

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 27 marca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 27 marca 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 25 marca 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego - Skarb Państwa - 2 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa samochodów ciężarowoosobowych ogólnego przeznaczenia w latach 2020-2022” (publikacja ogłoszenia w Dz. Urz. UE w dniu 30.01.2020 r., Nr 2020/S 021-045666),

**postanawia:**

uchylić zakaz zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Skarb Państwa - 2 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Warszawie wniósł o uchylenie - na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp” – zakazu zawarcia umowy z wybranym wykonawcą w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Dostawa samochodów ciężarowoosobowych ogólnego przeznaczenia w latach 2020-2022”. Zamawiający w uzasadnieniu wniosku odnosząc się do przesłanek wymaganych art. 183 ust.2 ustawy Pzp wskazał na następujące okoliczności:

1. Określenie interesu publicznego

Zgodnie z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1541 tj. ze zm.) (dalej: Ustawa), na straży suwerenności i niepodległości Narodu Polskiego oraz jego bezpieczeństwa i pokoju stoją Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej, zwane dalej "Siłami Zbrojnymi" (ust. 1 ). Siły Zbrojne mogą ponadto brać udział w zwalczaniu klęsk żywiołowych i

likwidacji ich skutków, działaniach antyterrorystycznych i z zakresu ochrony mienia, akcjach poszukiwawczych oraz ratowania lub ochrony zdrowia i życia ludzkiego, oczyszczaniu terenów z materiałów wybuchowych i niebezpiecznych pochodzenia wojskowego oraz ich unieszkodliwianiu, a także w realizacji zadań z zakresu zarządzania kryzysowego (ust. 2). Interes publiczny stanowią korzyści uzyskiwane przez ogół społeczeństwa w wyniku realizacji wskazanych wyżej zadań i przedsięwzięć przez Siły Zbrojne, które bez wątpienia można uznać za bardzo istotne dla funkcjonowania Państwa Polskiego. Jednocześnie interes publiczny stanowią korzyści wynikające z racjonalnego gospodarowania przez Siły Zbrojne publicznymi funduszami w trakcie wykonywania wyżej wskazanych zadań.

Samochody ciężarowo-osobowe ogólnego przeznaczenia będące przedmiotem zamówienia w ilości 635 sztuk stanowią bardzo istotny a wręcz podstawowy środek transportu żołnierzy i ładunków służący zabezpieczeniu wszystkich rodzajów wojsk, bez którego wykonywanie określonych zadań przez Siły Zbrojne jest w praktyce bardzo utrudnione, a nawet może być niemożliwe. Przykładowo można wskazać takie zadania i działania jak:

1. zabezpieczenie wykonywania zadań w trakcie pełnienia bieżącej służby przez Siły Zbrojne, w tym utrzymywanie i podnoszenie sprawności organizacyjnej i bojowej,
2. zabezpieczenie wykonywania działań przez polskich żołnierzy biorących udział w misjach pokojowych i stabilizacyjnych,
3. **zabezpieczenie działań w razie powodzi, pożarów, innych klęsk żywiołowych, czy epidemii poprzez niesienie pomocy i wsparcie ludności cywilnej oraz ratowanie i ochronę zdrowia i życia ludzkiego przez wszystkie rodzaje wojsk w szczególności przez Wojska Obrony Terytorialnej,**
4. wsparcie funkcjonariuszy Policji m.in. przez Żandarmerię Wojskową podczas rutynowych patroli oraz podczas zabezpieczenia porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli w trakcie obchodu świąt narodowych i innych wydarzeń o charakterze międzynarodowym (np. wizyty przedstawicieli innych państw).

Przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania na zakup samochodów ciężarowoosobowych ogólnego przeznaczenia na potrzeby Sił Zbrojnych służy realizacji wskazanego wyżej celu publicznego, poprzez dostarczenie środków technicznych niezbędnych do zapewnienia sprawnej i właściwej realizacji wskazanego wyżej interesu publicznego i tym samym stanowi działanie pożądane z punktu widzenia tego interesu.

2. Wskazanie negatywnych skutków dla interesu publicznego, które mogłyby wynikać z braku zawarcia umowy.

Zgodnie z art. art. 183 ust. 2 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli nie zawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których

zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający podał, (...) że w chwili obecnej Siły Zbrojne w zakresie pojazdów ciężarowo-osobowych ogólnego przeznaczenia opierają się na pojazdach marki Honker różnego typu, których średnia wieku waha się między 18 a 25 lat. Samochody te z uwagi na zużycie eksploatacyjne w latach i kilometrach wymagają natychmiastowej wymiany. Jednocześnie wydatkowanie środków publicznych na ich naprawę jest pozbawione racjonalności ponieważ z uwagi na przestarzałość technologiczną tych pojazdów, nawet przeprowadzenie kompleksowej naprawy głównej nie spowoduje doprowadzenia ich do stanu odpowiadającego jakością obecnie produkowanych pojazdów tego typu. Z wyżej wskazanych powodów jakakolwiek dalsza zwłoka w uzupełnieniu potrzeb etatowych takich pojazdów, będzie skutkować sukcesywnym i postępującym ograniczaniem możliwości realizacji wskazanego wyżej interesu publicznego przez Siły Zbrojne, wynikającym z konieczności wycofywania z użycia kolejnych pojazdów. Wskazał ponadto, że (...) w ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający dysponuje odpowiednimi środkami finansowymi na udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi jednak na uwarunkowania związane z narastającym kryzysem gospodarczym wynikającym z występowania ogólnoswiatowej pandemii koronawirusa COVID-19 (Zamawiający wskazuje, że w chwili obecnej wiedza co to faktu kryzysu gospodarczego z ww. powodu jest notoryjna), należy przyjąć, że zwłoka w udzieleniu zamówienia objętego postępowaniem może doprowadzić do wycofania się wybranego wykonawcy i braku możliwości podpisania umowy na obecnych warunkach, w szczególności finansowych. Ponadto, z tego samego powodu zasadne jest przyjęcie, że w niedalekiej przyszłości brak będzie możliwości udzielenia zamówienia publicznego w zakresie objętym postępowaniem na obowiązujących obecnie warunkach, a brak jest możliwości przyjęcia z pewnością, że w ramach ewentualnych kolejnych postępowań mających na celu udzielenie zamówienia publicznego w zakresie objętym postępowaniem, Zamawiający będzie dysponował środkami wystarczającymi do udzielenia takiego zamówienia. Konsekwencją zaistnienia obu przypadków będą negatywne skutki dla interesu publicznego wskazane wyżej.

Wskazał ponadto, że Odwołujący składając ofertę najdroższą i wykorzystując zawieszenie rozpraw przed Krajową Izbą Odwoławczą wnosząc odwołanie w dniu 23 marca 2020 r. w sposób celowy zmierza do unieważnienia postępowania z uwagi na długotrwały proces technologiczny produkcji, co wiąże się z nie zachowaniem terminu realizacji zamówienia.

**Izba, mając na uwadze okoliczności wskazane w treści wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, w szczególności zadania jakie mogą być realizowane przy użyciu przedmiotu dostawy uznała, że wniosek zasługuje na uwzględnienie.**

Z uzasadnienia wniosku wynikają dwojakiego rodzaju argumenty przemawiające za jego zasadnością. Pierwszy z nich dotyczy zadania, które ma być przez Zamawiającego zrealizowane, drugi zaś związany jest z potencjalnymi negatywnymi konsekwencjami niezawarcia niezwłocznie umowy (bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby), w przedmiocie realizacji tego zadania, mającymi przekładać się na zagrożenie interesu publicznego, w tym przypadku w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (z naciskiem na bezpieczeństwo), przewyższającymi korzyści związane z ochroną wszystkich interesów, w tym wnoszącego odwołanie wykonawcy DEMARKO Sp. z o. o. Sp. K. z siedzibą w Świętochłowicach. Także w tym wniosku (pośrednio) wskazano na szczególne okoliczności, które to okoliczności są związane z ogłoszonym przez Ministra Zdrowia w okresie od dnia 20 marca 2020 r. do odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanem epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 (rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. – publikacja w Dz. U z 2020 r. poz. 491).

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu (także pobudek jakimi może kierować się wykonawca wnosząc odwołanie) i wydanie ewentualnej zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy nie ma charakteru „przedsądu”. Izba rozstrzygając o zasadności wniosku (w aktualnym stanie prawnym) bada wyłącznie przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy na wniosek zamawiającego, tj. bada, czy niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego i, czy negatywne skutki niezawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Dla uchylenia zakazu zawarcia umowy o którym stanowi art. 183 ust.2 ustawy Pzp wystarczającym jest (co wymaga podkreślenia) już uprawdopodobnienie istnienia powołanych przez zamawiającego we wniosku okoliczności.

Zgodnie ze wskazanym we wniosku art. 183 ust.2 zdanie drugie 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 koniecznością ochrony wszystkich*

*interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.*

Badając przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy z wniosku Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, Izba uznała, że wniosek jest zasadny. W ocenie Izby wskazane przez wnioskodawcę okoliczności uzasadniają w sposób dostateczny, że nie zawarcie 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 tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający wykazał we wniosku obiektywne okoliczności, wynikające z przepisów prawa, które uzasadniają konieczność niezwłocznego udzielenia przedmiotowego zamówienia. Izba podkreśla, że przepis art. 183 ust.2 ustawy Pzp w jego aktualnym brzmieniu jest wynikiem wdrożenia do polskiego systemu prawodawczego dyrektywy obronnej i z tego względu ustawodawca krajowy w ślad za prawodawcą unijnym położył szczególny nacisk na negatywne skutki związane z dziedziną obronności i bezpieczeństwa państwa. W przypadku tego zamówienia samochody ciężarowoosobowe ogólnego przeznaczenia - ich zakup (według oświadczenia Zamawiającego) - jest dedykowany na potrzeby Sił Zbrojnych i stanowią one bardzo istotny a wręcz podstawowy środek transportu żołnierzy i ładunków służący zabezpieczeniu wszystkich rodzajów wojsk, bez którego wykonywanie określonych zadań przez Siły Zbrojne byłoby w praktyce bardzo utrudnione, a nawet niemożliwe. Tak jak wskazano we wniosku ich użycie wiąże się z realizacją takich zadań jak zabezpieczenie działań m.in. w razie epidemii „poprzez niesienie pomocy i wsparcie ludności cywilnej oraz ratowanie i ochronę zdrowia i życia ludzkiego przez wszystkie rodzaje wojsk w szczególności przez Wojska Obrony Terytorialnej (...). Taka epidemia została przez Ministra Zdrowia ogłoszona od dnia 20 marca 2020 r. do odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stan epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2. Także Izba uznała, że należy (wobec sytuacji w kraju związanej z narastającym kryzysem gospodarczym wynikającym z występowania ogólnoświatowej pandemii koronawirusa COVID-19, która to wiedza, co to faktu kryzysu gospodarczego z tego powodu jest niewątpliwie notoryjna) za zasadną uznać argumentację, że w niedalekiej przyszłości może być brak możliwości udzielenia zamówienia publicznego w zakresie objętym przedmiotowym postępowaniem na obowiązujących obecnie warunkach i brak jest możliwości przyjęcia, że w ramach ewentualnych kolejnych postępowań mających na celu udzielenie zamówienia publicznego w zakresie objętym postępowaniem, Zamawiający z pewnością będzie dysponował środkami wystarczającymi do udzielenia takiego zamówienia związanego z uprawdopodobnioną w stanie faktycznym tej sprawy realizacją zadań związanych (co wymaga podkreślenia) z dziedziną obronności i

bezpieczeństwa. Zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, trzeba uznać prymat interesu publicznego nad innymi interesami, w tym nad interesem wnoszącego odwołanie wykonawcy DEMARKO Sp. z o. o. Sp. K. z siedzibą w Świętochłowicach.

Reasumując Izba uznała, że wskazywane we wniosku negatywne skutki niezawarcia umowy w przedmiocie zamówienia związanego z dostawą samochodów ciężarowoosobowych ogólnego przeznaczenia przewyższają 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, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz interesu zamawiającego.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych postanowiła jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

.....