozważaniami uznano za zasadne orzeczenie sankcji w postaci unieważnienia umowy.

Izba postanowiła oddalić wnioski odpowiednio zamawiającego (pkt 1) i przystępującego Motorola (pkt 2 i 3) o zadanie pytań prejudycjalnych Trybunałowi Sprawiedliwości UE o treści:

1) czy przewidziany w art. 2b i następne dyrektywy odwoławczej obowiązek Zamawiającego niezawierania umowy (standstill) należy intepretować w taki sposób, iż uniemożliwia on zawarcie umowy Zamawiającemu w innym trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do czasu ostatecznego rozpatrzenia środków ochrony prawnej wniesionych przez wykonawców w postępowaniach poprzedzających ten tryb;

2) czy pojęcie „nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym", które wymagają zachowania skutków umowy w mocy, o którym mowa w art. 2d ust. 3 dyrektywy 2007/66, a zatem dyrektywy, która ma zastosowanie w tej sprawie, należy interpretować jako obejmujące swym zakresem również kwestie związane z poważnym zagrożeniem realizacji programu bezpieczeństwa, który jest niezbędny ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem danego państwa w rozumieniu art. 60 ust. 3 dyrektywy 2009/81;

3) czy przy interpretacji pojęcia „nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym", które wymagają zachowania skutków umowy w mocy, o którym mowa w art. 2d ust. 3 dyrektywy 2007/66, należy brać pod uwagę ryzyko utraty środków, którymi dysponuje Zamawiający w związku z realizacją swoich ustawowych zadań i które to środki mogą wygasnąć w terminie ustalonym w ustawie dotyczącej programu, w ramach którego przewiduje się realizację zamówienia, którego dotyczy przedmiotowa umowa.

Izba uznała ww. wnioski za bezzasadne, gdyż wykładnia wskazanych przepisów prawa unijnego nie budziła wątpliwości.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie. Zamawiający z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 4, art. 7 ust. 1, art. 10 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp udzielił zamówienia przystępującemu Motorola, co miało wpływ na wynik postępowania.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołań. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym

postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowań odwoławczych ponosił w całości zamawiający, to tę stronę Izba obciążyła w całości kosztami tych postępowań.

Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1833/19 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego Sprint w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.598,98 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy. Z kolei na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1875/19 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego Indra w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §6 w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. Nr poz. 972).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji,

Przewodniczący: .....

Członkowie: