

Sygn. akt: KIO/W 29/18

POSTANOWIENIE

z dnia 28 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 28 grudnia 2018 r. w Warszawie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego w dniu 21 grudnia 2018r. przez **12 Wojskowy Oddział Gospodarczy ul. Okólna 37, 87-100 Toruń** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w zakresie ochrony terenów, obiektów, urządzeń oraz osób, mienia i porządku na terenie chronionym realizowane przez Specjalistyczne Formacje Ochronne (SUFO), nr referencyjny postępowania: U/14/IW/18, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów rozdziału 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986), dalej: „ustawa Pzp”.

postanawia:

uchyla zakaz zawarcia umowy

Uzasadnienie

12 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Toruniu (dalej: "Zamawiający") działając na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na usługi w zakresie ochrony terenów, obiektów, urządzeń oraz osób, mienia i porządku na terenie chronionym realizowane przez Specjalistyczne Formacje Ochronne (SUFO). Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2018 roku, numer 2018/S 203-463735.

Zamawiający podniósł, że brak zawarcia umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego w postaci braku ochrony jednostek wojskowych od dnia 1 stycznia 2019 roku, przeważające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego, dodając, iż nie widzi potrzeby wyjaśniania rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający podał m.in., że w postępowaniu zastosowano skrócony termin składania ofert, stosując się do zapisu w oparciu o art.131a pkt 6) ustawy Pzp. Zamawiający zaznaczył, iż mimo bardzo krótkiego okresu na przeprowadzenie procedury o udzielenie zamówienia publicznego spowodowanego dostosowywaniem opisów przedmiotu zamówienia przez podległe jednostki będące na zaopatrzeniu 12 WOG (zawierające się w częściach nr 2-13 przedmiotowego postępowania) do aktualnych potrzeb MON oraz istnienia możliwości skorzystania z przewidzianych w poprzedniej procedurze (nr ogłoszenia 2017/S 195-401887) podstaw do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 131 h ust. 6 pkt 5 ustawy Pzp, w zakresie: *1. Zamawiający przewiduje udzielenia zamówienia, o którym mowa w art. 131h ust. 6 pkt 5 ustawy PZP. Zakres przewidzianych zamówień wyraża się:*

1.1. *w czasie świadczonej usługi i równy jest okresowi wyrażonemu w 6 miesiącach. Zamawiający przewiduje, że może udzielić zamówienia w trybie art., 131h ust.6 pkt 5 ustawy PZP w przypadku, gdy postępowanie mające wyłonienie kolejnego Wykonawcy, z przyczyn zależnych i niezależnych od Zamawiającego, nie zakończyło się udzieleniem zamówienia, w terminie umożliwiającym zachowanie ciągłości świadczonej usługi.*

1.2. *w wykonywaniu usługi na terenie innej jednostki wojskowej, której przedmiot zamówienia odpowiada przedmiotowi zamówienia podstawowego, w wysokości nie większej*

niż 50% wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający udzieli zamówienia w trybie art. 131h ust. 6 pkt 5 ustawy PZP w przypadku, gdy zmieni się system zaopatrywania jednostek wojskowych tj. zwiększy się przydział jednostek wojskowych będących na zaopatrzeniu 12 Wojskowego Oddziału Gospodarczego.

Łączna wartość zamówień udzielonych w trybie art. 131 h ust. 6 pkt 5 ustawy PZP nie może przekroczyć 50% szacunkowej wartości zamówienia (odpowiednio dla każdej części).

ogłosił przetarg ograniczony, będący najbardziej konkurencyjnym trybem zamówienia w dziedzinie OiB. Decyzja ta została podjęta z nadzieją, że do postępowania przystąpi nowy wykonawca, który zaoferuje korzystniejsze dla Zamawiającego ceny. Zamawiający zauważył, że od dwóch lat na potrzeby postępowań prowadzonych przez niego w zakresie usług ochrony, zawiązuje się konsorcjum składające się z firm, w skład których wchodzi sam Odwołujący (dalej: „Konsorcjum”), które w latach wcześniejszych były wobec siebie konkurencją. Doprowadza to do sytuacji, że Konsorcjum kształtuje ceny, zdobywa doświadczenie, tym samym próbując wyprzeć pozostałe firmy z rynku i uzyskać monopol w przedmiocie zamówienia. Dla porównania Zamawiający przedstawił m.in. ceny jednostkowe brutto oferowane przez wykonawców w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego w latach ubiegłych i stwierdził, że na ich przykładzie widać rozkład sił i podział zadań, w sposób który pozwala na wygranie przetargu w każdych okolicznościach, przy czym pokazuje cenę oferty złożonej przez Konsorcjum w sytuacji, gdy do przetargu staje inny wykonawca, który, jak sugeruje Zamawiający, być może nie przyjął propozycji wystąpienia wspólnie w trybie art. 23 ustawy Pzp. Cena ta jest niższa od ceny zaoferowanej w postępowaniu na rok wcześniejszy. Ponadto Zamawiający zauważył, iż wycena usług polegających w dużej mierze na pracy personelu zatrudnionego przez danego Wykonawcę i wykorzystaniu posiadanego przez niego sprzętu, a także posiadanych przez personel kwalifikacji i doświadczenia, czy też przyjętej strategii realizacji zamówienia nie podlega prostej weryfikacji i nie powinna odwoływać się do obiektywnych czynników rynkowych, czy też własnej kalkulacji, jak to czyni Odwołujący. W opinii Zamawiającego, złożone odwołanie jest ewidentną próbą wyeliminowania z rynku niekorzystnej dla Odwołującego konkurencji i próbą wymuszenia na Zamawiającym (poprzez wstrzymanie możliwości zawarcia umowy, a tym samym zapewnienia ciągłości świadczonych usług) udzielenia zamówienia z wolnej ręki Odwołującemu. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w tym, iż jeszcze przed wpływieniem odwołania, Odwołujący był i nadal jest zainteresowany możliwością zawarcia z nim umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki. Świadczą o tym liczne kontakty telefoniczne od różnych członków konsorcjum dopytujących się o możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki i wymuszające na Zamawiającym wskazanie ewentualnego czasookresu świadczenia usług w tym trybie. Nadto Zamawiający zauważył, iż w części 12 postępowania,

w której bierze udział trzech wykonawców, każda ze złożonych ofert jest korzystniejsza od oferty Odwołującego. Odwołujący natomiast próbuje wyeliminować jedynie ofertę, która została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamówienie zostało podzielone na 13 części. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. Jak wynika z załączonego do wniosku odwołania, zostało ono wniesione w dwóch częściach tj. 2 i 12. Odwołujący kwestionuje wybór najkorzystniejszej oferty w tych częściach, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie wezwania do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny tej oferty. Jak wynika z załącznika nr 1 do wniosku Zamawiającego, zawierającego m.in. informacje o złożonych ofertach, w pozostałych częściach oferta Odwołującego zawierała najniższą cenę (części 1 i 3) bądź była jedyna (części 4, 6-11,13), zaś w części 5 (a także w części 12) zawierała najwyższą cenę.

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

Zgodnie z art. 183 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Powyższe wskazuje, że uchylenie zakazu zawarcia umowy ma charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od generalnej zasady zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Oceniając zasadność wniosku Izba rozważa wagę interesu publicznego, który miałby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym interesu wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej.

W ocenie Izby usługi ochrony objęte przedmiotem zamówienia, tj. usługi w zakresie ochrony terenów, obiektów, urządzeń oraz osób, mienia i porządku na terenie chronionym realizowane przez Specjalistyczne Formacje Ochronne (SUFO) objęte są ochroną interesu publicznego. Z tych względów dla rozpatrzenia wniosku konieczna jest ocena, czy niezawarcie umowy z wybranym wykonawcą może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, a jeśli tak, to czy przewyższą one korzyści związane z koniecznością

ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Izby wskazane w rozpatrywanym wniosku przez Zamawiającego okoliczności uzasadniają w dostateczny sposób, iż niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów.

Jak wynika z ustaleń Izby odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2018 r., pomimo, iż jest datowane 17 grudnia 2018 r. i jak wynika z pisma Zamawiającego, do niego zostało przesłane w dniu 20 grudnia 2018 r. Odwołanie zostało wniesione z brakami. W związku z tym termin jego rozpoznania nie został jeszcze wyznaczony.

Powyższe w ocenie Izby wskazuje, iż za prawdopodobne należy uznać stanowisko Zamawiającego zaprezentowane we wniosku, iż działania Odwołującego obliczone są na doprowadzenie do zawarcia z nim umowy począwszy od 1 stycznia 2019 r. w trybie niekonkurencyjnym, jako zamówienia uzupełniającego, na podstawie art. 131h ust. 6 pkt 5 ustawy Pzp, a więc w ramach możliwości wynikającej z innego postępowania, niż postępowanie objęte wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

W ocenie Izby, skoro Zamawiający nie zdecydował się na udzielenie zamówienia uzupełniającego, lecz przeprowadził nowe postępowanie, licząc na zawarcie umowy, która zapewni ciągłość usług, które są konieczne dla zabezpieczenia interesu publicznego, to w okolicznościach przedmiotowej sprawy, należy uznać, iż niezawarcie takiej 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, zwłaszcza, gdy uznać, że interes Odwołującego polega na doprowadzeniu do opóźnienia w rozpoznaniu jego odwołania, po to, aby nie nastąpiło to przed 1 stycznia 2018 r., a w konsekwencji Zamawiający był zmuszony do zawarcia z nim umowy w trybie niekonkurencyjnym. W takim stanie rzeczy należy uznać, iż brak uchylenia zakazu zawarcia umowy oznaczałby objęcie większą ochroną interesu biznesowego Odwołującego, niż interesu publicznego

Zauważenia wymaga również, iż, jak wynika z wniosku Zamawiającego, ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 17 października 2018 r. W terminie wyznaczonym, tj. do 19 listopada 2018 r. wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zostały złożone przez trzech wykonawców,

z których każdy to wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, w tym jeden to ww. Konsorcjum, w skład którego wchodzi dziesięć podmiotów. Badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zajęło Zamawiającemu osiem dni kalendarzowych (zaproszenie do składania ofert nastąpiło w dniu 28 listopada 2018 r.), co z uwagi na liczny skład wykonawców, należy uznać za czas niewskazujący na opieszałość w działaniu Zamawiającego. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 11 listopada 2018 r. i w tym samym dniu Zamawiający przekazał informację o rozstrzygnięciu postępowania, z uwagi, jak stwierdził, na brak po jego stronie wątpliwości co do zaoferowanych cen i możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z postawionymi wymaganiami. Oznacza to, w ocenie Izby, iż działania w toku postępowania były podejmowane przez Zamawiającego bez zwłoki.

W związku z tym należy uznać, iż zaistniały podstawy do uchylenia zakazu zawarcia umowy, o których mowa w art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 183 ust. 4 ustawy orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

.....