

Sygn. akt: KIO 2271/20
KIO 2275/20

WYROK
z dnia 20 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Bartosz Stankiewicz
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 11 września 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Indra Systemas Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.; Rohill Engineering B.V. w Hoogeveen (Holandia); Page Communication Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach** (sygn. akt: KIO 2271/20)
B. w dniu 11 września 2020 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 2275/20)

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Komendę Główną Policji w Warszawie** orzeka:

1. uwzględnia obydwa odwołania, z uwagi na uwzględnienie wszystkich zarzutów i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Komendzie Głównej Policji w Warszawie** – unieważnienie czynności z dnia 01 września 2020 r. unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, jak i dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Komendę Główną Policji w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Indra Systemas Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.; Rohill Engineering B.V. w Hoogeveen (Holandia); Page Communication Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach i Sprint Spółka Akcyjna w Olsztynie** oraz **Hytera Mobilfunk GmbH w Bad Munder, Niemcy** tytułem wpisu od odwołań,
 - 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Komendy Głównej Policji w Warszawie** kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy),
#x200ew tym:
 - A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Indra Systemas Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.; Rohill Engineering B.V. w Hoogeveen (Holandia); Page Communication Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocników,
 - B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Sprint Spółka Akcyjna w Olsztynie** oraz **Hytera Mobilfunk GmbH w Bad Munder, Niemcy** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) 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 2271/20

KIO 2275/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI*”

TETRA”, numer postępowania 162/Błil/18/TG/PMI; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 01.09.2018 r. pod nr 2018/S 168-382059, przez Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa zwana dalej: „Zamawiającym”.

01.09.2020 r. (e-mailem oraz na stronie internetowej) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp. Stwierdził: „Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Możliwość zastosowania powyższej regulacji przez zamawiającego wymaga zatem łącznego spełnienia trzech warunków, tj.:

- (i) zmiana okoliczności musi być istotna;
- (ii) dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym;
- (iii) okoliczności tej nie można było wcześniej przewidzieć.

Aby zamawiający mógł powołać się na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym.

W prawie polskim nie występuje legalna i jednolita definicji interesu publicznego. W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że w systemie zamówień publicznych interes publiczny należy wiązać z funkcjami i zadaniami jakie ustawodawca stawia podmiotom wydatkującym środki publiczne.

Należą do nich racjonalne, efektywne i skuteczne wydatkowanie środków publicznych na zadania publiczne, zagwarantowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na rynku, zapobieganie korupcji w zamówieniach publicznych, zwiększanie konkurencyjności na rynku, kształtowanie właściwych wzorów zachowań rynkowych zarówno przez wykonawców jak i zamawiających, w tym ustalenie zasad równowagi kontraktowej, ochrona podmiotów działających na rynku zamówień publicznych poprzez przyjmowanie przez instytucje zamawiającego jasnych i przejrzystych zasad udzielania zamówień publicznych. Realizacja powyższych funkcji systemu zamówień publicznych to realizacja interesu publicznego.

Na wstępie należy także wskazać na następujące orzecznictwo dotyczące unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP:

- wyrok KIO z dnia 03.09.2013 r., KIO 2006/13, w którego uzasadnieniu wskazano m.in., że „nawet niewielka zmiana przedmiotu zamówienia, która ma wymierne znaczenie dla zamawiającego, może wywoływać uzasadnioną podstawę do unieważnienia postępowania, a także, że niezasadnym byłoby nakazywanie zamawiającemu nabycia określonych dóbr, które będzie posiadał w wyniku pozyskania z realizacji innej umowy (przesłanka związana z Interesem publicznym, rozumianym jako ograniczanie bądź uniknięcie wydatkowania środków publicznych w zakresie, w jakim nie jest to niezbędne)” oraz że „wydatkowanie środków publicznych powinno następować przy optymalnym doborze metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, co z kolei gwarantuje efektywność i uzyskiwanie jak najlepszych rezultatów przy określonych nakładach”;

- wyrok KIO 2104/13, zgodnie z którym „wdrożenie u zamawiającego programu oszczędnościowego, a co za tym idzie, wykonanie zamówienia siłami własnymi, stanowi istotną zmianę okoliczności, która przesądza, że prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie leży w Interesie publicznym, a jednocześnie nie można było jej przewidzieć”.

Wskazać również należy na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28.02.2019 r., sygn. akt IV Ca 1430/18, oddalający skargę na orzeczenie KIO 267/18, w którym to wyroku uznano za zgodne z przepisami ustawy Pzp działanie zamawiającego będącego spółką Skarbu Państwa, polegające na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, już po terminie składania ofert, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP z uwagi na fakt sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprzystający do faktycznych potrzeb zamawiającego oraz na brak możliwości skoordynowania realizacji inwestycji z innymi planowanymi i ściśle ze sobą powiązаныmi przedsięwzięciami oraz ze względu na to, że udzielenie zamówienia publicznego w pierwotnie opisanym kształcie i zakresie będzie generowało dodatkowe i nieuzasadnione koszty - które, to okoliczności pojawiły się już po wszczęciu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Sąd Okręgowy zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, który w toku postępowania wskazywał, że „[...] utożsamia interes publiczny nie jako same oszczędności w budżecie Skarbu Państwa, ale jako nieczynienie nakładów finansowych na poczet (przedsiębiorstwa, potencjału technicznego przedsiębiorcy) wykonawcy, który uzyska zamówienie publiczne oraz pogląd zamawiającego, zgodnie z którym interes publiczny należy rozumieć jako nieczynienie podwójnych, wręcz nieuzasadnionych nakładów finansowych”.

Odnosnie do przesłanki interesu publicznego, w doktrynie wskazuje się, że kategoria interesu publicznego jest pojęciem nieostrym, niedookreślonym. Trybunał Konstytucyjny w uchwale z 12 marca 1997 r., sygn. akt W 8/96, wskazał pojęcie interesu publicznego uznając, że za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Interes publiczny powinien być postrzegany jako cel, dla którego zaspokojenia miało być realizowane zamówienie, który to cel zaspokaja konkretnie wskazane potrzeby społeczne (wyrok KIO z 29 marca 2011 r., sygn. akt KIO 601/11). Interes publiczny jest potrzebą ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, grupy zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą (wyrok KIO z 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 262/08).

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 428/16: „Interes publiczny w ujęciu zadań zamawiającego, to realizacja zadań ustawowych (statutowych), dla których realizacji został utworzony podmiot. Zatem, interes publiczny w badanej sprawie winien być oceniany z uwzględnieniem potencjału kadrowego, sytuacji finansowej i uwarunkowanej nimi możliwości realizacji usług”. Interes publiczny może być również odczytywany jako potrzeba ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą (wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 262/08).

Istotne zmiany okoliczności powodujące, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, to:

1. Pojawienie się zagrożenia epidemicznego COVID-19

W dniu 20.03.2020 r. weszło w życie Rozporządzenie w sprawie epidemii, na mocy którego od dnia 20.03.2020 r. do odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej ogłoszony został stan epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2. W dniu 31.03.2020 r. weszło w życie Rozporządzenie w sprawie ograniczeń w związku z epidemią,

natomiast w dniu 01.04.2020 r. weszła w życie Ustawa zmieniająca ustawę o szczególnych rozwiązaniach w związku z COVID-19.

Wystąpienie na skalę globalną epidemii wirusa SARS-CoV-2, a przede wszystkim zaś zakres środków i działań, które podjąć musiały poszczególne państwa celem powstrzymania wirusa i przeciwdziałania skutkom jego rozprzestrzeniania się, jest zjawiskiem, z którym dotychczas nie mieliśmy do czynienia. Zmiany okoliczności związane z epidemią wirusa SARS-CoV-2 są niezależne od samego Zamawiającego, i wynikają z decyzji podejmowanych na szczeblu krajowym i międzynarodowym. Natomiast niewątpliwie te decyzje i okoliczności w wymiarze ogólnokrajowym przekładają się na sytuację samego Zamawiającego i zmianę sposobu jego funkcjonowania.

Wystąpienie epidemii wirusa SARS-CoV-2 na terenie RP w istotny sposób wywarło wpływ na funkcjonowanie Zamawiającego tj. na realizację ustawowych zadań stawianych przed polską Policją. Konieczne było wprowadzenie szeregu działań organizacyjnych, w szczególności koniecznym stało się ponowne zweryfikowanie celów priorytetowych oraz potrzeb zakupowych. W związku z koniecznością poniesienia szeregu nowych wydatków oraz wpływem okoliczności wskazanych powyżej, koniecznym stało się opracowanie nowego modelu realizacji zamówienia, zapewniającego uzyskanie zredefiniowanych funkcjonalności w możliwie krótkim terminie.

Należy zauważyć, iż występowanie epidemii wirusa SARS-CoV-2 nie jest równomiernie rozłożone na terenie RP. Zachodzą istotne różnice pomiędzy poziomem zachorowań w różnych województwach, w skali całego kraju również może się to zmieniać w czasie i na gruncie zapewnienia łączności radiowej trzeba się do tych zmian dostosowywać, np. poprzez zastosowanie infrastruktury mobilnej, w szczególności poprzez zwiększenie liczby wymaganych mobilnych stacji bazowych oraz infrastruktury i terminali LTE umożliwiających pracę na obszarach pozbawionych zasięgu systemu TETRA. Tym bardziej wobec przewidywanych problemów w budowie infrastruktury stałej, związanej z długotrwałymi procedurami administracyjnymi wynikającymi m.in. z prawa budowlanego, które byłyby niezbędne na gruncie realizacji projektu w dotychczasowej formie. Należy mieć tutaj na uwadze, że w związku z epidemią powszechnie występują dodatkowe opóźnienia w realizacji zadań przez urzędy państwowe i samorządowe oraz sądy. Nie bez znaczenia jest tu również czasowa lub stała zmiana trybu obsługi spraw (praca zdalna, zmiany sposobu procedowania spraw przed urzędami i sądami), lub wręcz zawieszanie rozpatrywania spraw.

W tym momencie budowa systemu komunikacji w dotychczasowej formie (wynikającej z obecnego opisu przedmiotu zamówienia), nie jest dostosowana do priorytetowych potrzeb wynikających z aktualnej sytuacji (nowe zadania Policji, dodatkowo zaangażowanie Policji w zapobieganie rozprzestrzeniania się epidemii SARS-CoV-2 - przykładowo policjanci muszą przetwarzać dane osobowe osób objętych kwarantanną, co nie było objęte założeniami dotychczasowego projektu, a co w założeniu również ma być realizowane z użyciem terminali LTE dzięki rozszerzeniu zakresu wymagań na stosunku do obecnie sformułowanych). Tym samym realizacja projektu w dotychczasowym kształcie nie służy optymalnej realizacji aktualnych potrzeb Policji w zakresie ochrony bezpieczeństwa publicznego, czego również bezpośrednią konsekwencją może być narażenie obywateli RP na utratę zdrowia lub życia. OPZ w tym zakresie powinien być dostosowany do konieczności masowego przetwarzania danych osobowych w zakresie infrastruktury technicznej, dokumentacji powykonawczej oraz obowiązków Wykonawcy w zakresie udziału w utrzymaniu systemu.

Reasumując Zamawiający wykazał, iż wystąpienie epidemii wirusa SARS-CoV-2 na terenie RP stanowi istotną zmianę okoliczności - wpływającą na sytuację samego Zamawiającego i zmianę sposobu jego funkcjonowania. Okoliczności tej nie można było wcześniej przewidzieć. Działania Zamawiającego planowane są w oparciu o m.in. szereg statystyk z lat poprzednich. Wystąpienie epidemii w istotny sposób zaburzyło przewidywane obszary głównych działań. Ze względu na powyższe dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, ponieważ konieczna jest istotna zmiana założeń budowy systemu, który był planowany na przełomie lat 2017 i 2018. Realizacja zamówienia w obecnej formie godzi w interes publiczny.

Postanowienia SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie pozwalają na realizację zamówienia zgodnie z potrzebami zamawiającego, wynikającymi z wprowadzenia stanu epidemicznego. W szczególności Zamawiający wskazuje na:

- pkt 42 OPZ - Obszary pokrycia. Treść OPZ w punkcie 42 narzuca objęcie zasięgiem radiowym wytypowanych obszarów. Aktualna sytuacja związana z epidemią koronawirusa wymusza rewizję tych założeń i zmianę ich w kierunku typowania lokalizacji posadawienia infrastruktury nowego systemu, uwzględniającą fluktuację zagrożenia epidemiologicznego na terenie całego kraju. Ma to szczególne znaczenie w kontekście dodatkowego zaangażowania Policji w zapobieganie rozprzestrzeniania się epidemii. Zmiany umowy w tym zakresie byłyby zmianami istotnymi, które nie były przewidziane w SIWZ.

- pkt 4.1; 4.2; 4.3 OPZ - podział realizacji umowy na Etapy; §9 Umowy - Realizacja Umowy; §14 Umowy - Płatności; § 15 Umowy - Odpowiedzialność, Kary umowne

Z uwagi na fakt wywołanych epidemią koronawirusa zmiany priorytetowych potrzeb Zamawiającego, przeorganizowania wymaga podział projektu na Etapy. Zmianie powinna ulec zarówno ilość Etapów, ich zakres przedmiotowy, perspektywa czasowa ich realizacji oraz struktura płatności. Na chwilę obecną Zamawiający preferuje taką realizację projektu, aby możliwe było uzyskanie wymiernych skutków funkcjonalnych w krótszym okresie, nawet kosztem rezygnacji z pewnych funkcjonalności, niepriorytetowych dla Zamawiającego w obecnej sytuacji.

- załącznik nr 6 OPZ - Zestawienie ilościowe; § 10 Umowy - Prawo opcji

Zmiana założeń realizacyjnych spowodowanych epidemią koronawirusa niesie za sobą konieczność gruntownej zmiany Załącznika nr 6 do OPZ, zawierającego zestawienie ilościowe poszczególnych komponentów Systemu zarówno w zakresie zamówienia podstawowego jak i zamówień opcyjnych.

2. Zainteresowanie innych podmiotów budową wspólnego systemu, z wykorzystaniem posiadanej przez nie infrastruktury

Dokonując opisu przedmiotowego zamówienia Zamawiający określił wymagania techniczne i funkcjonalne biorąc pod uwagę stan swojej ówczesnej wiedzy w zakresie istniejącej infrastruktury będącej w zarządzie służb podległych MSWiA. W toku prowadzonego postępowania przetargowego Zamawiający pozyskał informację, że również inne podmioty Skarbu Państwa są gotowe do podjęcia działań i współpracy w zakresie budowy cyfrowego systemu łączności i posiadają już infrastrukturę w znacznym stopniu pokrywającą się zasięgiem i funkcjonalnie z planowaną w niniejszym postępowaniu. Wystąpienia tych nowych okoliczności nie dało się wcześniej przewidzieć pomimo zachowania przez Zamawiającego należytej staranności.

Z uwagi na powyższe informacje, niezasadnym byłoby nabycie przez Zamawiającego określonej infrastruktury, którą będzie mógł użytkować w wyniku udostępnienia przez inne podmioty Skarbu Państwa. W ten sposób Zamawiający ograniczył wydatkowanie środków publicznych do niezbędnego zakresu. Pozostawienie opisu przedmiotu zamówienia w obecnej formie nie prowadzi do celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych oraz nie pozwala na uzyskanie najlepszych efektów z poniesionych nakładów.

Opis Przedmiotu Zamówienia nie jest również adekwatny do aktualnych potrzeb kontekście przywołanego wcześniej stanu epidemii, a w szczególności nowych zadań nałożonych na Policję a także konieczności pogłębienia współpracy między służbami, wymagającej narzędzi komunikacyjnych dostosowanych do obecnych potrzeb. Zamawiającemu w czasie planowania postępowania nie były znane wyżej opisane okoliczności, jak również Zamawiający nie miał kompleksowej wiedzy w zakresie potrzeb i infrastruktury posiadanej przez niezależny od Zamawiającego podmiot, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że nie wszystkie podmioty podają informacje o swoich systemach do publicznej wiadomości. Aktualną wiedzę dotyczącą istniejącej infrastruktury radiokomunikacyjnej Zamawiający pozyskał dopiero w II kwartale 2020 r. W tym zakresie nastąpiły istotne zmiany od momentu kiedy Zamawiający planował i wszczął postępowanie na budowę własnego systemu. Z informacji tych wynika również, że istnieje już infrastruktura radiokomunikacyjna na części obszarów tożsamych z założeniami realizowanego dotychczas projektu. Z tego powodu wdrażanie odrębnego systemu na tych samych obszarach jest nieekonomiczne (z punktu widzenia interesu publicznego) biorąc pod uwagę aktualne potrzeby Policji wynikające z uwarunkowań, które zmieniły się w ostatnim czasie.

Wiąże się to z koniecznością dostosowania budowy systemu do obecnych uwarunkowań. Perspektywa wykorzystania już istniejącej infrastruktury radiokomunikacyjnej będącej w zarządzie Skarbu Państwa pozwoli Zamawiającemu zapewnić łączność w sposób bardziej optymalny pod względem realizacji i kosztów.

Zmiany opisane powyżej skutkują koniecznością przeprowadzenia planowania radiowego z uwzględnieniem informacji o istniejącej infrastrukturze co będzie wiązało się z koniecznością przekazania Wykonawcy informacji o charakterze niejawnym, tym samym konieczne będzie wymaganie od oferentów poświadczenia bezpieczeństwa przemysłowego oraz osobowego. Zmianie ulec musi także projekt umowy poprzez wprowadzenie do niej Instrukcji Bezpieczeństwa Przemysłowego określającej wymagania dotyczące ochrony informacji niejawnych, które zostaną udostępnione Wykonawcy oraz przez niego uzyskane lub wytworzone w związku z realizacją umowy.

Postanowienia SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie pozwalają na realizację zamówienia zgodnie z potrzebami zamawiającego, wynikającymi z konieczności wykorzystania infrastruktury podmiotów Skarbu Państwa, w szczególności:

- pkt 6.4 OPZ - Zamawiający wymaga aby proponowana architektura Systemu obejmowała co najmniej 170 BS(...)

Zamawiający przewidując możliwość wykorzystania infrastruktury innych podmiotów Skarbu Państwa musi skorygować założenie dotyczące wymaganej, minimalnej ilości nowobudowanych stacji bazowych. Wykorzystanie już wybudowanych, działających stacji bazowych innych podmiotów w obszarze objętym projektem, powoduje że osiągnięcie tych samych parametrów zasięgowych będzie możliwe przy budowie mniejszej ilości stacji bazowych. Z tego powodu stawianie takich sztywnych, minimalnych wymogów w obecnej sytuacji jest niezasadne i nieaktualne.

- pkt VI. SIWZ - Warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia, § 17 Umowy - Poufność

Zmiana podejścia w zakresie integracji z istniejącymi systemami TETRA podmiotów Skarbu Państwa przekłada się na konieczność modyfikacji wymagań SIWZ w zakresie warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz zapisów §17 Umowy dotyczących poufności. Nowe zapisy powinny zawierać wymóg posiadania przez Wykonawców świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego oraz poświadczeń bezpieczeństwa personelu Wykonawcy. Związane jest to z koniecznością przekazania niejawnych materiałów dotyczących np. przyznanych częstotliwości na pracujące już stacje bazowe, ich lokalizacji i innych kluczowych informacji dotyczących pracujących systemów.

Konieczne będzie także wprowadzenie nowych wymogów do zmienionego OPZ:

- aktualne zapisy OPZ nie zapewniają dostarczenia jednolitego i zautomatyzowanego zarządzania terminalami abonenckimi, w tym wersjami oprogramowania i ich konfiguracją. Integracja różnych systemów oraz multiagencyjność wymusza wprowadzenie narzędzia pozwalającego na tworzenie i wdrażanie centralnie przygotowanych uniwersalnych plików konfiguracyjnych czy szablonów.

- obecna sytuacja wymaga zmiany podejścia Zamawiającego do budowanego systemu w zakresie jego współpracy z innymi systemami na rzecz jego „głębokiej” integracji z systemami TETRA już istniejącymi, należącymi do podmiotów Skarbu Państwa. Taka zmiana podejścia wymaga zdefiniowania dodatkowych zapisów w ramach OPZ i umowy Wykonawcą. Aktualna dokumentacja przetargowa takich zapisów nie zawiera.

3. Powstanie Centralnego Pododdziału Kontrterrorystycznego Policji "BOA"

Kolejną okolicznością, niemożliwą do przewidzenia przed wszczęciem postępowania jest wejście w życie w dniu 05 kwietnia 2019 r. ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019 r. poz. 15) tworzącej nowy pion Policji w postaci służby kontrterrorystycznej. Wyodrębniono ze struktur Policji Centralny Pododdział Kontrterrorystyczny Policji "BOA", jako jednostkę organizacyjną Policji podległą bezpośrednio Komendantowi Głównemu Policji.

CPKP „BOA” oraz samodzielne pododdziały kontrterrorystyczne są odpowiedzialne za prowadzenie działań kontrterrorystycznych oraz wspieranie działań jednostek organizacyjnych Policji w warunkach szczególnego zagrożenia lub wymagających użycia specjalistycznych sił i środków oraz specjalistycznej taktyki działania. W przypadku prowadzenia działań kontrterrorystycznych w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych dowódca CPKP „BOA” kieruje do działań samodzielne pododdziały kontrterrorystyczne Policji oraz koordynuje przygotowanie i wykorzystanie ich sił i środków do realizacji tych działań.

Zarówno w działaniach kontrterrorystycznych jak i w przypadku prowadzenia działań w ramach Centralnego Odvodu Kontrterrorystycznego Komendanta Głównego Policji ich specyfika wymaga posiadania sprawnego i bezpiecznego (szyfrowanego) systemu łączności radiowej, który to system umożliwi także współdziałanie pomiędzy jednostkami Policji oraz z innymi służbami na każdym dowolnym obszarze, na którym konieczne będzie prowadzenie takich działań. Ponadto ujawnienie szczegółowej architektury systemu wykorzystywanego na potrzeby działań kontrterrorystycznych może utrudnić wykonywanie zadań służbie odpowiedzialnej za ochronę bezpieczeństwa jaką jest Policja, a w szczególności jej pion kontrterrorystyczny. Z całą pewnością Wykonawca systemu będzie miał bardzo szczegółową wiedzę na temat architektury systemu i mechanizmów jego działania, można więc stwierdzić, że bardziej szczegółową niż sam Zamawiający. Ujawnienie Wykonawcy informacji (w zakresie niezbędnym do odpowiedniego skonfigurowania systemu) o zasadach funkcjonowania pionu kontrterrorystycznego może prowadzić również do utrudnienia wykonywania zadań Policji, jako instytucji odpowiedzialnej za ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa obywateli oraz ściganie sprawców przestępstw (przykładem takiego utrudnienia są stwierdzone przypadki podsłuchiwania policyjnej korespondencji radiowej).

Utworzenie struktur kontrterrorystycznych niesie ze sobą konieczność zmiany zakresu przedmiotu zamówienia oraz parametrów i właściwości funkcjonalnych systemu, w tym również ze względu na specyficzne zadania jednostki, zmiany w zakresie sposobu przesyłania informacji zapewniające najwyższy poziom bezpieczeństwa. Poza tym konieczne będzie także przekonstruowanie zamówienia, by mogła zostać zapewnione informacje niejawnie przetwarzane na potrzeby

łączości radiowej służby kontrterrorystycznej. W związku z powyższym nie leży w interesie publicznym budowa systemu łączości radiowej, który nie odpowiada potrzebom tak ważnego pionu Policji.

Dodatkowo konieczność uwzględnienia pionu kontrterrorystycznego Policji niesie ze sobą potrzebę zmiany warunków selekcji wykonawców wynikającą z konieczności przekazania informacji niejawnych na etapie realizacji umowy. W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy nie podlegali weryfikacji w zakresie możliwości powierzenia im informacji niejawnych, w szczególności Zamawiający nie żądał posiadania przez wykonawców świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego i osobowego. Udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawcy, który nie przeszedł takiej weryfikacji, nie leży w interesie publicznym.

Postanowienia SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie pozwalają na realizację zamówienia zgodnie z potrzebami zamawiającego, wynikającymi z zadań nałożonych na CPKP „BOA”, w szczególności:

- pkt. 48.5.1.25 OPZ, Załącznik Ia do Umowy - Przystosowanie do obsługi maskowania E2E

W obecnym projekcie przyjęto założenie, że radiotelefony dostarczone w ramach zamówienia podstawowego (niewielkie ilości) musiały obsługiwać szyfrowanie E2E. Natomiast radiotelefony przewidywane do zakupu w ramach opcji musiały być jedynie przystosowane do uruchomienia tej funkcjonalności w przyszłości. W nowym założeniu, ze względu na dedykowanie systemu do prowadzenia działań kontr i antyterrorystycznych, wszystkie radiotelefony jak i system muszą pracować w trybie E2E. Ten tryb pracy zapewnia najwyższą ochronę kryptograficzną prowadzonej korespondencji. Jednocześnie zmianie ulegnie założona polityka generowania i dystrybucji materiału kryptograficznego.

- pkt 27 OPZ - Integracja z innymi systemami TETRA

Aktualny zapis pkt 27 dotyczący integracji z już działającymi systemami TETRA Zamawiającego dopuszczał realizację takiej integracji jedynie na poziomie podstawowych usług głosowych i była ona traktowana jako rozwiązanie zastępcze i tymczasowe (oparte na wyniesionych radiotelefonach).

Z względu na dedykowanie systemu dla potrzeb antyterrorystycznych wymagana jest pełna integracja wszystkich systemów TETRA Zamawiającego, w szczególności w dużych aglomeracjach takich jak np. Warszawa czy Kraków. Nowe zapisy OPZ muszą wymusić na Wykonawcy realizację takiej integracji.

- pkt 25.21 OPZ - Jako ukończenie lokalizacji podstawowego SwMI Wykonawca dostarczy 2 komplety BS w wersji mobilnej.

Obecny zapis nie uwzględnia potrzeb wynikających z techniki i taktyki działań jednostek kontrterrorystycznych i realizacyjnych pod względem ilościowym i funkcjonalnym. Zmiana podejścia wynika z powołania w 2019 r. nowego pionu Policji w postaci służby kontrterrorystycznej składającej się z Centralnego Pododdziału Kontrterrorystycznego Policji "BOA" jako jednostki organizacyjnej Policji podległej bezpośrednio Komendantowi Głównemu Policji oraz samodzielnych pododdziałów kontrterrorystycznych przy Komendach Wojewódzkich Policji. Wymaga to znacznego zwiększenia ilości mobilnych stacji bazowych w celu rozlokowania w wielu miejscach na terenie kraju oraz dopasowania ich konfiguracji do różnego rodzaju środków transportu. Tylko takie podejście daje możliwość relatywnie krótkiego czasu potrzebnego na doraźne uruchomienie systemu w każdym miejscu, w którym wystąpi konieczność prowadzenia działań kontrterrorystycznych, a które nie będzie objęte zasięgiem systemu w postaci obecnie wymaganej, tj. opartego o stacje stałe. Należy podkreślić, że prawdopodobieństwo wystąpienia zdarzeń na obszarach poza zasięgiem stacji stałych specyfikowanym obecnie i wynikającej z tego konieczności doraźnego uruchomienia mobilnych stacji bazowych jest duże, ponieważ zasięg stały według specyfikacji obecnie trwającego postępowania obejmuje jedynie ok. 9 % powierzchni kraju.

4. Utrata środków na sfinansowanie zamówienia

W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 07.07.2009 r., sygn. akt V Ca 1187/09 wskazano, iż sformułowanie treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, w którym mowa o zmianie okoliczności „należy rozumieć jako zaistnienie pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania przetargowego nie leży w interesie publicznym. Za takie zdarzenie należy bez wątpienia uznać blokadę środków przeznaczonych na finansowanie zamówienia. [...] Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 nie wymaga zaistnienia okoliczności „potwierdzonych urzędowo”, ale okoliczności, które z obiektywnego punktu widzenia należy ocenić jako uzasadniające tezę, że „dalsza procedura przetargowa nie służy interesowi publicznemu”.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28.02.2019 r., sygn. akt IV Ca 1430/18 zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, który w toku postępowania wskazywał, że „[...] utożsamia interes publiczny nie jako same oszczędności w budżecie Skarbu Państwa, ale jako nieczynienie nakładów finansowych na poczet (przedsiębiorstwa, potencjału technicznego przedsiębiorcy) wykonawcy, który uzyska zamówienie publiczne.

W wyroku KIO 2104/13 wskazano iż „wdrożenie u zamawiającego programu oszczędnościowego, a co za tym idzie, wykonanie zamówienia siłami własnymi, stanowi istotną zmianę okoliczności, która przesądza, że prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie leży w interesie publicznym, a jednocześnie nie można było jej przewidzieć”.

W obecnie trwającym postępowaniu Zamawiający, zgodnie z wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie o sygn. XXIII Ga 1629/19, w dniu 22 lipca 2020 r. unieważnił czynność unieważnienia postępowania. Tym samym, postępowanie znalazło się ponownie na etapie badania i oceny ofert.

W art. 93 ust. 1 ustawy Pzp wymienione zostały okoliczności, których wystąpienie powoduje obligatoryjność unieważnienia postępowania przez Zamawiającego. Należy podkreślić, iż obowiązkiem Zamawiającego jest badanie wystąpienia przedmiotowych przesłanek unieważnienia w trakcie całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ, Wykonawcy zobowiązani są do realizacji przedmiotu umowy przez okres maksymalnie 72 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, lub do dnia wyczerpania środków finansowych przeznaczonych na realizację Usługi Utrzymania, przy czym termin realizacji poszczególnych etapów został określony w następujący sposób:

Etap I - 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy;

Etap II - od dnia zawarcia umowy do terminu zadeklarowanego w złożonej ofercie (nie później niż do dnia 21 listopada 2020 roku);

Etap III - od dnia odbioru Etapu I do dnia zakończenia Umowy.

Należy jednak także wskazać, iż Zamawiający w SIWZ przewidział przesłanki uprawniające do zmiany terminu realizacji zamówienia m.in.:

- gdy zachodzi konieczność zmiany terminu realizacji umowy, w przypadku przedłużającej się procedury udzielania zamówienia publicznego na skutek korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, w takim przypadku zamawiający zastrzega sobie możliwość wydłużenia terminu realizacji umowy o czas trwania procedury odwoławczej.

W kontekście powyższych informacji, w szczególności sposobu określenia terminu realizacji Etapu I na 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz złożoności zamówienia, nie może budzić wątpliwości fakt, iż budowa systemu (Etap I) w roku bieżącym stała się niemożliwa. Tym samym, oczywistym jest, iż w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, wybrany wykonawca zobowiązany byłby do budowy systemu w 2021 roku. W konsekwencji Zamawiający zobligowany został do gruntownej analizy możliwości dokonania płatności na rzecz wybranego wykonawcy w 2021 roku.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert (05.02.2019 r.) Zamawiający podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. - 299 389 793,68 zł brutto, z czego środki w wysokości 201 700 000,00 zł brutto na realizację Etapu I i II zostały zabezpieczone w ramach ustawy z dnia 15.12.2016 r. o ustanowieniu „Programu modernizacji Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Biura Ochrony Rządu w latach 2017-2020” - ze środków tego programu, zaplanowanych na modernizację sieci radiowych Policji.

W ramach przedmiotowej ustawy Policja otrzymała specjalne, dodatkowe, jednorazowe środki na rozwój oraz unowocześnienie wyposażenia i infrastruktury. Wdrożenie Programu modernizacji miało na celu poprawę skuteczności i sprawności działania Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej, Biura Ochrony Rządu oraz stworzenie warunków sprzyjających realizacji ustawowych zadań.

Program ten nie jest programem wieloletnim w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 869, ze zm.). Wartość środków w poszczególnych latach Programu modernizacji została z góry określona. Środki niewykorzystane w danym roku przepadają i nie zostają przesunięte na rok przyszły. W obecnej chwili nie są prowadzone żadne prace zmierzające do wydłużenia okresu obowiązywania ustawy o ustanowieniu Programu modernizacji.

Należy także wyjaśnić, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte po wydaniu przez Ministra Finansów decyzji o zapewnieniu finansowania dla tego zamówienia w latach 2019-2020 (Decyzja nr 8/2018 z dnia 22 czerwca 2018 r.), a także po uzyskaniu w dniu 11 czerwca 2018 r. zgody Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na zaciągnięcie przez Komendanta Głównego Policji zobowiązań na rok 2019 oraz 2020 (sygn. pisma DB-1NR-311-12-19/2018).

Z całą stanowczością należy podkreślić, iż wskazane wyżej środki w kwocie 201 700 000,00 zł brutto zostały zabezpieczone jedynie do końca bieżącego roku tj. wraz z końcem 2020 rok» zostaną bezpowrotnie utracone. Z uwagi na wysoką wartość sfinansowania zamówienia z środków stanowiących standardowy budżet zamawiającego nie będzie możliwe. Na poparcie powyższej argumentacji poniżej Zamawiający przedstawia zestawienie wysokości środków, które znajdowały się w planie finansowym Komendy Głównej Policji na wydatki w zakresie informatyki i łączności w poszczególnych latach.

Plan finansowy w zakresie informatyki i łączności							
wg stanu na dzień							
Wydatki	31.12.2014	31.12.2015	31.12.2016	31.12.2017	31.12.2018	31.12.2019	2020-ustawa
majątkowe	19 682 418,00	25 789 761,00	35 271 670,00	31 926 566,00	21 021 514,00	23 742 514,00	24 821 000,00
rzeczowe	92 679 233,00	95 745 425,00	95 362 298,00	84 404 820,00	69 645 004,00	90 283 364,00	24 073 000,00
Razem	112 361 651,00	121 535 186,00	130 633 968,00	116 331 386,00	90 666 518,00	114 025 878,00	48 894 000,00

Wartość przedmiotowego zamówienia znacząco przekracza przyznane limity wstępne wydatków Komendy Głównej Policji na 2021 rok oraz limity wyjściowe wydatków na lata 2022-2023.

Zamawiający mając świadomość skali zamówienia, a także dysponując wiedzą nabytą w trakcie przeprowadzonego dialogu technicznego, szacował termin podpisania umowy z wybranym wykonawcą do dnia 1 lipca 2019 r. Należy przypomnieć, iż postępowanie zostało wszczęte 1 września 2018 roku. Tym samym, przewidywany czas na przeprowadzenie postępowania wynosił 301 dni. W ocenie Zamawiającego termin ten został ustalony przy dochoowaniu należytej staranności. Zgodnie ze Sprawozdaniem Prezesa UZPz funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2017 r. czas trwania postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (powyżej progu) wyniósł 2017 roku - 93 dni, a w 2016 roku - 80 dni. Zamawiający przewidział trzykrotnie dłuższy czas na przeprowadzenie postępowania niż wynosi średnia dla tego typu postępowań. Tym samym, należy wskazać, iż brak jest winy Zamawiającego za ponadstandardową długość postępowania przetargowego, w szczególności należy zwrócić uwagę na opóźnienia związane z pandemią COYID-19, których skutkiem było kilkukrotne przekroczenie instrukcyjnego 30 dniowego terminu na rozpatrzenie skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 428/16 wskazano, że „Interes publiczny w ujęciu zadań zamawiającego, to realizacja zadań ustawowych (statutowych), dla których realizacji został utworzony podmiot. Zatem, interes publiczny w badanej sprawie winien być oceniany z uwzględnieniem potencjału kadrowego, sytuacji finansowej i uwarunkowanej nimi możliwości realizacji usługi. ”

Reasumując, wystąpiła istotna zmiana okoliczności polegająca na utracie środków na sfinansowanie zamówienia wynikająca zarówno z zakończenia Programu modernizacji, jak i braku możliwości pozyskania nowych środków (czego główną przyczyną było wystąpienie epidemii wirusa SARS-CoV-2 i zmiana priorytetów budżetowych państwa). Okoliczności tych nie dało się przewidzieć. Zmiana okoliczności związana z epidemią wirusa SARS-CoV-2 jest niezależna od samego Zamawiającego, wynika z decyzji podejmowanych na szczeblu krajowym i międzynarodowym. Zamawiający nie ma obecnie możliwości sfinansowania przedmiotowego zamówienia. Tym samym, dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

Przedmiotowe zamówienie polegające na modernizacji sieci radiowych, stanowiło realizację Decyzji nr 164 Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 31 lipca 2017 r w sprawie powierzenia Komendantowi Głównemu Policji zadań operatora Ogólnokrajowego Cyfrowego Systemu Łączności Radiowej Policji (OCŁSR-P). Zgodnie z par. 6 niniejszej decyzji budowę OCŁSR-P miała być finansowana w zakresie przewidzianym w Programie modernizacji Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Biura Ochrony Rządu w latach 2017-2020 ze środków tego programu, zaplanowanych na modernizację sieci radiowych Policji.

Reasumując należy stwierdzić, iż ze względu na wystąpienie wymienionych w pkt 1-4 okoliczności, których nie można było przewidzieć, realizacja przedmiotowego zamówienia nie leży w interesie publicznym, z uwagi na:

- konieczność zmiany zakresu przedmiotowego zamówienia np. uwzględnienie nowych potrzeb CPKP"BOA",
- konieczność wybudowania systemu w mniejszym zakresie przedmiotowym, ale z krótszym czasem realizacji,
- konieczność uwzględnienia parametrów technicznych, umożliwiających współpracę służb,
- konieczność zapewnienia zasięgów radiowych w zakresie wynikającym z bieżących potrzeb, w tym również zależnych od rozwoju pandemii,
- konieczność realizacji części zadań wdrożeniowych własnymi siłami (oszczędności i elastyczne dostosowanie się do charakteru zmieniającej się epidemii),
- brak możliwości wykorzystania określonej infrastruktury posiadanej przez Skarbu Państwa w szczególności podmioty odpowiedzialne za ochronę bezpieczeństwa publicznego, co znacząco spowolni możliwość budowy podstawowej szyfrowanej komunikacji w stosunku do obecnych możliwości oraz nie pozwoli obniżyć kosztów realizacji zamówienia w obecnej sytuacji finansowej Zamawiającego. Ponadto wykorzystanie tej infrastruktury będzie wymagało w bieżącym postępowaniu zmiany w wymaganym opisie wymagań co do ilości i umiejscowienia stacji bazowych, w celu uniknięcia ich dublowania.
- konieczność zmiany sposobu realizacji płatności, poprzez zmianę ilości i wielkości etapów lub też przeprowadzenia postępowań częściowych, obejmujących mniejszy zakres prac. '.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 16.09.2020 r. sprawy o sygn. akt: KIO 2271/20, sygn. akt: KIO 2275/20 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2271/20:

11.09.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Indra Sistemas Polska sp. z o.o. w Warszawie, Rohill Engineering B.V. w Hoogeveen, Holandia, Page Communication sp. z o.o. w Gliwicach zwani dalej: „Indra” albo „Odwołującym w sprawie KIO 2271/20” albo „Przystępującym po stronie Odwołującego w sprawie KIO 2275/20” wnieśli odwołanie na czynność Zamawiającego z 01.09.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (e-mailem).

Zarzucał Zamawiającemu naruszenia:

1. art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sposób bezpodstawny, tj. bez zaistnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców, w ten sposób iż okoliczności wskazane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie stanowiły przeszkody w udzieleniu zamówienia Wykonawcy Konsorcjum Motorola i realizowaniu jej, natomiast zostały uznane za uniemożliwiające prowadzenie postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający przegrał postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i Sądem Okręgowym w wyniku których unieważniono umowę zawartą z Motorola.
3. art. 93 ust. 3 Pzp poprzez uzasadnienie faktyczne i prawne oderwane od sytuacji prawnej i faktycznej tego postępowania, niekompletne i pomijające kluczowe elementy stanu faktycznego,
4. art. 93 ust. 3 Pzp w zw. z art. 93 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez wskazanie w uzasadnieniu na przyczynę oderwaną od faktycznego przebiegu postępowania, ale nie leżącą po stronie Zamawiającego, co może utrudnić wykonawcom dochodzenia roszczenia o zwrot kosztów w trybie art. 93 ust. 4 Pzp. Wnosił o:
 1. uwzględnienie odwołania w całości;
 2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp;
 3. kontynuowania czynności badania i oceny ofert;
 4. przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnatura akt KIO 1833/19; KIO 1875/19, w szczególności z materiału dowodowego złożonego przez Zamawiającego (w tym dokumentów o klauzuli zastrzeżone i poufne) na okoliczność istnienia interesu publicznego w udzieleniu niniejszego zamówienia;
 5. zobowiązanie Zamawiającego w trybie § 24 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań do przedstawienia dokumentów związanych ze stopniem realizacji zamówienia przez Motorolę umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, informacji o płatnościach z tego tytułu i dokonanych rozliczeniach świadczeń niemożliwych do zwrotu (jeśli takie wystąpiły). Odwołujący pomimo zwrócenia się do Zamawiającego o uzyskanie tych danych w trybie informacji publicznej otrzymał jedynie zdawkową informację odsyłającą do treści przepisu art. 410 kodeksu cywilnego. Nie jest samodzielnie pozyskać żadnych dokumentów lub informacji wskazujących na faktyczny stan realizacji przedmiotu zamówienia i intencji Zamawiającego co do jego zakończenia i rozliczenia. Dowód w przedmiocie stanu zaawansowania prac objętych zamówieniem zawartym w trybie zamówienia z wolnej ręki został złożony przed Sądem Okręgowym (na poparcie tezy, że nie jest możliwe unieważnienie umowy z uwagi na jej stan zaawansowania) jednak został on utajniony i nie udostępniony Odwołującemu, znajduje się on w posiadaniu Zamawiającego.
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający prowadzi Postępowanie pn. „Modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA (162/B.łil/18/TG/PMP) od września 2018 r. W lutym 2019 r. odbyło się otwarcie ofert. W dniu 31 maja 2019 r. Skarżący dokonał wyboru oferty konsorcjum wykonawców Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o. i Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. (dalej: „wykonawca Motorola” lub „Motorola”) jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu. Od decyzji o wyborze oferty wykonawcy Motorola jako najkorzystniejszej w postępowaniu odwołali się Odwołujący - Sprint. Wyrokiem z 18.07.2019 r. wydanym w połączonych sprawach KIO 999/19 i KIO 1000/19 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła oba odwołania, nakazując Skarżącemu odrzucenie oferty wykonawcy Motorola na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wobec powyższego rozstrzygnięcia KIO, Zamawiający nie zdecydował się kontynuować postępowania prowadzonego w trybie konkurencyjnym. W dniu 30.07.2019 r. Zamawiający - pod absurdalnym pretekstem wykonywania wyroku KIO 999/19 i KIO 1000/19 - dokonał odrzucenia wszystkich złożonych ofert, i w konsekwencji unieważnił całe postępowanie. Następnie niezwłocznie (tego samego dnia) zaprosił Wykonawcę Motorola do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, i już w dniu 09.08.2019 r. zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia. Umowa została zawarta na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp i zawierała tożsamy zakres przedmiotowy jak ten objęty postępowaniem.

Na dzień 09.08.2019 r. Zamawiający nie miał zatem żadnej wątpliwości, że realizacją zamówienia w tym kształcie jest potrzebna i realizuje interes publiczny. Co więcej, umowę zawarto z wykonawcą, którego ofertę Zamawiający odrzucił powołując się na liczne wady i braki znacznie wykraczające nawet podstawy odrzucenia oferty ustalone wyrokiem KIO 999/19 i 1000/19. Zarówno Odwołujący jak i Wykonawca Sprint złożyli odwołania w których domagali się

unieważnienia czynności złożenia odrzucenia ich ofert w postępowaniu, oraz unieważnienia czynności unieważnienia postępowania. Oba odwołania zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 26.08.2019 r., KIO 1553/19 i KIO 1558/19. Od niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia Skarżący złożył skargę do SO w W-wie (sygn. akt XXIII G 1629/19). Skarga Zamawiającego została w całości w dniu 08.07.2020 r. Następnie w dniu 13.07.2020 r. Sąd Okręgowy utrzymał wyrok KIO z 31.10.2019 r., sygn. akt: KIO 1833/19, w którym unieważniła ona umowę zawartą z Motorolą w dniu 9 sierpnia 2019 r. uznając, że nie zaszły przesłanki wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp, w szczególności Postępowanie konkurencyjne było w toku w dniu wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz zawarcia w jego wyniku umowy. W wykonaniu ww. wyroków Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego w dniu 22.07.2020 r. (czyli niemalże po roku od czynności unieważnienia postępowania i wydania wyroku nakazującego jego przywrócenie przez KIO) Zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania i odrzucenia ofert wykonawców oraz otworzył procedurę badania i oceny tych ofert. Zamawiający nie podjął żadnych czynności związanych z oceną ofert w stosunku do oferty Odwołującego przez ponad miesiąc. Odwołujący nie ma wiedzy, czy Zamawiający dokonał jakichkolwiek czynności związanych z oceną ofert w stosunku do oferty Wykonawcy Sprint. Na wniosek o udostępnienie protokołu postępowania przesłany Zamawiającemu w dniu 17.08.2020 r. Zamawiający odpisał, że protokół jest w uzgodnieniach i zostanie Odwołującemu przesłany jak zostanie zwrócony, do KGP. To nie nastąpiło do chwili obecnej. Po upływie 40 dni od ponownego otwarcia postępowania Zamawiający w dniu 01.09.2020 r. przesłał informacje o jego ponownym unieważnieniu powołując się na szereg przesłanek, które kwestionujemy w niniejszym odwołaniu.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez unieważnienie postępowania bez zaistnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców, w ten sposób iż okoliczności wskazane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie stanowiły przeszkody w udzieleniu zamówienia Wykonawcy Konsorcjum Motorola i realizowaniu jej, natomiast zostały uznane za uniemożliwiające prowadzenie postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający przegrał postępowania przed KIO i Sadem Okręgowym w wyniku których unieważniono umowę zawartą z Motorolą.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 6 Pzp zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Na wstępie uzasadnienia unieważnienia postępowania Zamawiający przytacza poglądy doktryny oraz orzecznictwo, z których wynika, że „Aby zamawiający mógł powołać się na przesłankę unieważnienia postępowania z art 93 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp musi udowodnić, że wcześniej czyli w momencie wszczęcia postępowania nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmiana okoliczności w wyniku której kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym.” (str. 1 uzasadnienia unieważnienia postępowania z dnia 1 września 2020 r.).

Zamawiający powołuje się również na orzecznictwo, którego co do zasady Odwołujący nie kwestionuje, tezy tam jednak zawarte nie mają zastosowania do niniejszej sprawy ponieważ stan faktyczny niniejszego postępowania jest zgoła odmienny, i truzimem by było stwierdzenie, że działanie Zamawiającego w tym przypadku ma charakter „nietypowy”. Umknęło natomiast Zamawiającemu, że przesłanki unieważnienia postępowania, w szczególności uznania, że dane zamówienie nie leży w interesie publicznym czego nie można by było przewidzieć, powinny być obiektywne i niezależne od podmiotu wykonawcy, który to zamówienie ma realizować. Nie powinny mieć także charakteru nietrwałego i zależnego od decyzji samego Zamawiającego. W innym przypadku sprowadzałoby się do arbitralnej decyzji Zamawiającego czy dane postępowanie prowadzić czy też je unieważnić.

Działanie samego Zamawiającego oraz liczne zgromadzone w sprawach odwoławczych i skargowych dokumenty jednoznacznie natomiast wskazują, że ocena tych samych okoliczności, które teraz rzekomo uniemożliwiają realizację zamówienia była całkowicie odmiennie interpretowana w sytuacji, gdy zamówienie to miało być realizowane przez Wykonawcę Motorola. Nie stanowiły również problemu przez okres ostatnich 22 miesięcy prowadzenia de facto równoległe dwóch postępowań w tym samym, przedmiocie. Nie budzi wątpliwości, że przesłanki wskazane w uzasadnieniu są całkowicie oderwane od faktycznych okoliczności postępowania. Ponadto Zamawiający wskazując kilka postanowień w ogóle nie analizuje możliwości dokonania zmiany umowy w ten sposób, aby umożliwić jej realizację (np. na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp lub Umowy). Podczas gdy w doktrynie orzecznictwie za bezstronne uznaje się dopuszczenie możliwości zmiany umowy w sytuacji gdy okoliczności to uzasadniające wystąpiły przed jej zawarciem lecz po złożeniu ofert, jeżeli bowiem po dacie złożenia ofert doszło do wydarzenia, które Zamawiający ustawodawca w art. 144 ust. 1 Pzp przewidywali jako przesłanka zmiany zakresu praw i obowiązków stron umowy to strony powinny mieć możliwość skorzystania z tej przesłanki i dostosowania treści oferty do zmienionych okoliczności faktycznych, nawet gdy jeszcze nie doszło do zawarcia umowy. Nie można bowiem uznać, że okoliczności, która usprawiedliwiłaby zmianę umowy, gdy została ona już zawarta nie daje podstaw do jej odpowiedniego dostosowania przed datą jej zawarcia, a po dacie złożenia ofert. Pogląd taki na gruncie poprzedniego stanu prawnego wyraził również Prezes UZP w opinii UZP, nt.: *„Dopuszczalność zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w związku ze zmianą stawki podatku od towarów i usług (VAT) po wyborze oferty, a przed datą zawarcia umowy”* (Opinie prawne w zakresie zamówień publicznych z 2013r., publikacja na stronie UZP). Pogląd ten pozostaje nadal aktualny. Zgodnie z ww. opinią Prezesa UZP *„art. 144 ust. 1 ustawy Pzp może znaleźć zastosowanie do zmiany umowy zarówno w przypadku, gdy zdarzenie określone w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako przesłanka zmiany umowy, zaszło przed zawarciem umowy pierwotnej, jaki i po dacie jej zawarcia. Innymi słowy fakt, iż takie zdarzenie miało miejsce przed datą złożenia zgodnych oświadczeń woli o zawarciu umowy (datą zawarcia umowy) nie stanowi przeszkody do następczego dokonania zmiany takiej umowy zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zawarcia aneksu. Powyższe ustalenie ma istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zagadnienia. Jeżeli bowiem fakt, iż zdarzenie określone jako przesłanka zmiany umowy (zmiany treści stosunku prawnego) nastąpiło przed datą zawarcia umowy nie stanowi przeszkody do dokonania tej zmiany, a więc zmiana ta może być dokonana zaraz po jej zawarciu (np. tego samego dnia), to tym bardziej możliwe jest uwzględnienie zmiany treści stosunku prawnego już w pierwotnym brzmieniu umowy (argumentum a maiori ad minus). Przy czym brak jest jakichkolwiek przyczyn natury jurystycznej wykluczającej takie rozwiązanie. (...)”*

Tożsamy pogląd dość jednolicie prezentowany jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych. Przykładowo, zgodnie z treścią wyroku Sądu Rejonowego w Zambrowie z 14.07.2015 r. (I C 255/15), w którym sąd uznał, że choć art. 144 ust. 1 Pzp literalnie odnosi się do już zawartej umowy o zamówienie publiczne, to można go także zastosować, gdy umowa nie została jeszcze podpisana. Podobnie SO w Nowym Sączu w wyroku z 01.06.2005 r., sygn. akt: III Ca 262/05 uznał, że nie ma przeszkód, aby przepis art. 144 ust. 1 Pzp zastosować odpowiednio po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy. Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach stała na

podobnym stanowisku. Przykładowo w wyroku z 09.02.2010 r., KIO/UZP 54/10 stwierdziła: „w ocenie Izby brak jest jakichkolwiek przeszkód do uznania, że jeśli pod określonymi rygorami PZP dopuszcza się możliwość zmiany postanowień zawartej umowy, to zmiana taka jest możliwa po wyborze, ale przed podpisaniem.” (wyrok KIO z dnia 10.02.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 125/09, wyrok KIOz 21.06.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1089/10, wyrok KIO z 02.03.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP210/10). Zamawiający w uzasadnieniu nie rozważa nawet opcji zmiany umowy przy czym w wielu elementach odwołuje się do okoliczności, które mogłyby być podstawą jej zmiany gdyż nastąpiły po dniu otwarcia ofert w dniu 05.02.2019 r. (np. na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp) jeżeli faktycznie, obiektywnie by wystąpiły. Nie można zatem ich okoliczności za mający charakter istotny czy nieprzezwykłalny.

Poza tym niemalże każdą z tych przesłanek nie tylko Zamawiający mógł ale również przewidywał i przez ostatnich 12 miesięcy nie stanowiły one żadnej przeszkody w realizacji zamówienia przez Wykonawcę Motorola.

Pojawienie się stanu epidemicznego COVID - 19

Z niemalym zaskoczeniem Odwołujący przeczytał w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, że epidemia stanowi okoliczność, dla której realizowanie niniejszego zamówienia nie leży w interesie publicznym. W toku postępowania odwoławczego dot. udzielenia tego samego zamówienia z wolnej ręki Zamawiający przedłożył setki dokumentów na potwierdzenie jak ważna i kluczowa dla interesu publicznego jest realizacja tego zamówienia. W marcu kiedy epidemia wybuchała Zamawiający realizował umowę w sprawie tego zamówienia zawartą z Wykonawcą Motorola - pomimo faktu jej unieważnienia kilka miesięcy wcześniej przez KIO i nie zgłaszał wówczas aby okoliczności wywołane epidemią zdezaktualizowała potrzebę realizacji zamówienia. Przeciwnie w maju 2020 r. w postępowaniu przed SO (sygn. akt: 2236/19 i XXIII Ga 2136/19) złożył wniosek dowodowe na okoliczność tego, że realizacja zamówienia w tym kształcie jest niezbędna i ważna dla interesu Państwa, szczególnie z uwagi na stan epidemii. W złożonych pismach przedstawiciele służb wskazywali, że właśnie pandemia jeszcze bardziej utrwaliła konieczność jak najszybszej realizacji zamówienia. Stanowisko to oraz złożone wnioski dowodowe Zamawiający podtrzymał na rozprawie w dniu 08.07.2020 r. Mając na uwadze powyższe nie budzi wątpliwości, że okoliczność wystąpienia pandemii jest traktowana przez Zamawiającego instrumentalnie i jej wpływ na realizację zamówienia zależy jedynie od faktu, podmiotu wykonawcy, który realizuje umowę.

Za całkowicie chybione i nieprawdziwe należy uznać również twierdzenia jakoby pandemia wpłynęła na zakres przedmiotu zamówienia określony w pkt 42, 4.1, 4.2, 4.3 OPZ oraz załącznika nr 6 do OPZ. Zamawiający zdecydował się na realizację zamówienia dla 13 miast (co zresztą wynika z nazwy postępowania) tak jak kilka lat wcześniej przeprowadził postępowanie i udzielił zamówienia na system tetra dla 3 miast. Już wówczas nie zdecydował się na pokrycie systemem całej powierzchni terytorium Polski, pomimo, że Policja i przestępczość nie jest zgrupowana jedynie w wybranych obszarach Polski. Jeżeli Zamawiający chciałby rozszerzyć przedmiot zamówienia na inne obszary kraju to może uczynić to w ramach odrębnego zamówienia. Całkowicie niezrozumiałe jest również stwierdzenie, że wskazane etapy czy płatności są nieadekwatne w dobie koronawirusa, podczas gdy w trakcie pandemii Zamawiający realizował zamówienia właśnie w oparciu o te etapy. Zgodnie z jego stanowiskiem wyrażonym przed Sądem Okręgowym umowa została zrealizowana w dość znacznym zakresie. Podobnie bezzasadna jest argumentacja dotycząca nieadekwatności zamówień opcjonalnych. Zamówienia te bowiem są fakultatywne. Nie można zatem zmusić Zamawiającego do ich zakupu. Natomiast jeżeli ta rzekoma nieadekwatność wynika ze zbyt małej liczby produktów objętych zamówieniem opcjonalnym to należy zauważyć, że nie ma przeszkód, aby Zamawiający wszczął postępowanie odrębnie na zakupy nieobjęte przedmiotem niniejszego postępowania. Zamawiający również nie zauważa, że istnieje szereg przepisów (Tarcza 3.0, Tarcza 4.0), które umożliwiają dokonanie zmian w umowie, jeżeli wynikają one z okoliczności pandemii. Zamawiający nie rozważa nawet zmiany umowy (abstrahując od jej konieczności) lecz dąży do unieważnienia postępowania. Trudno w tym świetle uznać niniejszą przesłankę za obiektywną i niezależną od podmiotu, z którym zamawiający chce zawrzeć umowę. Co również istotne sam Zamawiający stał na stanowisku, jeszcze dwa miesiące temu, że pandemia jedynie potwierdziła konieczność realizacji zamówienia a nie wpłynęła na fakt, że stoi ono w sprzeczności w interesem publicznym.

Zainteresowanie innych podmiotów budową systemu, z wykorzystaniem posiadanej infrastruktury.

Uzasadnienie w tym zakresie jest dość enigmatyczne. Nie wynika z niego, ani jakie podmioty Skarbu Państwa są gotowe do współpracy, ani jaka istotna okoliczność nastąpiła, że właśnie teraz podmioty te zdecydowały się na współpracę. Odwołujący nie wie o jakich podmiotach pisze Zamawiający, ale może domniemywać, że są to spółki skarbu Państwa, które od lat już posiadają system tetra. Systemy te w znakomitej większości, z uwagi na status zamawiającego, zostały zakupione w trybie zamówień publicznych, jest to zatem wiedza jeżeli nie powszechna to łatwo dostępna i przy dochowaniu minimalnej staranności możliwa do ustalenia. Nie jest to żadna nowa okoliczność, która nie istniała w dniu wszczęcia postępowania. Co więcej zawierając umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki w sierpniu 2019 r. Zamawiający również nie planował jakiegokolwiek zmiany w przedmiocie zamówienia w związku z faktem, że inne podmioty na rynku posiadają systemy TETRA. Nie było o tym również mowy w lipcu 2020 r. w momencie rozpraw przed Sądem Okręgowym, gdzie Zamawiający podtrzymywał swoje stanowisko o niezbędności kontynuowania realizacji umowy z Motorola w obecnym kształcie i modelu. Zwraca uwagę, że okoliczność wskazana w uzasadnieniu nie jest istotną zmianą okoliczności, która nastąpiła, a czysto hipotetyczną możliwością. Zamawiający nie powołuje się na żadne wiążące umowy, itp. a jedynie wspomina o „po wzięciu informacji, że inne podmioty Skarbu Państwa są gotowe do podjęcia działań i współpracy w zakresie budowy cyfrowego systemu łączności”. Wszystko to referuje do okoliczności przyszłej i niepewnej. Nie można zgodzić się, że przesłanką unieważnienia postępowania może być okoliczność hipotetyczna, która może nigdy się nie ziszczyć. Poza tym jest to okoliczność częściowo wykreślona przez samego Zamawiającego, który zmienia model realizacji zamówienia, od jego decyzji, a zatem całkowicie arbitralna. Mając na uwadze powyższe należy uznać, że przesłanka ta nie odpowiada dyspozycji przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp ponieważ:

-trudno uznać ją za istotną zmianę okoliczności - fakt posiadania przez inne podmioty systemów łączności jest znany od lat i nie nastąpiła żadna zmiana w tym zakresie,

-nie można uznać, że okoliczności tej nie dało się przewidzieć, skoro stan faktyczny jest ten sam a jedynie ewentualnie decyzja samego Zamawiającego co do zmiany modelu realizacji zamówienia uległ zmianie; Zamawiający nie wykazał, że podejmował jakiegokolwiek starania, aby wcześniej taka współpraca była możliwa, w ogóle tego nie rozważał, a zmiana nastąpiła dopiero w momencie oddalenia skargi na wyrok KIO unieważniającej umowę z Motorola;

- z przesłanki tej nie wynika, aby realizacja zamówienia nie leżała w interesie publicznym; przeciwnie Zamawiający potwierdza, że będzie dążył do realizacji zamówienia tylko być może w trochę inny sposób. Sam ten fakt przesądza o braku możliwości uwzględnienia tej okoliczności jako przesłanki unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Nie można bowiem się zgodzić, że sam fakt, że Zamawiający zmienił zdanie co do sposobu realizacji potrzeby (tj.

interesu publicznego) jest wystarczające dla unieważnienia postępowania. W takim przypadku każdy zamawiający arbitralnie zawsze mógłby unieważnić postępowanie powołując się na fakt uznania, że zamówienie może zrealizować zamawienie inaczej. Na marginesie wskazał, że szereg z podmiotów publicznych np. firma Energa Operator ma system Tetra firmy Motorola. Co pośrednio wskazuje na intencje Zamawiającego, który wszelkimi drogami dąży do powierzenia zamówienia temu wykonawcy.

Powstanie Centralnego Pododdziału Kontrterrorystycznego Policji BOA

Zamawiający wskazuje, że okolicznością niemożliwą do przewidzenia przed wszczęciem postępowania jest wejście w życie w dniu 5 kwietnia 2019 r. ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (D.Z. U. z 2019 r. poz. 15) tworzącej nowy pion Policji w postaci służby kontrterrorystycznej.

Zauważył, że projekt tej ustawy został zgłoszony do prac sejmowych na początku września 2018 r. jako projekt rządowy. Należy zatem przyjąć, że Zamawiający miał pełną wiedzę o jego procedowaniu i mógł uwzględnić niezbędne rozwiązania chociażby jako opcje lub przesłankę zmiany umowy, gdyby faktycznie było to tak istotne jak twierdzi obecnie. Co więcej powyżej wskazana ustawa została uchwalona w dniu 09.11.2018 r. (podpisana przez prezydenta w dniu 12.12.2018 r.). Bezsposornie w tym czasie Zamawiający miał pewność, że Pododdział BOA zostanie utworzony i zacznie funkcjonować. W tym czasie Zamawiający był na etapie publikacji SIWZ. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 02.02.2020 r. A zatem nie było żadnych prawnych przeszkód, aby Zamawiający na tamym etapie zmodyfikował SIWZ uwzględniając wymagania wynikające z tej ustawy. Miał na to co najmniej 3 miesiące. Wówczas jednak Zamawiający uznał to za zbędne a zatem nieistotne. Tylko istotna zamiana okoliczności może natomiast być podstawą unieważnienia postępowania. Co więcej, od daty uchwalenia ustawy, na którą powołuje się Zamawiający do zawarcia Umowy do chwili obecnej upłynęło 22 miesiące. Przez ten niemalże dwuletni okres Zamawiający nie tylko nie unieważnił postępowania z uwagi na uchwalenie ww. ustawy, ale przeciwnie dążył z pełną determinacją do zawarcia umowy w kształcie określonym w niniejszym postępowaniu. Co ciekawe w tym czasie postanowienia OPZ, na potrzebę zmiany, których powołuje się obecnie Zamawiający (tj. pkt 27 OPZ) były przedmiotem szczególnej uwagi wykonawców i Zamawiającego. Jego znaczenie i interpretacja były dwukrotnie również przedmiotem orzeczeń KIO (wyrok KIO 513/19 z 08.04.2019 r. oraz wyrok KIO 999/19 z 18.07.2019 r.) /Na rozprawie toczącej się w czerwcu i lipcu 2019 r. (ponad 1,5 roku od wejście w życie ustawy na którą obecnie się powołuje) Zamawiający twierdził, że w sposób zamierzony, celowy i przemyślany nie zastrzegł pełnej integracji z systemami TETRA argumentując: „*Takie rozwiązanie stanowi celowy zabieg Zamawiającego, bowiem dla Zamawiającego było jasne, że wprowadzenie wymogu pełnej integracji systemów TETRA różnych producentów może w znaczący sposób ograniczać konkurencję, a nawet doprowadzić do sytuacji, w której tylko jeden wykonawca — w tym przypadku Odwołujący — mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Dlatego też trzeba z całą stanowczością podkreślić, iż zbudowanie prostych interfejsów, posiadających funkcjonalności określone przez Zamawiającego w pkt 27.1 OPZ, jest możliwe poprzez użycie dowolnych terminali TETRA jakiegokolwiek producenta oraz zwykłych systemów antenowych (tzw. interfejs powiętrzy), bez konieczności żadnej ingerencji w istniejące systemy.*” - cytat z uzasadnienia wyroku w zakresie w jakim odwołuje się do treści odpowiedzi na odwołanie./

Nie można zatem uznać, że prowadząc postępowanie Zamawiający ukształtował OPZ w oparciu o niepełną czy nieaktualną wiedzę. Przeciwnie mimo zmiany okoliczności uznawał, że opis przedmiotu zamówienia jest właściwy i odpowiada jego potrzebom. Także w decyzji o unieważnieniu postępowania z 30.07.2020 r. Zamawiający nie wskazywał tych okoliczności jako uniemożliwiających mu prowadzenie dalsze postępowania. Po unieważnieniu postępowania w dniu 30.07.2019 r. Zamawiający zawarł umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki (09.08.2019 r.). Wówczas uznał za realizujące jego cele i cel publiczny wykonanie zamówienia w dotychczasowym kształcie, nie dokonał bowiem żadnej z obecnie wskazywanych jako niezbędne modyfikacji. Jeszcze na rozprawie w dniu 08.07.2020 r. twierdził, że realizacja umowy przez Motorolę w ówczesnym kształcie realizuje interes publiczny i jest niezbędna dla zapewnienia bezpieczeństwa obywateli. W świetle powyższego obecne twierdzenia Zamawiającego jakoby prowadzenie postępowania nie leżało w interesie publicznym z uwagi na ustawę uchwaloną w dniu 09.11.2018 r. jest gołosłowne. Wszystkie okoliczności niniejszej sprawy pozwalają wywieść odmienne wnioski. Nie można również uznać, że Zamawiający nie mógł przewidzieć tej okoliczności przy dochowaniu minimum staranności, a nawet gdy okoliczność, na którą obecnie się powołuje stała się powszechnie znanym faktem nie podjął żadnych działań, aby dostosować SIWZ do tej okoliczności mimo czasowych i prawnych możliwości. Nie można zatem uznać, aby okoliczność, na którą powołuje się Zamawiający mogła stanowić podstawę do unieważnienia postępowania zgodną z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Należy również dodać, że ewidentnie mamy w tym przypadku do czynienia z nierównym traktowaniem wykonawców ponieważ okoliczność ta nie stanowiła przeszkody do zawarcia umowy z wykonawcą Motorola i realizacji tej umowy, a stała się kluczową przeszkodą w sytuacji gdy inny wykonawca ma szansę uzyskać zamówienie.

Utrata środków na sfinansowanie zamówienia

Powołanie się na tą przesłankę przez Zamawiającego de facto przeczy prawdziwości i rzetelności zaistnienia pozostałych przesłanek unieważnienia postępowania. Skoro bowiem należy przyjąć, jak to czyni Zamawiający, że nie ma on możliwości sfinansować zamówienia, środki zostaną utracone i obiektywnie nie ma możliwości ich pozyskania pomimo podjętych starań to w jaki sposób realizowane będzie zamówienie w kształcie wskazanym w punktach 1-3 uzasadnienia unieważnienia postępowania. Szczególnie dziwi w tych okolicznościach deklaracja jakoby Zamawiający podjął współpracę z innymi podmiotami lub zamierza dodawać nowe funkcjonalności. Cały wywód Zamawiającego zmierza do tego, że zamierza on bowiem system Tetra zakupić, a jedynie zastanawia się czy w tym czy w innym zakresie.

Sposób finansowania zamówienia, w tym terminy określone w ustawie z dnia 15.12.2016 r. o ustanowieniu „Programu modernizacji Policji (...)” był znany Zamawiającemu od początku trwania postępowania. Musiał się on zatem z nim liczyć podejmując decyzje w postępowaniu. Zamawiający natomiast w sposób całkowicie „nieszablony” wstrzymywał się z każdą decyzją czy czynnością, która nie zmierzały do zawarcia umowy z Wykonawcą Motorola. To Zamawiający mając pełną świadomość naruszeń (stwierdzoną wyrokami KIO) oraz terminy postępowań skargowych zaskarżył niemalże każdy wyrok wydany przez KIO. Gdyby Zamawiający zdecydował się na prowadzenie postępowania po wyroku Izby dot. odrzucenia oferty Motoroli to już w lipcu lub sierpniu 2019 r. mogłaby być zawarta umowa z kolejnym wykonawcą. Na okoliczność tą wskazała również KIO w wyroku z 31.10.2019 r. KIO 1833/19, w którego uzasadnieniu wskazywała: „*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 ZamPubU 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 S. i I. Jak wyjaśniono zaś wcześniej, działaniami*

tym nie stoi na przeszkodzie oczekiwaniu 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 M. (por. § 9 umowy z przystępującym M., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego)." Także Zamawiający miał pełną wiedzę, że w przypadku niezwłocznego kontynuowania postępowania byłaby możliwość jego realizacji w terminie. Zamawiający przez wiele miesięcy wstrzymywał się również z wykonaniem oczywiście słusznego wyroku, w którym Izba nakazywała unieważnić czynność unieważnienia postępowania i wybrać jedną z dwóch pozostałych ofert. Nie można zatem tracić z oczu oceniając legalność czynności unieważnienia postępowania, że Zamawiający w sposób bezpośredni przyczynił się do opóźnień w prowadzeniu postępowania. W świetle wszystkich zapadłych w tym postępowaniu wyroków można nawet uznać, że intencjonalnie je sparaliżował. Zamawiający również nie wykazał, że przeszkoda ta jest nieusuwalna tzn., że obiektywnie nie ma możliwości uzyskania finansowania na to zamówienie. Skoro do tej pory środki były zamrożone na ten cel, a cel cały czas istnieje i na co wielokrotnie wskazywał Zamawiający jego realizacja jest jednym z filarów bezpieczeństwa Państwa - nie można uznać, że środki te nie zostaną przyznane w innej formie. Zresztą retoryka całego uzasadnienia, w którym Zamawiający rozacza plany realizacji systemu w określony sposób na to wskazują. Zamawiający nie wykazuje, że podjął jakiegokolwiek działania, aby zweryfikować czy przeszkoda ta ma charakter nieusuwalny. Samo powołanie się na COVID jako przeszkodę w uzyskaniu dalszego finansowania projektu jest sprzeczne z dotychczasowymi dokumentami, które właśnie wystąpienie pandemii wskazywały jako okoliczność, która wymusza wręcz zrealizowanie tego projektu w celu zapewnienia możliwości sprawnego funkcjonowania szeregu służb. Podsumowując wskazał, że instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy. Zatem przesłanki wymienione w art. 93 Pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Podlegają one wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, tak w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych, spoczywa na zamawiającym (wyrok KIO z 12.2.2016 r., KIO 99/16, KIO 110/16; z 3.6.2014 r.; KIO 991/14, KIO 1001/14).

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 Pzp poprzez podanie uzasadnienia oderwanego od sytuacji prawnej i faktycznej tego postępowania.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 Pzp w zw. z art. 93 ust. 4 Pzp poprzez wskazanie uzasadnienia na przyczynę nie leżącą po jego stronie co potencjalnie może utrudnić wykonawcom dochodzenia roszczenia o zwrot kosztów w trybie art. 93 ust. 4 Pzp.

Zamawiający w przygotowanym uzasadnieniu całkowicie pominął stan faktyczny sprawy. W jego treści nie znajdziemy informacji, w jakim zakresie została wykonana umowa zawarta z Motorolą. W jakim zakresie został dokonany fizyczny zwrot świadczeń, a w jakim było to z przyczyn obiektywnych niemożliwe oraz czy dokonano jakichś rozliczeń, które częściowo skonsumowały budżet przeznaczony na realizację postępowania lub potencjalnie mogą wpłynąć na zakres przedmiotowy Umowy. Uzasadnienie nie odzwierciedla potencjalnych realnych problemów związanych z realizacją postępowania. Należy podkreślić, iż uzasadnienie faktyczne powinno w sposób wyczerpujący obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak by wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez Zamawiającego uchybień ustosunkować. Nieprzedstawienie bowiem pełnego uzasadnienia unieważnienia postępowania, niepodanie wykonawcy podstaw faktycznych tej czynności, czyli zakresu faktycznych okoliczności stojących na przeszkodzie realizacji zamówienia i powoływanie się na nie dopiero w toku postępowania odwoławczego, stanowi naruszenie art. 93 ust. 3 Pzp. Co istotne, podstawy faktyczne unieważnienia postępowania nie mogą pozostawać w sferze domysłów, wykonawcy, ale muszą być mu wprost zakomunikowane. W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego polegające na wykazaniu w uzasadnieniu czynności oderwanych od realiów sprawy, ale od niego niezależnych zmierza jedynie do utrudnienia Odwołującemu dochodzenia zwrotu kosztów udziału w postępowaniu.

Zamawiający 14.09.2020 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. 17.09.2020

r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie: Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn oraz Hytera Mobilfunk GmbH, 31848 Bad Munder, Fritz-Hahne Str. 7 zwani dalej „Sprint” albo „Przystępującym po stronie Odwołującego w sprawie KIO 2271/20” albo „Odwołującym w sprawie KIO 2275/20” zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2275/20:

11.09.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Sprint wniosło odwołanie na czynność Zamawiającego z 01.09.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy brak jest wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Odwołujący wnosil o:

1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący jako wykonawca, który złożył ważną ofertę w przedmiotowym postępowaniu posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego jego przedmiotem. Dla oceny wystąpienia interesu w uzyskaniu zamówienia miarodajne jest ponadto, że oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza ekonomicznie w sytuacji prawomocnego wyłączenia konkurencyjnej oferty Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. Z kolei unieważnienie postępowania pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, co uzasadnia stwierdzenie, że Odwołujący posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania. Odwołujący zwraca ponadto uwagę, że zakwestionowane w niniejszym odwołaniu przyczyny unieważnienia postępowania, co w szczególności dotyczy okoliczności utraty finansowania zamówienia, całkowicie pomijają przyczyny leżące po stronie Zamawiającego, a w szczególności kwestię jego winy. Jak bowiem wynika z szeregu zapadłych w toku postępowania orzeczeń sądowych oraz KIO, gdyby nie bezprawne działania Zamawiającego, to nie zaistniałaby sytuacja, w której z powodu przedłużającej się procedury nie jest obecnie możliwe, jak twierdzi Zamawiający, wykorzystanie przyznanych mu na mocy ustawy środków finansowych. W świetle zaskarżonej decyzji Zamawiającego, rzekomo w ogóle nie ponosi on odpowiedzialności za niemożliwość udzielenia zamówienia, które to

ustalenie, z punktu widzenia ewentualnego roszczenia odszkodowawczego wobec Zamawiającego, dodatkowo uzasadnia zaskarżenie przedmiotowej decyzji.

W wyroku Lzby z 16.07.2019 r. sygn. akt KIO 1212/19 wskazano: „Zdarzenia, które powodują zmianę sposobu lub zakresu wykonywanych zadań mogą stanowić o wystąpieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć”.

Z treści uzasadnienia decyzji Zamawiającego wynika, że pierwszym zdarzeniem (przyczyną) skutkującą wystąpieniem istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, jest pojawienie się zagrożenia epidemicznego COVID-19. Zdaniem Zamawiającego pojawienie się pandemii COVID-19 spowodowało, że[....] budowa systemu komunikacji w dotychczasowej formie (wynikającej z obecnego opisu przedmiotu zamówienia), nie jest dostosowana do priorytetowych potrzeb wynikających z aktualnej sytuacji [...], a w konsekwencji nie leży w interesie publicznym. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wymienia następujące elementy przedmiotu zamówienia, które z powodu wystąpienia pandemii COVID-19 uległy dezaktualizacji, co w konsekwencji miałyby skutkować, że realizacja całego zamówienia nie leży w interesie publicznym: - zmiana obszarów kraju przewidywanych do objęcia zasięgiem radiowym; - zmiana ilości etapów, ich zakresu przedmiotowego, perspektywy czasowej ich realizacji oraz struktury płatności; - potrzeba zwiększenia liczby wymaganych mobilnych stacji bazowych oraz infrastruktury i terminali LTE umożliwiających pracę na obszarach pozbawionych zasięgu systemu TETRA.

a) Odnosząc się do okoliczności dotyczącej wystąpienia COVID-19 w pierwszej kolejności należy co do zasady zakwestionować stwierdzenie Zamawiającego, iż wystąpienie pandemii spowodowało, że wykonanie zamówienia w obecnym kształcie nie leży w interesie publicznym. Podstawą do tego stwierdzenia jest choćby następująca okoliczność: w trakcie rozpraw przed sądem okręgowym (m.in. w dniu 08.07.2020), dotyczących utrzymania w mocy umowy na budowę systemu TETRA zawartej z wykonawcą MOTOROLA (sygn. akt: XXIII Ga 2236/19), Zamawiający argumentował w całkowicie przeciwnym kierunku i dowodził, że wystąpienie COVID-19 wręcz wymusza pilne wykonanie systemu TETRA w oparciu o pierwotne warunki zamówienia. Trudno zgodzić się, jakoby od dnia 08.07.2020 r. tak istotnie zmieniły się okoliczności, że uzasadnionym jest przyjęcie, że obecnie, z powodu COVID-19, budowa system TETRA na warunkach przetargowych nie leży już w interesie publicznym. Z treści uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania zatem bynajmniej nie wynika, iż wystąpienie pandemii COVID-19 spowodowało, że budowa systemu TETRA nie leży w interesie publicznym. Zamawiający nie kwestionuje istnienia tej potrzeby, twierdzi jednak, że budowa tego systemu w obecnym kształcie nie leży w interesie publicznym, gdyż wymagane jest wprowadzenie zmian do przedmiotu zamówienia. Również z tym stwierdzeniem, jak wykazano powyżej, nie sposób się zgodzić, a w szczególności nie zostało ono wykazane.

b) W dalszej kolejności Odwołujący stwierdza, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, a dotyczącej wystąpienia „istotnej zmiany okoliczności”. Wymieniając elementy przedmiotu zamówienia, które z powodu wystąpienia COVID-19 uległy jakoby dezaktualizacji, co powodować ma, że realizacja zamówienia nie leży w interesie publicznym, Zamawiający nie wyjaśnia, na jakiej podstawie uznaje, że okoliczności, które spowodowały tę dezaktualizację mają charakter istotny. W tym zakresie brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia. Już sama ta okoliczność, z uwagi na leżącą po stronie Zamawiającego ciężar wykazania zaistnienia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, uzasadnia stwierdzenie o wadliwości zaskarżanej niniejszym odwołaniem decyzji Zamawiającego. Niezależnie od braku uzasadnienia ze strony Zamawiającego, że wskazywany przez niego ogólnie, a wywołany COVID-19 zakres dezaktualizacji przedmiotu zamówienia, powoduje, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, należy zakwestionować to stwierdzenie Zamawiającego. W odniesieniu do „dezaktualizacji” dotyczącej „zmiany obszarów kraju przewidywanych do objęcia zasięgiem radiowym” należy wskazać, że Zamawiający nie określił, a nawet nie przybliżył zakresu tej dezaktualizacji. Uzasadnienie decyzji Zamawiającego w tym zakresie raczej skłania do twierdzenia, że obecnie Zamawiający nie zna jeszcze zakresu tej dezaktualizacji, wskazuje bowiem ogólnie, iż aktualna sytuacja dopiero wymusza rewizję dotychczasowych założeń, co jeszcze nie nastąpiło. W konsekwencji nie sposób przyjąć, że jak dotąd niezbadana i niestwierdzona okoliczność wywołująca potrzebę zmiany obszarów objętych zakresem radiowym ma charakter istotny. Dodać należy, że w świetle przepisów Pzp, nie każda zaistniała po wszczęciu postępowania, czy po upływie terminu składania ofert potrzeba zmiany przedmiotu zamówienia w stosunku do pierwotnych założeń powoduje konieczność unieważnienia postępowania, czy unieważnienia zawartej umowy. Wystarczy wskazać, że w świetle art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, zmiany w przedmiocie zamówienia o charakterze nieistotnym mogą być wprowadzane do zamówienia bez względu na pierwotną treść umowy, a ponadto art. 144 ust. 1 pkt 2-6 Pzp przewiduje możliwość dalszej idących zmian, nawet o charakterze istotnym. Zamawiający nie wykazał zatem, że potrzeba uwzględnienia zmiany obszarów zasięgu radiowego, zresztą - hipotetyczna i niedowiedziona, nie może być zaspokojona poprzez dokonanie stosownych zmian w przedmiocie obecnego zamówienia. Wymaga ponadto podkreślenia, że ostateczne planowanie radiowe i wynikająca z tego faktu liczba stacji bazowych spełniająca wymagania OPZ ma zostać opracowana dopiero na etapie realizacji umowy. Brak zatem przeszkód, aby na tym etapie uwzględnić infrastrukturę innych podmiotów W odniesieniu do „dezaktualizacji” dotyczącej „etapów inwestycji oraz struktury płatności” należy powołać się na analogiczną jak powyżej argumentację. Z uzasadnienia decyzji Zamawiającego wynika, że nie zna on jeszcze zakresu planowanych zmian, zatem jego wywody w tym zakresie mają co najwyżej walor spekulacji. W tych okolicznościach nie sposób twierdzić, że zmiana okoliczności ma charakter istotny i powoduje, że realizacja zamówienia, czy prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Analogicznie jak powyżej należy się odnieść do „dezaktualizacji” dotyczącej „liczby wymaganych mobilnych stacji bazowych oraz infrastruktury i terminali LTE”. Również w tym przypadku Zamawiający nie zna jeszcze zakresu „planowanych” zmian, a zatem nie sposób obecnie twierdzić, że z powodu wskazanej okoliczności realizacja zamówienia nie leży w interesie publicznym. Wskazywana przez Zamawiającego potrzeba zakupu większej ilości infrastruktury mobilnej nie oznacza, że realizacja przedmiotowego zamówienia nie leży w interesie publicznym, a postępowania musi zostać unieważnione. Nie ma przeszkód, aby ten zakres został zakupiony w ramach innego postępowania, szczególnie, że przedmiotem zamówienia podstawowego objęty jest marginalny zakres takiej infrastruktury jak terminale. Należy również podkreślić, że każdy z wykonawców zaoferował tzw. bramę dostępu do terminali LTE, a zatem system umożliwi wykorzystanie terminali mobilnych.

Drugim przywołanym przez Zamawiającego zdarzeniem, skutkującym wystąpieniem istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, wymieniane jest zainteresowanie innych podmiotów budową wspólnego systemu, z wykorzystaniem posiadanej przez nie infrastruktury. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wymienia następujące elementy przedmiotu zamówienia, które z powodu okoliczności „zainteresowania innych podmiotów budową wspólnego systemu” uległy jakoby dezaktualizacji, co w konsekwencji skutkuje, jego zdaniem, że realizacja całego zamówienia nie

leży w interesie publicznym: - wymóg SIWZ, aby architektura Systemu obejmowała co najmniej 170 BS, - brak wymogu posiadania przez Wykonawców świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego oraz poświadczeń bezpieczeństwa personelu Wykonawcy, - aktualne zapisy SIWZ nie zapewniają dostarczenia jednolitego i zautomatyzowanego zarządzania terminalami abonenckimi, w tym wersjami oprogramowania i ich konfiguracją, - wymagania SIWZ dotyczące współpracy budowanego SYSTEMU z innymi systemami, w tym zakresu tej integracji,

a) Odnosząc się do wskazanej przez Zamawiającego okoliczności dotyczącej „zainteresowania innych podmiotów budową wspólnego systemu” w pierwszej kolejności należy zakwestionować wystąpienie przesłanki dotyczącej „istotności zmiany okoliczności”. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie przedstawia żadnej argumentacji, w świetle której możliwe byłoby dokonanie oceny, czy „zainteresowanie innych podmiotów budową wspólnego systemu” faktycznie stanowi istotną zmianę okoliczności. Nie wiadomo, jakimi kryteriami Zamawiający się kieruje formułując taką ocenę. Już sama ta wadliwość oznacza naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Wymaga podkreślenia, że Zamawiający nie przybliżył zakresu planowanych zmian, a wywołanych w świetle jego wywodów okolicznością „zainteresowania innych podmiotów budową wspólnego systemu”. Podkreśla jedynie, że z uwagi na ww. okoliczność, niedowiedziona i do tego obiektywnie niewymierna, niezbędne jest dokonanie weryfikacji dotychczasowych założeń. Sam Zamawiający zatem jeszcze nie wie, czy ten zakres zmian będzie miał istotny charakter, wymuszający unieważnienie obecnego postępowania. Analogicznie jak w przypadku okoliczności dotyczącej wystąpienia pandemii COVID-19 należy wskazać, że nie każda zmiana niezbędna do wprowadzenia w warunkach zamówienia wymusza unieważnienie postępowania, czy unieważnienie zawartej umowy. Zamawiający nie wykazał zatem, że niezbędne do wprowadzenia w treści SIWZ zmiany wywołane „zainteresowaniem innych podmiotów budową wspólnego systemu” (np. potrzeba zmniejszenia ilości BS) nie mogą zostać wprowadzone w zgodności z przepisami ustawy Pzp oraz zawartą umową. Niezależnie od braku wykazania przez Zamawiającego „istotności zmian”, a wręcz braku wskazania przesłanek umożliwiających jej niezależną ocenę, Odwołujący podnosi, że przedmiot zamówienia umożliwia udostępnienie zasobów budowanego systemu TETRA również innym podmiotom, w tym ABW i straży pożarnej. Wymagany treścią SIWZ zakres integracji z innymi systemami nie staje się bezprzedmiotowy. Z kolei głębsza, w stosunku do aktualnych wymagań, integracja budowanego systemu z systemami innych podmiotów może być przedmiotem odrębnego postępowania.

b) W konsekwencji opisanej powyżej (lit. a) okoliczności należy zakwestionować wystąpienie przesłanki dotyczącej braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub wykonaniu umowy. Zamawiający nie wykazał, że wskazywane przez niego zmiany w przedmiocie zamówienia wywołane „zainteresowaniem innych podmiotów budową wspólnego systemu” powodują, że wykonanie zamówienia w obecnym kształcie nie leży w interesie publicznym,

c) Odwołujący stwierdza ponadto brak wykazania zaistnienia przesłanki braku możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia zmiany okoliczności. Zamawiający zresztą nawet nie próbuje wykazać zaistnienia tej przesłanki, stwierdza jedynie lakonicznie: „W toku prowadzonego postępowania przetargowego Zamawiający powziął informację, że również inne podmioty Skarbu Państwa są gotowe do podjęcia działań i współpracy w zakresie budowy cyfrowego systemu łączności i posiadają już infrastrukturę w znacznym stopniu pokrywająca się zasięgowo i funkcjonalnie z planowaną w niniejszym postępowaniu. Wystąpienia tych nowych okoliczności nie dało się wcześniej przewidzieć pomimo zachowania przez Zamawiającego należytej staranności”.

Kolejnym przywołanym przez Zamawiającego zdarzeniem, skutkującym jakoby wystąpieniem istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego zdaniem Zamawiającego nie można było wcześniej przewidzieć, jest powstanie Centralnego Pododdziału Kontroterrorystycznego Policji „BOA”. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wymienia następujące elementy przedmiotu zamówienia, które z powodu okoliczności „powstania CPKP BOA” uległy dezaktualizacji, co w konsekwencji skutkuje jego zdaniem, że realizacja całego zamówienia nie leży w interesie publicznym: - przystosowanie do obsługi maskowania E2E, - zakres integracji z działającymi systemami TETRA Zamawiającego, - zakres przewidywanych do dostarczenia stacji mobilnych,

a) Odnosząc się do wskazanej przez Zamawiającego okoliczności dotyczącej „powstania CPKP BOA” w pierwszej kolejności należy zakwestionować wystąpienie przesłanki dotyczącej „istotności zmiany okoliczności”. Podobnie jak w odniesieniu do pozostałych okoliczności, Zamawiający nie przedstawia żadnej argumentacji w świetle której możliwe byłoby dokonanie wymiernej oceny, czy „powstanie CPKP BOA” faktycznie stanowi istotną zmianę okoliczności. Co więcej, w ogóle nie wiadomo, jaką argumentacją w tym zakresie Zamawiający się kieruje. Już sama ta wadliwość oznacza naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. W tym zakresie Odwołujący powołuje się na analogiczną argumentację jak przedstawiona w pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a niniejszego odwołania. Niezależnie od braku wykazania przez Zamawiającego przesłanki dotyczącej „istotności zmian”, odnosząc się do przywołanych przez Zamawiającego zmian w przedmiocie zamówienia, Odwołujący podnosi, iż wszystkie objęte przedmiotem zamówienia podstawowego terminale są przystosowane do maskowania E2E. Z kolei okoliczność, w której wymóg maskowania E2E nie dotyczył terminali zamawianych w ramach opcji jest bezprzedmiotowy z punktu widzenia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 6 z tej przyczyny, że zamówienie w ramach opcji terminali mobilnych jest jedynie opcją, z której Zamawiający może swobodnie zrezygnować, bez zmiany warunków zamówienia. W odniesieniu do zmian dotyczących zakresu integracji z działającymi systemami TETRA należy wskazać, że zwiększenie zakresu tej integracji może się odbyć, o ile jest konieczne, poprzez udzielenie odrębnego zamówienia. Wymaga natomiast podkreślenia, że objęty przedmiotem zamówienia aktualny zakres integracji w żaden sposób nie staje się bezprzedmiotowy w świetle przywołanej przez Zamawiającego „istotnej zmiany okoliczności”. Z kolei w odniesieniu do zmian dotyczących potrzeby zwiększenia ilości stacji mobilnych należy powtórzyć, że potrzeba zakupienia większej ilości infrastruktury mobilnej nie oznacza, że realizacja przedmiotowego zamówienia nie leży w interesie publicznym, a postępowania musi zostać unieważnione. Nie ma ponadto przeszkód, aby ten zakres został zakupiony w ramach innego postępowania, co nie powoduje konieczności unieważnienia przedmiotowego postępowania.

b) W konsekwencji opisanej powyżej (lit. a) okoliczności należy zakwestionować wystąpienie przesłanki dotyczącej braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub wykonaniu umowy. Zamawiający nie wykazał, że wskazywane przez niego zmiany w przedmiocie zamówienia wywołane „powstaniem CPKP BOA” powodują, że wykonanie zamówienia w obecnym kształcie nie leży w interesie publicznym,

c) Odwołujący stwierdza ponadto brak wykazania zaistnienia przesłanki dotyczącej braku możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia wskazywanej okoliczności. Należy zauważyć jedynie, że przedmiotowa ustawa uchwalona została w dniu 09.11.2018 r., a składanie ofert miało miejsce w lutym 2019 roku. Ponadto aprobata utworzenia ww. jednostki miała miejsce jeszcze przed wszczęciem postępowania.

Ostatnim przywołanym przez Zamawiającego zdarzeniem, skutkującym wystąpieniem istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego

nie można było wcześniej przewidzieć, jest utrata środków na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący stwierdza, że okoliczność utraty pierwotnego źródła finansowania zamówienia nie powoduje, że realizacja zamówienia nie leży w interesie publicznym. Budowa systemu TETRA leży w interesie publicznym, co zresztą Zamawiający potwierdza, a okoliczności związane z finansowaniem tego zamówienia stanowią odrębne zagadnienie. Odwołujący kwestionuje ponadto stwierdzenie, że ww. okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć. Jednak należy raczej przyjąć, że Zamawiający liczył się z ryzykiem niewykonania zamówienia, a w konsekwencji nierozliczenia dotacji do końca 2020 roku z powodu opóźnień w procedurze przetargowej. Zamawiający sam zresztą przyznał, że w treści SIWZ znalazł się zapis umożliwiający przesunięcie terminów wykonania zamówienia w sytuacji opóźnienia procedury przetargowej. Z taką właśnie sytuacją mamy obecnie do czynienia. Dodać należy również, że planując wszczęcie kolejnego, „poprawionego” postępowania na budowę systemu TETRA Zamawiający zdaje się potwierdzać zdolność do jego sfinansowania. Uwzględniając powyższe wniesienie odwołania jest konieczne i uzasadnione. Wymaga podkreślenia, że z treści samej decyzji Zamawiającego wynika, że nie kwestionuje on potrzeby posiadania systemu TETRA, a wręcz podkreśla jego znaczenie. Unieważnienie postępowania bezsprzecznie wydłuża proces budowy TETRA, a zatem jest działaniem przeciwnym do faktycznie oczekiwanego. Z kolei zdecydowana większość sygnalizowanych przez Zamawiającego zmian jest możliwa do uwzględnienia w ramach realizacji przedmiotowego postępowania, ewentualnie w ramach dodatkowych postępowań.

Zamawiający 14.09.2020 r. wezwał (e-mailem) wykonawców, przesyłając kopię odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. 16.09.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wykonawca Indra zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2271/20, sygn. akt: KIO 2275/20:

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp a Wykonawcy wnoszący wszystkie odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 2271/20, sygn. akt: KIO 2275/20. Nadto, z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 1833/19, KIO 1875/19, w zakresie protokołu z 16 i 29.10.2019 r. (oba mają charakter jawny). Podobnie, z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 999/19, KIO 1000/19, czy też KIO 1553/19, KIO 1558/19, w zakresie postanowień SIWZ i jego załączników, w tym Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ), z uwagi na kaskadowy i wybiórczy charakter przesyłanej dokumentacji przez Zamawiającego do kolejnych postępowań odwoławczych.

Przy czym, Izba oddaliła wnioszek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2271/20o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt: KIO 1833/19; KIO 1875/19, tzn. z materiału dowodowego złożonego przez Zamawiającego, tj. dokumentów o klauzuli zastrzeżone i poufne, gdyż Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2271/20 przedstawił inne dokumenty z tego postępowania złożone przez Zamawiającego na rozprawie o charakterze jawnym, jak również dokumenty otrzymane pismem procesowym z 30.04.2020 r. otrzymane przez Odwołującego w toku postępowania sądowego przed sądem okręgowym w Warszawie, sygn. akt: XXIII Ga 2236/19.

Jednocześnie, Izba nie zobowiązała Zamawiającego w trybie § 24 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092 i poz. 1992) do przedstawienia dokumentów związanych ze stopniem realizacji zamówienia przez Motorolę umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, informacji o płatnościach z tego tytułu i dokonanych rozliczeniach świadczeń niemożliwych do zwrotu, jeśli takie wystąpiły, gdyż Zamawiający w tym zakresie przedstawił na rozprawie stosowne informacje.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 2271/20, KIO 2275/20 załączony przez Odwołującego o sygn. akt: KIO 2271/20 do odwołania:

1) pismo Komendanta Głównego Policji z sierpnia 2020 roku;

2) wydruk wiadomości e-mailowej od Zamawiającego do Odwołującego z 31.08.2020 r.,

2) pismo procesowe z 30.04.2020 r. otrzymane przez Odwołującego w toku postępowania sądowego przed sądem okręgowym w Warszawie, sygn. akt: XXIII Ga 2236/19, które wpłynęło do Odwołującego 04.05.2020 r. – zawierające pismo z 06.04.2020 r. Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej oraz Komendanta Głównego Straży Granicznej z 17.03.2020 r.;

3) ogłoszenie o zamówieniu zawierające ostateczny termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30.01.2019 r. pod nr 2019/S 021-045844;

Dodatkowo w poczet materiału dowodowego w sprawie o sygn. akt: KIO 2271/20, KIO 2275/20 Izba zaliczyła także złożone przez Odwołującego o sygn. akt: KIO 2271/20 na rozprawie:

1) pismo Komendanta Głównego Straży Granicznej z 03.10.2019 r., pismo Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji Departament Teleinformatyki z 01.10.2019 r. oraz pismo Komendanta Służby Ochrony Państwa z 10.10.2019 r. uzyskane przez Odwołującego w toku postępowania o sygn. akt: KIO 1833/19, KIO 1875/19, a złożone ówczasie przez Zamawiającego o charakterze jawnym;

2) pismo Zamawiającego z 15.03.2019 r. odrzucające ofertę Odwołującego;
3) wydruk protokołu rozpraw z 04.03.2020 r. oraz 08.07.2020 r. wraz z płytą DVD-R z pełnym zapisem z obu terminów rozpraw przed sądem okręgowym w Warszawie, sygn. akt: XXIII Ga 2236/19.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołania, przystąpienia, a także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2271/20 - Indra:

Wykonawca Indra zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w sposób bezpodstawny, tj. bez zaistnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców w ten sposób, iż okoliczności wskazane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie stanowiły przeszkody w udzieleniu zamówienia Wykonawcy Konsorcjum Motorola i realizowaniu jej, natomiast zostały uznane za uniemożliwiające prowadzenie postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający przegrał postępowania przed KIO i Sądem Okręgowym w wyniku których unieważniono umowę zawartą z Motorolą,
3. art. 93 ust. 3 Pzp, poprzez uzasadnienie faktyczne i prawne oderwane od sytuacji prawnej i faktycznej tego postępowania, niekompletne i pomijające kluczowe elementy stanu faktycznego,
4. art. 93 ust. 3 Pzp w zw. z art. 93 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, poprzez wskazanie w uzasadnieniu na przyczyny oderwane od faktycznego przebiegu postępowania, ale nie leżące po stronie Zamawiającego, co może utrudnić wykonawcom dochodzenia roszczenia o zwrot kosztów w trybie art. 93 ust. 4 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2275/20 – Sprint:

Wykonawca Sprint zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy brak jest wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowych odwołań.

W tym zakresie Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające z treści unieważnienia postępowania z 01.09.2020 r. oraz z treści obu odwołań, uznając zarazem, że spór nie dotyczy stanu faktycznego, ale oceny zaistniałych okoliczności w sprawie. W pozostałym zakresie ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu zarzutów w dalszej części.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie zarzutu pierwszego i drugiego odwołania o sygn. akt: KIO 2271/20 oraz jedynego zarzutu odwołania o sygn. akt: KIO 2275/20, Izba uznała w/w zarzuty za zasadne.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że dla zaistnienia możliwości unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp konieczne jest łączne spełnienie trzech przesłanek, tzn.:

- a) zmiana okoliczności musi być istotna;
- b) dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym;
- c) okoliczności tej nie można było wcześniej przewidzieć.

W ocenie Izby, taki stan rzeczy nie miał miejsca. Jednocześnie Izba wskazuje, za wyrokiem z 29.05.2012 r. Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie sygn. akt: IV Ca 527/11, że: „*Określone w powołanym przepisie przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie, co oznacza, iż niespełnienie choćby jednej z nich wyklucza możliwość unieważnienia postępowania. Ciężar wykazania spełnienia tych przesłanek spoczywa oczywiście na zamawiającym.*”

Odnosnie przesłanki art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp związanej z interesem publicznym, a dokładnie tego, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Izba w pierwszej kolejności wskazuje za wyrokiem KIO z 22.06.2015 r., sygn. akt: KIO 1089/15, iż: „*(...) w tym zakresie w pełni podziela i przyjmuje za własną wykładnię tego pojęcia dokonana przez Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 12 marca 1997 r. sygn. akt W 8/96, gdzie określono, że jako interes publiczny należy bez wątplenia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury czy porządku publicznego. Definicję interesu publicznego w ujęciu bardziej funkcjonalnym prezentują sądy administracyjne i tak Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w orzeczeniu z dnia 13 lipca 2010 r., sygn. akt II SA/Wa 488/10 stwierdził, że interes publiczny jest pojęciem niedookreślonym, nieposiadającym zwartej, zapisanej formuły na gruncie obowiązującego prawa. Interes publiczny odnosi się w swej istocie do spraw związanych z funkcjonowaniem państwa oraz innych ciał publicznych jako pewnej całości, szczególnie z funkcjonowaniem podstawowej struktury państwa. Skuteczne działanie w granicach interesu publicznego wiąże się z możliwością realnego wpływania na funkcjonowanie określonych instytucji państwa w szerokim tego słowa znaczeniu. Podobnie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 22 lutego 2006 r., sygn. akt II SA/Wa 1720/05 stwierdził, że ustalenie interesu publicznego następuje w kontekście różnego rodzaju zdarzeń społecznych, politycznych, gospodarczych. Za sprawę szczególnie istotną dla interesu publicznego należy uznać taką, która - ze względu na rodzaj, czas, miejsce, sposób, okoliczności rozstrzygnięcia i późniejszej realizacji - w istotnym zakresie wpływa lub może wpływać na wykonywanie przez podmioty władzy publicznej (w tym także inne osoby i jednostki organizacyjne w zakresie, w jakim współuczestniczą w procesie wykonywania władzy publicznej gospodarują majątkiem Skarbu Państwa) ich uprawnień i obowiązków. Podstawowym elementem pozwalającym na właściwe uzasadnienie szczególnego interesu publicznego jest więc wykazanie, że działanie organów i innych podmiotów realizujących zadania publiczne wywołało lub będzie wywoływało skutki dla potencjalnie dużego kręgu adresatów.*”

Dodatkowo, wskazując za tym samym przywołanym wyżej wyrokiem, jakie okoliczności nie są uznawane za „odpadnięcie interesu publicznego”. Takimi okolicznościami nie są np. :

- błędy popełnione przez Zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia, przy szacowaniu wartości szacunkowej zamówienia – wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 30.08.2010r., sygn. akt: IV Ca 831/10;
- możliwość zmniejszenia wydatków Zamawiającego – czynienie oszczędności na niewykonaniu zamówienia – wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 29.09.2009r., sygn. akt: III CA 18/09;

- interes publiczny nie może zawęzić się do interesu Zamawiającego, a tym bardziej do jeszcze niepewnego interesu Zamawiającego – wyrok KIO z 20.02.2013 r., sygn. akt: KIO 256/13.

W dalszej kolejności wskazując, że wbrew stanowisku Zamawiającego z rozprawy, Odwołujący o sygn. akt: KIO 2271/20 przedstawił na rozprawie trzy dokumenty, tj. pismo Komendanta Głównego Straży Granicznej z 03.10.2019 r., Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji Departament Teleinformatyki z 01.10.2019 r., Komendanta Służby Ochrony Państwa z 10.10.2019 r. potwierdzające istnienie w zakresie przedmiotowego postępowania realnej i wymiernej potrzeby dalszego prowadzenia postępowania w zgodzie z interesem publicznym. Jednocześnie Izba wskazuje, że podczas rozprawy w sprawie KIO 1833/19, KIO 1875/19, zgodnie z protokołem z 16.10.2019 r. Zamawiający wskazywał, że: „(...) założenia systemu były uzgadniane m.in. ze Służbą Ochrony Państwa, Strażą Graniczną, Komendą Główną Straży Pożarnej. Instytucje te przekazywały swoje informacje co do potrzeb w tym zakresie. W ocenie Zamawiającego, unieważnienie umowy mogłoby prowadzić do zagrożenia tego programu ochrony i bezpieczeństwa państwa. W interesie państwa jest, aby system powstał jak najszybciej (...)”. Nadto, zgodnie z wyrokiem KIO 1833/19, KIO 1875/19; „(...) ustalono, iż 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 (...)”. Jednocześnie na kluczowy charakter tzn. na „istotność i pilność wdrożenia systemu” (stanowisko Zamawiającego) wskazuje protokół rozprawy przed sądem okręgowym w Warszawie, sygn. akt: XXIII Ga 2236/19 z 4 kwietnia, ale i 8 lipca 2020 r. (w tym drugim wypadku Zamawiający wskazywał na „istotność i potrzebę szybkiego wdrożenia systemu z uwagi na nowe okoliczności faktyczne”). Nadto, na potrzebę związaną z tym wskazuje również pismo z 06.04.2020 r. Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej oraz Komendanta Głównego Straży Granicznej z 17.03.2020 r. załączone do odwołania o sygn. akt: KIO 2271/20.

Z powyższego wynika więc, iż Odwołujący o sygn. akt: KIO 2271/20 złożył dowody, a Zamawiający żadnych. Jeśli zaś uznać, że ma miejsce sytuacja, którą określił Zamawiający na rozprawie jako „słowo przeciwko słowu”, to stanowisko Zamawiającego zawarte tak w unieważnieniu, jak i z rozprawy jest niespójne. Z jednej bowiem strony Zamawiający twierdzi, że zawarcie umowy w dotychczasowym kształcie nie leży w interesie publicznym, z drugiej jako bezpośrednie przyczyny podaje pandemię COVID-19, która to przyczyna nie istnieje od sierpnia/ września 2020 roku, ale od marca 2020. Izba podnosi powyższe, albowiem wcześniej pandemia COVID-19 była jednym z głównych argumentów – jeszcze podczas rozprawy przed sądem okręgowym w Warszawie, sygn. akt: XXIII Ga 2236/19 – za kontynuowaniem umowy zawartej w firmą Motorola, która miała taki sam przedmiot zamówienia, jak wynikający z unieważnionego postępowania. Podobnie przyczyna tzw. jednostki BOA, o której wiedział Zamawiający przed wszczęciem postępowania, co więcej ustawa z dnia 5 kwietnia 2019 r.

o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 15) tworząca nowy pion Policji w postaci służby kontrterrorystycznej została uchwalona 09.11.2018 r. (podpisana 12.12.2018 r.). Bezspornie więc w tym czasie Zamawiający miał pewność, że Pododdział BOA zostanie utworzony i zacznie funkcjonować. W tym czasie Zamawiający był na etapie publikacji SIWZ. Otwarcie ofert nastąpiło 05.02.2020 r., zatem nie było żadnych prawnych przeszkód, aby Zamawiający na tamtym etapie zmodyfikował SIWZ, uwzględniając wymagania wynikające z tej ustawy. Odnosnie do zainteresowania innej jednostki (Izba odniesie się do tej kwestii w dalszej części) Zamawiający nie był w stanie tej okoliczności na rozprawie nawet uwzględnić. Dodatkowo, Zamawiający podnosił, że nie ma środków, a na rozprawie de facto przyznał, że swoim działaniem przyczynił się do zaistnienia obecnych okoliczności, tak przynajmniej Izba odczytuje oświadczenie Zamawiającego z rozprawy, które zostało przywołane w dalszej części poniżej.

Nadto, w ocenie Izby, w interesie publicznym leży kontynuowanie tego postępowania i nie stoją z tym w sprzeczności przywołane przez Zamawiającego na rozprawie nowe okoliczności o charakterze szczegółowym tzn. przykłady zmian w koncepcji, czy też przemodelowanie, podniesione w treści unieważnienia z 01.09.2020 r., czy dopiero na rozprawie. Chociażby bowiem ze względów operacyjnych stacje bazowe w 13 miastach zawsze, w każdej sytuacji będą potrzebne, zaś stacje bazowe w wersji mobilnej można dokupić, chociażby w ramach postępowania ramowego (Zamawiający potwierdził na rozprawie, iż postępowanie, którego przedmiotem są stacje bazowe w wersji mobilnej jest prowadzone). Jeśli Zamawiający obawia się, że budowa systemu będzie trwała zbyt długo (wskazał na rozprawie – 2 lata) to może przez ten czas podjąć współpracę z innym zainteresowanym podmiotem, takiego samego rodzaju jak dotychczas (na rozprawie wskazywał na nowe okoliczności, podając doraźne przykłady z przeszłości takiej współpracy z innym podmiotem). Jednocześnie, w ocenie Izby, istniejące przepisy tzw. Tarczy 1 (Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw – Dz. U. z 31.03.2020 r., poz. 568 – art. 15 r) w zw. z tzw. Tarczą 4 (Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 – Dz. U. z 23.06.2020 r., poz. 1086 – art. 77 pkt 20) powodują możliwość daleko idącej zmiany, przy jednoczesnym zachowaniu charakteru zamówienia, chociażby przy przejściowej współpracy z innym zainteresowanym podmiotem i dokupieniu dodatkowych stacji bazowych mobilnych w ramach postępowania ramowego. Jednocześnie, w ocenie Izby nadal istnieje potrzeba zachowania dotychczasowych założeń, zaś nowe elementy nie muszą prowadzić do zupełnego przemodelowania koncepcji. Docelowo bowiem system i tak miał być rozbudowywany, jak wskazywali na rozprawie Odwołujący, a Zamawiający temu nie zaprzeczał.

Odnosnie do kolejnej przesłanki art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp, tzn. zaistnienia okoliczności, której nie można było przewidzieć, to Izba zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego o sygn. akt: KIO 2275/20, że zaistniałe okoliczności muszą być obiektywnie niezależne od Zamawiającego i nie mogą być przez niego wykreowane. Zgodnie bowiem z wyrokiem

z 29.05.2012 r. Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie sygn. akt: IV Ca 527/11: „Zważyć należy, iż o doniosłości zmiany okoliczności można mówić dopiero w sytuacji wykazania samego faktu zmiany. Chodzi przy tym nie o jakąkolwiek zmianę, lecz taką zmianę okoliczności, która nie jest zależna od strony udzielającej zamówienia (zmiana zewnętrzna). Przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do stanu, w którym strona sama ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tego rodzaju interpretacja sprzeczna byłaby z wykładnią systemową czyniąc zamawiającego stroną uprzywilejowaną w relacjach z oferentem, i prowadząc do pozbawienia sensu normatywnego przepisów prawa zamówień publicznych.” Nadto, w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z 10.04.2009 r., sygn. akt: IX Ga 30/08 stwierdza się, że aby Zamawiający mógł powołać się na tę przesłankę, musi udowodnić, że wcześniej, czyli

w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż zmieni się okoliczności, a w wyniku ich zmiany kontynuować postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Zmiana okoliczności musi mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny. ...

Kwestia zainteresowania innego podmiotu – w tym zakresie należy zauważyć, że zasadnie podnosił Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2271/20, że w unieważnieniu Zamawiający podkreślał, że: „(...) Zamawiający nie miał kompleksowej wiedzy w zakresie potrzeb i infrastruktury posiadanej przez niezależny od Zamawiającego podmiot (...)”, a na rozprawie odmiennie, że ma taką wiedzę, a nawet współpracował w kilku projektach z tym innym podmiotem. Należy także zauważyć, że podmiot ten ma system TETRA od 2013 roku, czemu Zamawiający nie zaprzeczył na rozprawie. I choć jednocześnie Zamawiający powoływał się na zawarte porozumienie z innym podmiotem, to w momencie, gdy Izba próbowała uściślić charakter tego porozumienia Zamawiający stwierdził: „(...) nie ma jeszcze pewności, że zostało ono zawarte, jednakże ma ono charakter w dużej mierze ramowy i jest deklaracją pewnej współpracy. Nie ma również żadnych zobowiązań finansowych”. Zamawiający powoływał się na pismo o charakterze niejawnym z kwietnia 2020 roku (którego nie złożył), a więc przed lipcową rozprawą przed sądem. Względem kwestii szczegółowych podanych w unieważnieniu dla tej okoliczności, tj. liczby co najmniej 170 BS (stacji bazowych), to wymóg ten nie miał charakteru sztywnego, stąd wskazanie tej okoliczności w unieważnieniu jest niezrozumiałe, chodziło bowiem o swoiste pokrycie kraju, a np. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2275/20 zaoferował 230 stacji bazowych. Odnośnie do kwestii „głębokiej” integracji z innymi systemami TETRA już istniejącymi, to Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2271/20, podnosił że zaoferował w swojej ofercie taką możliwość nadmiarowo, co wykazał dowodem na rozprawie. Jednocześnie obaj Odwołujący zaoferowali protokół API pozwalający na integrację z dowolnymi systemami dowolnych producentów. Powyższym tezom obu Odwołujących Zamawiający na rozprawie nie zaprzeczył, w konsekwencji Izba uznała je za bezsporne.

Odnośnie do jednostki kontrterrorystycznej Policji BOA, oprócz okoliczności oczywistych przywołanych w obu odwołaniach i przez Izbę powyżej, a którym Zamawiający na rozprawie nie zaprzeczał, Izba wskazuje na zupełnie nowe okoliczności podane na rozprawie: „(...) potrzeba w tym zakresie de facto powstawała stopniowo, gdyż po wejściu w życie stosownych przepisów dowódca rozpoczął przygotowanie procedur wewnętrznych i pewnego rodzaju rozmieszczenia terytorialnego. Wyjaśnił również zamawiający, że mimo tego, iż obsługę łączności zapewnia komenda i jak każda jednostka funkcjonuje ona w ramach jej struktury, to jest w dużej mierze organem odrębnym od zamawiającego, a owe okoliczności pojawiły się w ostatnich dwóch miesiącach, w których to dowódca tej jednostki zwrócił się do biura łączności i informatyki o zapewnienie stosownego systemu łączności. (...)”, których w żaden sposób nie był w stanie nawet uprawdopodobnić. Względem kwestii szczegółowych podanych w unieważnieniu dla tej okoliczności, tj. integracji z innymi systemami TETRA, Izba ponawia argumentację zaprezentowaną powyżej jako adekwatną także w tym przypadku. Względem maskowania wszystkich terminali – na rozprawie podkreślano, iż nie mają tego jedynie terminale w ramach opcji (czego Zamawiający nie kwestionował), która nie jest obowiązkowa, a Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2275/20 zaoferował terminale opcjonalne z maskowaniem (czego Zamawiający również nie podważał). Względem dodatkowych wersji mobilnych Izba wskazuje na przywołane już postępowanie ramowe Zamawiającego.

Odnośnie do kwestii pandemii COVID-19 Izba, abstrahując od naglej zmiany stanowiska Zamawiającego i dostrzeżenia potrzeby zmiany przedmiotu zamówienia dopiero w sierpniu/wrzeźniu 2020 roku, a nie w lipcu 2020 roku podczas rozprawy w sądzie (gdzie wskazywał, że jest to okoliczność świadcząca o konieczności kontynuacji zamówienia w dotychczasowym kształcie), choć z dołączonych do odwołania o sygn. akt: KIO 2271/20 dowodów wynika, że Zamawiający był świadomy zaistniałych okoliczności od marca/kwietnia 2020 roku, konieczne jest wskazanie na następujące okoliczności. Przepisy tzw. Tarczy 1

w zw. z tzw. Tarczą 4 (art. 15 r ust. 4) dają określone możliwości w zakresie sposobu wykonania, zakresu, terminu wykonania oraz wynagrodzenia czyli dokładnie kwestii szczegółowych podanych w unieważnieniu dla tej okoliczności tzn. obszaru pokrycia, podziału realizacji umowy na etapy, płatności oraz kary (w tym ostatnim wypadku art. 15 r ust. 6).

Odnośnie do kolejnej przesłanki art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp, tzn. istotnego charakteru zaistniałych okoliczności, zasadnie podnosił Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2275/20, iż Zamawiający w żaden sposób ich nie wykazał. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę okoliczności, które miały miejsce w przedmiotowej sprawie, Zamawiającemu winno zależeć na wykazaniu przesłanek unieważnienia, w tym także istotnego charakteru zaistniałych okoliczności. Słusznie podnosił Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2275/20, że Zamawiający nie ma żadnej realnej koncepcji przemodelowania przedmiotu zamówienia. Pewne informacje przedstawione na rozprawie, abstrahując, że stały w dużej mierze

w sprzeczności z treścią unieważnienia, nie zostały niczym poparte, chociażby „zainteresowaniem” ze strony innego podmiotu, czy też podmiotów, gdyż z unieważnienia wynikało, że chodzi o więcej niż jeden podmiot. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2275/20 zwracał uwagę, że założenia do przedmiotu zamówienia unieważnionego postępowania były przygotowywane przez 2 lata, brak jest więc podstaw do uznania za wiarygodne twierdzenia Zamawiającego, iż w ciągu miesiąca (od lipcowej rozprawy przed sądem okręgowym w Warszawie, sygn. akt: XXIII Ga 2236/19) był w stanie dokonać przebudowywania jego modelu. Istotne jest również, że MSWiA w swoim piśmie z 01.10. 2019 r. – akapit trzeci – na rok po powstaniu jednostki kontrterrorystycznej Policji BOA – akceptowało zakres przedmiotu zamówienia unieważnionego postępowania, jak i odnosiło się do systemu TETRA w Łodzi, Warszawie, Krakowie i Szczecinie (choć Zamawiający na rozprawie podnosił, że przemodelowanie ma też dobry aspekt w kontekście czterech ośrodków systemu TETRA o charakterze przestarzałym, które znajdują się w jego strukturach, tj. w tych miastach).

Względem utraty środków, w pierwszej kolejności wymaga podkreślenia, że de facto Zamawiający przyznał, że przyczynił się do tej utraty, a przynajmniej Izba tak odczytuje jego stanowisko z rozprawy. Wskazywał: „Zamawiający kategorycznie oponuje w uznaniu, że zaistniałe czynności unieważnienia postępowania wynikały z jego winy, przy czym wskazuje, że ewentualnie można uznać, że w jakiś sposób przyczynił się on do utraty środków poprzez takie, a nie inne procedowanie.” (...) „Zamawiający (...) podkreśla, że nawet jeśli przyczynił się w jakimś stopniu do zaistniałej okoliczności, co wynika z wyroków Izby oraz sądu okręgowego, to przesłanki unieważnienia należy rozpatrywać w oderwaniu od tej kwestii.”

Przy czym, z jego stanowiska nie wynika, że nie zamierza realizować zamówienia jako takiego, choć jak twierdzi nie ma środków. Stwierdził, że: „(...) odwołujący nie przeczył, że program modernizacji policji kończy się z upływem tego roku, zaś środki przyznane na ten cel miały charakter rezerwy celowej i już zostały odebrane zamawiającemu. (...)”

Inaczej mówiąc, można uznać, że ma środki finansowe. W żaden sposób nie przedstawił bowiem żadnego dowodu, że nie ma środków na pokrycie przedmiotu zamówienia, a ściślej, że próbował w tym zakresie uzyskać wiążące stanowisko świadczące o braku środków, ani że nie będzie miał takich środków w roku następnym. Nie przedstawił nawet żadnej korespondencji, iż konsultował się w tej kwestii z własną jednostką organizacyjną odpowiedzialną za finanse, czy też wystąpił o dofinansowanie i uzyskał odmowę. Zamawiający także nie zaprzeczył stanowisku Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2275/20, co do środków finansowych, które ma otrzymać Zamawiający w przyszłym roku (w oparciu o informacje ze strony internetowej: <http://gazeta.policja.pl>). Stwierdził jedynie, że: „(...) w dniu podjęcia czynności o unieważnieniu postępowania brak było jakichkolwiek sygnałów w tym zakresie.(...)”.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W zakresie zarzutu trzeciego i czwartego odwołania o sygn. akt: KIO 2271/20 Izba uznała w/w zarzuty za zasadne.

Stanowisko z rozprawy Zamawiającego w wielu aspektach było odmienne od stanowiska przedstawionego w unieważnieniu. Zamawiający przedstawił także na rozprawie wiele nowych okoliczności, których nie było w ogóle w pierwotnym uzasadnieniu unieważnienia, choć powinny. Izba na zasadzie analogii wskazuje w tym zakresie, że często są uwzględniane odwołania, w których okazuje się, że dany Zamawiający przedstawiał ogólną punktację lub szczegółową punktację w kryteriach pozacenowych, nie wyjaśniając dlaczego przyznał tylko tyle, a nie więcej punktów, czyli nie przedstawił przyczyn takiej, a nie innej punktacji. Jest to powszechnie znana okoliczność znajdująca poparcie w orzecznictwie krajowym i europejskim. Przykładowo: „Wykonawca ma pełne prawo, aby posiadać pełną wiedzę, jakimi przesłankami kierował się zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na zamawiającym” (wyrok z dnia 25.05.2015, sygn. akt: KIO 946/15, KIO 947/15). Dalej: „Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez zamawiającego uchybień. Stanowczego podkreślenia wymaga, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach” (wyrok z 20.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1429/15). Należy bowiem w tym kontekście wskazać także, że: „Pożądanym jest, aby zawsze Wykonawca składający odwołanie dysponował tak wyczerpującymi informacjami co do powodów jego wykluczenia z udziału w postępowaniu, tudzież odrzucenia jego oferty. Nie jest bowiem zjawiskiem odosobnionym sytuacja, gdy tak wielowątkowe i obszerne uzasadnienie faktyczne, jak zostało przedstawione na etapie zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, jest przedstawiane dopiero na rozprawie” (w tym zakresie tego rodzaju negatywne stany faktyczne w szczególności za wyrokiem KIO z 10.05.2013 r., sygn. akt: KIO 945/13 oraz wyrokiem KIO z 07.02.2013 r., sygn. akt: KIO 135/13). I za wyrokiem KIO z 23.05.2014 r., sygn. akt: KIO 634/14, KIO 638/14).

Podobnie w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwalała mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”. Identycznie w wyroku Sądu (Pierwszej Instancji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) z 20.10.2011 r. w sprawie T-57/09 Alfatar Benelux S.A.

Inaczej mówiąc, tak jak istnieje konieczność pełnego uzasadnienia faktycznego rozstrzygnięcia w przedmiocie odrzucenia oferty, wykluczenia Wykonawcy, przyznania takiej lub innej punktacji, tak też konieczne jest przedstawienie wyczerpującego uzasadnienia, co do przesłanek faktycznych unieważnienia postępowania. Konsekwencją uchybienia przez Zamawiającego jego ustawowemu obowiązkowi było to, że Odwołujący nie mógł sformułować zarzutów w odwołaniu wobec ww. domniemanej przyczyny unieważnienia, która została mu zakomunikowana przez Zamawiającego dopiero w trakcie rozprawy. Tudzież ewentualnie zupełnie zrezygnować ze składania środka ochrony prawnej w tym zakresie.

Jednocześnie Zamawiający przedstawił na rozprawie wyczerpującą informację co do stopnia realizacji umowy z Motorolą i dalszych działań Zamawiającego w tym zakresie. Stwierdził, że: „(...)zamawiający wskazał co następuje:

- zamówienie nie zostało przez zamawiającego ani odebrane, ani zapłacone;
- zamawiający stoi na stanowisku, iż zamówienie nie było realizowane prawidłowo przez firmę Motorola; (...)

Zamawiający stwierdził (...), że wykonawca de facto dostarczył sprzęt, który podlega zwróceniu zgodnie z art. 405 k. c. Na dzień obecny wykonawca nie wystąpił z żadnymi roszczeniami wobec zamawiającego – jednocześnie zamawiający oświadczył, że wykonawca został wezwany do odbioru owego sprzętu. Wykonawca oświadczył, że sprzęt ten był w dużej mierze dedykowany na potrzeby zamawiającego i analizuje jego ewentualne dalsze wykorzystanie. Jednocześnie zamawiający podkreśla, że sprzęt ten będzie zwrócony. (...)”. Stwierdził również, że: „(...) wykonawca, który realizował umowę z wolnej ręki nie mógł przedstawić prawidłowej dokumentacji technicznej przez 9 miesięcy (...)”.

Powyższe wyjaśnienia Zamawiającego z rozprawy potwierdzają stanowisko Odwołującego z odwołania, że Zamawiający pominął ten aspekt stanu faktycznego sprawy. Niewątpliwie też uzasadnienie nie odzwierciedla potencjalnych problemów związanych z realizacją postępowania z tego wynikających lub ich braku. W ocenie Izby, z uwagi na okoliczności sprawy, w interesie Zamawiającego było rzetelne wykazanie wszystkich przesłanek faktycznych unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 2271/20 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 2275/20 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092 i poz. 1992), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 2271/20, sygn. akt: KIO 2275/20 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972) Izba uznała wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2271/20o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Izba uznała wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2275/20o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....