

POSTANOWIENIE
z dnia 13 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 13 października 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 8 października 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego – 35. Wojskowy Oddział Gospodarczy Rząska, ul. Krakowska 2, 30-901 Kraków - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa ciepła do systemów ciepłowniczych zlokalizowanych na terenach kompleksów wojskowych administrowanych przez 35. Wojskowy Oddział Gospodarczy, w latach 2020/2023”.

postanawia:

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

Uzasadnienie

Zamawiający - 35. Wojskowy Oddział Gospodarczy, Rząska, ul. Krakowska 2, 30-901 Kraków - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa ciepła do systemów ciepłowniczych zlokalizowanych na terenach kompleksów wojskowych administrowanych przez 35. Wojskowy Oddział Gospodarczy, w latach 2020/2023”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 123 – 301842. Zamówienie zostało podzielone na 4 części. W przedmiotowym postępowaniu w dniu 28 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Eksploterm Sp. z o.o. z siedzibą w Balicach wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

w części nr 2 zamówienia „Kotłownie na paliwo stałe i paliwo ciekłe pracujące na potrzeby centralnego ogrzewania w kompleksie wojskowym w miejscowości Niedźwiedz, gmina Słomniki” (sygn. akt KIO 2446/20).

W dniu 8 października 2020 r. Zamawiający 35. Wojskowy Oddział Gospodarczy na podstawie art. 183 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) złożył do Prezesa Krajowej Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu, podnosząc, że brak zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego mógłby 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 wyjaśnił, że wykonawca Eksploterm Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając:

1. zaniechanie wykluczenia wykonawcy Ekol Kot Systemy Grzewcze Z. N. z siedzibą w Gdańsku na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 24 ust 4 Pzp z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu,
2. zaniechanie wykluczenia wykonawcy Ekol Kot Systemy Grzewcze Z. N. na podstawie 24 ust 1 pkt 16 i 17 Pzp, z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,
3. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz że zamówienie udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający wskazał, że w jego ocenie zarzuty podniesione w ww. odwołaniu są bezzasadne. Zdaniem Zamawiającego, wybór najkorzystniejszej oferty odbył się zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający wnikliwie zbadał zdolność zawodową w zakresie doświadczenia wykonawcy Ekol Kot Systemy Grzewcze Z. N. odnośnie mocy zamówionej. Zamawiający zwrócił się do wystawców referencji, tj. 18. Wojskowego Oddziału Gospodarczego oraz Portu Wojennego o potwierdzenie mocy zamówieniowej wskazanych przez wykonawcę usług. 18. Wojskowy Oddział Gospodarczy potwierdził, iż moc zamówiona wnosila: 0,97 MW, a Port Wojenny potwierdził, iż moc zamówiona wynosiła: 0,86 MW. Powyższe informacje z 18. Wojskowego Oddziału Gospodarczego zostały odpowiednio

potwierdzone załącznikami do umów, w których widnieje moc zamówiona 0,97 MW. Informacje z Portu Wojennego potwierdzają iż w dokumenty kilka lat temu wkradł się błąd, a moc dwóch działających kotłów została wyjaśniona w Wojskowym Dozorze Technicznym. W załączeniu przesłano też decyzję dla każdego kotła, a w uwagach opisano informację o błędnej mocy zawartej w poprzednich decyzjach o treści: „W poświadczeniu badania z dnia 11.10.2016 r. omyłkowo wpisano niewłaściwe parametry mocy kotłów 234 kW, Prawidłowa wartość to 430 kW”.

Zamawiający wskazał, że dysponuje również wiadomościami z systemu MILNET-Z od 18. Wojskowego Oddziału Gospodarczego Wydział Infrastruktura - SGKiE w Wejherowie o treści: „W przypadku umowy nr 275/F/20i8 i nr 262/72019 moc zamówiona została określona na poziomie 0,97 MW, czyli łącznej mocy zainstalowanych w systemie ciepłym kotłów ECA IV”, a także z systemu MILNET-Z od Kierownika SGKiE Infrastruktury KPW Gdynia o treści: „W Wykazie systemów ciepłych oraz budynków będących załącznikiem nr 2 do umowy w pkt II ppkt 1 podano moc zamówiona jako 466 kW (czyli wg błędnej informacji 2 kotły po 234 kW). W związku ze sprostowaniem przez Wojskowy Dozór Techniczny mocy kotłów znajdujących się w kotłowni zlokalizowanej w budynku nr 6, poprawna zamawiana moc kotłów wynosi 2 kotły x 430 , czyli 860 kW.”

Zdaniem Zamawiającego, wybrany wykonawca spełnia wymóg posiadania zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia opisany w SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący złożył ofertę najdroższą, która przekracza środki jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia o 24%. Odwołujący na siłę chce się doszukać braków w ofercie Ekol Kot Systemy Grzewcze Z. N..

Zamawiający wskazał, że Skład Niedźwiedź zlokalizowany jest w miejscowości Niedźwiedź - Ratajów, gmina Słomniki, Województwo Małopolskie. Stanowi własność Skarbu Państwa i pozostaje w zarządzie Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Krakowie na terenie zamkniętego kompleksu wojskowego. Jest to kompleks strategiczny, sklasyfikowany w „kategorii I” jako niezbędny dla dalszego funkcjonowania Sił Zbrojnych. Przeznaczenie kompleksu — magazynowe. W kompleksie zlokalizowane są budynki ogólnowojskowe w tym: biurowo-administracyjne, magazyny, garaże, remiza strażacka, węzeł teleinformatyczny, wartownie i inne obiekty ogólnowojskowe. Charakter i przeznaczenie budynków wymaga dostarczenia ciepła w celu ogrzania ich do wymaganej temperatury, w tym:

- magazynów – w związku z przechowywanymi produktami ropopochodnymi z wymaganą temperaturą minimum 7 stopni C;
- garaży — przeznaczonych do specjalistycznych pojazdów wojskowych;
- budynków biurowo-administracyjnych z pracującym personelem;
- remizy strażackiej z całodobową obsadą funkcyjną oraz zmagazynowanymi tam środkami pianotwórczymi;

- węzłów teleinformatycznych i przepompowni wraz z specjalistycznymi urządzeniami i wyposażeniem;
- wartowni i biura przepustek z całodobową obsadą wartowniczą;
- pozostałych obiektów ogólnowojskowych.

Aktualnie w kompleksie prowadzone są szeroko zakrojone roboty inwestycyjne i remontowe w celu dostosowania obiektów i infrastruktury terenowej do obowiązujących normatywów i wymogów oraz w związku nowymi zadaniami postawionymi przez przełożonych.

Zamawiający podniósł, że w aktualnym stanie rzeczy należy też uwzględnić sytuację pandemii koronawirusa, która może spowodować dodatkowe zagrożenie. Nieudzielenie zamówienia z uwagi na obniżone temperatury w pomieszczeniach, gdzie przebywają żołnierze i pracownicy cywilni może powodować negatywne konsekwencje zdrowotne związane z wyziębieniem organizmu, co może dodatkowo obciążać już przeciążony system opieki zdrowotnej oraz dezorganizować prace w jednostce wojskowej w związku z wystąpieniem objawów podobnych do wirusa. Zamawiający podkreślił, że właściwe działanie wskazanej jednostki wojskowej ma znaczenie strategiczne. Również przechowywane produkty ropopochodne w przypadku braku wymaganej temperatury 7 stopni C mogą stracić swoje właściwości, co spowoduje duże szkody finansowe i problemy logistyczne wojska. To samo dotyczy środków pianotwórczych. Przechowywane środki stanowią niezbędne zaplecze logistyczne wojska.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1541 tj. ze zm.) 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, oraz ochrony zdrowia i życia ludzkiego, 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 wątplenia można uznać za bardzo istotne dla funkcjonowania Państwa Polskiego w czasie pandemii. Wyznaczani żołnierze biorą min. udział w sprawdzaniu przestrzegania zasad przez osoby objęte kwarantanną razem z policją.

W związku z powyższym, absencja żołnierzy i pracowników jednostki wojskowej jest w obecnej sytuacji pandemii niekorzystna i może dezorganizować prace wspomagające, mające na celu zwalczanie pandemii przez wojsko.

W tym przypadku interes publiczny wyraża się w zapewnieniu ochrony zdrowia i życia obywateli oraz zapewnienia porządku publicznego. Ochroną zdrowia i życia jest przejawem realizacji interesu publicznego w najwyższej postaci i powinna mieć prymat nad innymi

przejawami interesu publicznego, w tym też nad uzasadnionymi interesami wykonawców, którzy korzystają z możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej.

Przedmiotowe zamówienie w bezpośredni sposób wpływa na interes publiczny nie tylko w ujęciu społecznym, ale również gospodarczym z uwagi na ryzyko zwiększenia środków finansowych na wykonywane testy w celu wykluczenia koronawirusa oraz niezdadne środki ropopochodne i pianotwórcze.

Niewątpliwie wydanie orzeczenia w terminie wynikającym z ustawy Pzp nie jest obecnie możliwe z uwagi na występujący na terenie Polski stan epidemii w związku z wirusem SARS-CoV-2 ogłoszony rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 491 ze zm.). W czasie trwania epidemii rozprawy i posiedzenia jawne przed Krajową Izbą Odwoławczą ze względu na reżim sanitarny odbywają się w terminie dłuższym niż 15 dni od dnia doręczenia Prezesowi Izby.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie wniosku złożonego przez Zamawiającego ustaliła i zważyła, co następuje: wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z 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. Stosownie do art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może złożyć do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, a 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. Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy zobowiązana jest zbadać, czy zachodzą przesłanki określone w przepisie art. 183 ust. 3 ustawy Pzp. Należy podkreślić, że Izba, rozpoznając wniosek, nie ocenia zasadności zarzutów zawartych we wniesionym odwołaniu, a jedynie przesłanki wskazane w powołanym przepisie ustawy. Izba rozstrzyga zasadność wniosku na posiedzeniu niejawnym, w formie postanowienia, nie później niż w terminie 5 dni od dnia jego złożenia (art. 183 ust. 4 ustawy Pzp).

W okolicznościach dotyczących rozpatrywanego wniosku należało przede wszystkim ustalić, czy ustawowy nakaz powstrzymania się przez zamawiającego od zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku kończącego postępowanie odwoławcze, może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

Wobec oświadczeń Zamawiającego zawartych w uzasadnieniu wniosku, pilność zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest niewątpliwa, a dalsze opóźnienie realizacji zamówienia wiąże się z negatywnymi konsekwencjami dla interesu publicznego. Uwzględniając skutki, jakie może spowodować dalsze przedłużenie terminu zawarcia umowy na dostawę ciepła do systemów ciepłowniczych zlokalizowanych na terenach kompleksów wojskowych administrowanych przez 35. Wojskowy Oddział Gospodarczy, w latach 2020/2023, w ocenie Izby, zachodzi podstawa do uwzględnienia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy w oparciu o art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, przedmiotowe zamówienie dotyczy zadania realizowanego w ważnym celu i ważnym interesie publicznym związanym z realizacją zadań zapewnienia bezpieczeństwa i obronności państwa. Konsekwencją zamówienia (nawet, jeśli pośrednią) jest bowiem zapewnienie bezpieczeństwa obywateli. W tym przypadku interes publiczny stanowią korzyści uzyskiwane przez ogół społeczeństwa w wyniku realizacji zadań i przedsięwzięć podejmowanych przez Siły Zbrojne, które należy uznać za bardzo istotne dla funkcjonowania kraju, w tym w szczególności w czasie pandemii, poprzez udział m.in. w zwalczaniu klęsk żywiołowych i likwidacji ich skutków, a także w realizacji zadań dotyczących ochrony zdrowia i życia ludzkiego, oraz zadań z zakresu zarządzania kryzysowego. Absencja chorobowa żołnierzy i pracowników cywilnych jednostki wojskowej jest w obecnej sytuacji pandemii szczególnie niekorzystna i może znacząco dezorganizować prace wspomagające, mające na celu zwalczanie pandemii przy udziale wojska.

W tym przypadku ważny interes publiczny powinien mieć prymat nad uzasadnionym interesem wykonawcy, który korzysta z możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej. W ocenie Izby, realizacja przedsięwzięcia stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia publicznego mieści się w zakresie pojęcia „interes publiczny”, którym zgodnie z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. akt W 8/96) są korzyści, uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Analiza całokształtu niniejszej sprawy w kontekście wagi interesów wnoszącego odwołanie wykonawcy pozwala uznać, że w przedmiotowym przypadku konieczność ochrony interesów Odwołującego ma mniejszą wagę niż konieczność ochrony interesu publicznego.

W związku z powyższym, Izba uznała, że utrzymanie zakazu zawarcia umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. 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 podjętych przez Zamawiającego w prowadzonym

postępowaniu. Niewątpliwie jest, że opóźnienie w zawarciu umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. W okolicznościach tej sprawy wystąpiły zatem przesłanki uzasadniające uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia, stosownie do art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

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

Stosownie do art. 183 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: