

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 18 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 22 listopada 2015 r. w Warszawie wniosku **z dnia 13 listopada 2015 r.** o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego: **Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego w Białymstoku ul. Kard. St. Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „**Dostawę i wdrożenie urządzeń warstwy aktywnej w ramach projektu Sieć Szerokopasmowa Polski wschodniej - województwo podlaskie.**”

**postanawia:**

**uchyla zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.**

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

Zamawiający, Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego w Białymstoku, na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), w dniu 13 listopada 2015 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia: Comp S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Infinity Group sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (zwani dalej

„Konsorcjum Comp”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa i wdrożenie urządzeń warstwy aktywnej w ramach projektu Sieć Szerokopasmowa Polski wschodniej - województwo podlaskie”, do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w sprawie odwołań wniesionych:

- w dniu 5 listopada 2015 r. – przez Konsorcjum Sotronic Sp. z o.o., VIATELECOME Sp. z o.o. na czynność poprawienia omyłki dot. obliczenia ceny oferty;

- w dniu 6 listopada 2015 r. – przez:

a) Konsorcjum Sotronic - dotyczące wykluczenia z postępowania tego wykonawcy oraz zaniechania odrzucenia ofert pozostałych wykonawców;

b) Green Operator sp. z o.o. - dotyczące odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz zaniechania odrzucenia ofert pozostałych wykonawców;

c) Konsorcjum Comp - dotyczące zaniechania wskazania przez Zamawiającego wszystkich podstaw faktycznych i prawnych skutkujących wykluczeniem i odrzuceniem ofert Konsorcjum Sotronic i Green Operator sp. z o.o.

Zamawiający podniósł w uzasadnieniu wniosku, że postępowanie, którego dotyczy wniosek, jest częścią projektu budowy ponadregionalnej sieci szerokopasmowej, składającej się z pięciu regionalnych sieci szkieletowych obejmujących województwa: podkarpackie, podlaskie, lubelskie, świętokrzyskie i warmińsko-mazurskie. Sieć szerokopasmowa Polski Wschodniej to inwestycja o wartości 352 mln euro (z tego 255 mln euro pochodzi z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego), której celem jest zwiększenie dostępu do Internetu instytucji publicznych, przedsiębiorstw i mieszkańców obszarów peryferyjnych zagrożonych „wykluczeniem cyfrowym”. W województwie podlaskim wartość całości projektu wynosi 252,3 mln zł, z czego koszty kwalifikowane to ponad 208 mln zł. Łączna kwota dofinansowania projektu to 197,6 mln zł, natomiast wkład własny samorządu - 10,4 mln zł (5 %), przy czym, województwo ponosi 5 % kosztów projektu. Przeznaczona kwota na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia wynosi 55 372 871,00 zł. i ostateczny termin jej wykorzystania upływa w dniu 31 grudnia 2015 r. W przypadku niezrealizowania dostawy urządzeń i jej niewykorzystania projekt nie osiągnie wskaźników wykonalności.

Zakres przedsięwzięcia w obszarze województwa podlaskiego obejmuje wybudowanie dwuwarstwowej sieci hierarchicznej, na którą złożą się:

- warstwa sieci szkieletowej (budowana w topologii pierścienia),

- warstwa sieci dystrybucyjnych (w topologii gwiazdy).

Budowana infrastruktura obejmuje:

- Elementy pasywne, które są niezbędne do instalacji i działania szerokopasmowej sieci internetowej takie jak: kanalizacja teletechniczna, przewody, światłowody, studnie czy lokalizacje węzłów telekomunikacyjnych.

- Dostawę, wdrożenie oraz uruchomienie urządzeń aktywnych niezbędnych do uruchomienia sieci.

Zamawiający przedstawił stan realizacji Projektu na dzień 9 listopada 2015 r., wskazując, że zostało wybudowane i odebrane 100% długości sieci światłowodowej czyli 1852 km, a w zakresie węzłów szkieletowych i dystrybucyjnych została zrealizowana w 100% infrastruktura fizyczna (wybudowane lub przystosowane do tego celu pomieszczenia lub przydrożne szafy telekomunikacyjne). Aktualnie jest prowadzone powtórnie postępowanie przetargowe na wyposażenie 181 węzłów szkieletowych i dystrybucyjnych, którego dotyczy niniejszy wniosek.

Zamawiający wyjaśnił, że celem inwestycji - Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej, jest zapewnienie do końca 2015 roku dostępu do usług szerokopasmowych dla 90% mieszkańców i 100% instytucji publicznych i przedsiębiorców w województwach warmińsko-mazurskim, lubelskim, podkarpackim, podlaskim i świętokrzyskim. Realizacja projektu pozwala w pełni osiągnąć cel działania 2.1 PO RPW, jakim jest zwiększenie dostępu do Internetu instytucji publicznych, przedsiębiorstw i mieszkańców obszarów peryferyjnych zagrożonych „wykluczeniem cyfrowym”.

W wyniku realizacji projektu zostanie wybudowana ponadregionalna sieć szerokopasmowa, składająca się z pięciu regionalnych sieci szerokopasmowych na obszarach „białych” i „szarych”, tj. obszarach najbardziej zagrożonych „wykluczeniem cyfrowym”. Województwo podlaskie wraz z innymi województwami Polski Wschodniej to pięć najbiedniejszych regionów, wykazujących się najniższym PKB na mieszkańca w poszerzonej Unii Europejskiej (stan dla UE-25). Wyposażenie gospodarstw domowych w komputery osobiste jest w województwach Polski Wschodniej najniższe w kraju. Podobne dysproporcje dotyczą dostępu do szerokopasmowego Internetu. W przypadku wskaźnika liczby linii szerokopasmowych na 100 mieszkańców, Polska z wynikiem 4,5 znajduje się na trzecim miejscu od końca w Europie - za nami jest Grecja i Słowacja. Szczególnie zła sytuacja panuje na terenach wiejskich, gdzie wskaźniki wyposażenia w sieć telekomunikacyjną są średnio 2 razy niższe niż w miastach. Województwo podlaskie w ostatnich latach charakteryzowało się ujemną dynamiką przyrostu ludności wynoszącą -1,62% (w kraju: -0,37%). Problemem kluczowym, którego rozwiązanie ma na celu ten projekt jest niski poziom korzystania z szerokopasmowego dostępu do Internetu, szczególnie na obszarach wiejskich oraz pogłębiające się wykluczenie cyfrowe.

Projekt, w ramach wykonywania którego prowadzone jest przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, musi być zrealizowany do końca 2015 r. W przypadku niezrealizowania projektu w województwie podlaskim w terminie określonym w Umowie o dofinansowanie nr POPW.02.01.00-20-047/10-00 z dnia 15.04.2011 r., nie będzie szans na działanie zastępcze i wykonanie projektu z budżetu Zamawiającego.

Realizacja zamówienia w przyszłości ze środków własnych województwa podlaskiego nie będzie możliwa z uwagi na wysoką wartość zamówienia i brak możliwości przekazania takiej kwoty, tj. ok. 55 mln zł, na wskazany cel.

Dofinansowanie realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego wynosi 95 % i aby pozostało ono na tym poziomie, zamówienie musi zostać zrealizowane do dnia 31 grudnia 2015 r. Jeżeli umowa o udzielenie przedmiotowego zamówienia zostanie zawarta dopiero po rozstrzygnięciu odwołań złożonych przez wykonawców, realizacja umowy w terminie do 31 grudnia 2015 r. nie będzie możliwa.

Zamawiający podniósł, że wykazany interes publiczny, zdecydowanie przewyższa korzyści związane z ochroną interesów, w odniesieniu, do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności Zamawiającego kwestionowanych we wniesionych w postępowaniu odwołaniach. Jedynymi interesariuszami, którzy wykazują uszczerbek w związku z czynnościami Zamawiającego, są wykonawcy biorący udział w postępowaniu, przy czym:

- odwołanie wniesione przez Konsorcjum Sotronic dotyczy czynności poprawienia ceny oferty wykonawcy, która to czynność nie ma wpływu na wynik postępowania (nie zmienia pozycji tego wykonawcy w kwalifikacji ofert), co oznacza, że rozstrzygnięcie co do zarzutów tego odwołania, może mieć znaczenie tylko pod warunkiem dokonania wyboru oferty Konsorcjum Sotronic jako najkorzystniejszej;
- odwołanie wniesione przez Konsorcjum Comp - Odwołujący nie kwestionuje rozstrzygnięcia w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej, a w związku z tym nie poniesienie żadnej szkody w wyniku uchylecia zakazu zawarcia umowy;
- odwołanie wniesione przez Green Operator sp. z o.o. - Odwołujący nie legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, gdyż Zamawiający wyraźnie wskazał w SIWZ kwotę, jaką dysponuje na sfinansowanie zamówienia i wykonawcy mieli świadomość, iż nie istnieje możliwość jej zwiększenia, co więcej Green Operator był stroną postępowania odwoławczego (sygn. KIO 1447/15), w którym Zamawiający informował, jaką kwotą dysponuje. Oferta złożona przez tego Odwołującego przekracza środki, którymi dysponuje Zamawiający, zatem Green Operator sp. z o.o. nie będzie miał możliwości zawarcia umowy i realizacji zamówienia, a tym samym, uchylenie zakazu zawarcia umowy, nie wiąże się z uszczerbkiem dla jego interesów. Ponadto, Green Operator sp. z o.o. jest wykonawcą, który uzyskał już możliwość udziału w realizacji przedmiotowego projektu, do czego nie doszło z przyczyn leżących po jego stronie;
- odwołanie Konsorcjum Sotronic - analiza zarzutów wskazuje, że istnieją niewielkie szanse na unieważnienie przez KIO czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. W takim razie, nie sposób wskazać na uszczerbek, jaki mogłoby przynieść temu podmiotowi uchylenie zakazu zawarcia umowy. Ponadto, oferta złożona przez Odwołującego zawiera

liczne, ewidentne braki i błędy, które będą powodowały konieczność powtórzenia przez Zamawiającego czynności dalszego badania tej oferty w ramach postępowania, co uzasadnia duże prawdopodobieństwo uchybienia wyznaczonemu terminowi na zrealizowanie projektu, a tym samym - Zamawiający będzie zmuszony do unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego, utrzymanie zakazu zawarcia umowy doprowadzi do sytuacji, w której niemożliwa będzie faktyczna realizacja wykazywanego przez wykonawców interesu w uzyskaniu i wykonaniu zamówienia. Korzyści związane z ochroną powyższych interesów, w żaden sposób nie przewyższają negatywnych skutków dla interesu publicznego, jakie wynikają z niezawarcia umowy z wykonawcą wybranym obecnie w postępowaniu.

Zamawiający załączył do ww. wniosku następujące dokumenty:

1. kopię Umowy nr POPW.02.01.00-20-047/10-00 o dofinansowanie Projektu spełniającego kryteria, o których mowa w art. 39 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 Nr POPW.02.01.00-20-047/10 – „Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej – województwo podlaskie” w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013 Osi Priorytetowej II Infrastruktura społeczeństwa informacyjnego Działania II.1 Sieć szerokopasmowa Polski wschodniej z dnia 15 kwietnia 2011 r.
2. Aneks nr POPW.02.01.00-20-047/10-04 z dnia 8 października 2015 r. do Umowy nr POPW.02.01.00-20-047/10-00.
3. Harmonogram realizacji Projektu z dnia 17 sierpnia 2015 r.
4. Nota wyjaśniająca do Aneksu nr POPW.02.01.00-20-047/10-04 do Umowy nr POPW.02.01.00-20-047/10-00.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Przepis art. 183 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego oraz z treści przedłożonych dokumentów, przedmiotowe zamówienie dotyczy projektu realizowanego w ważnym celu i w ważnym interesie publicznym, przejawiającym się w działaniach ukierunkowanych na zapobieganie „wykluczeniu cyfrowemu” na terenie tzw. ściany wschodniej RP. Zamawiający wykazał

w sposób jednoznaczny, że zachodzi konieczność realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego do dnia 31 grudnia 2015 r., co wiąże się z możliwością uzyskania dofinansowania projektu na bardzo wysokim poziomie, tj. 95 %. Istotny jest również realny brak możliwości realizacji celu postępowania w terminie późniejszym, w szczególności ze względu na brak wystarczających środków własnych Zamawiającego na ten cel.

Izba wzięła pod uwagę także fakt, że Zamawiający nie miał wpływu i nie mógł przewidzieć sytuacji, w której doszło do uchylecia się przez poprzednio wyłonionego wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający wszczął postępowanie, mające na celu realizację projektu w dniu 13 kwietnia 2012 r. W tym zakresie Zamawiający dołożył należytej staranności przy przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowań.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że korzyści związane z ochroną interesów, w odniesieniu, do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie przewyższają korzyści dla interesu publicznego, związanego z realizacją dostępu mieszkańców Polski wschodniej do szerokopasmowej sieci Internet, a tym samym przeciwdziałaniem „cyfrowemu wykluczeniu” mieszkańców tego obszaru. W ocenie Izby, wystąpiły wszystkie przesłanki uprawniające Izbę do uchylecia zakazu zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia, stosownie do art. 183 ust. 2 Pzp. Zamawiający wykazał, że brak możliwości niezwłocznego podpisania umowy z wybranym wykonawcą spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności przez niego podjętych w postępowaniu, w tym indywidualnego interesu wykonawców, którzy wnieśli odwołania. Zamawiający wykazał również, że brak jest możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego nie zostanie niezwłocznie zawarta, co będzie skutkowało utratą możliwości dofinansowania projektu ze środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.

Izba, rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylecia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, nie dokonuje oceny zasadności odwołań wniesionych w przedmiotowym postępowaniu.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła, jak w sentencji, na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 183 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....