

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 26 lutego 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 26 lutego 2021r. w Warszawie wniosku z dnia 22 lutego 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pt.: „Konserwacja i utrzymanie w pełnej sprawności technicznej sieci trakcyjnej tramwajowej i wyposażenia towarzyszącego na terenie miasta Wrocławia w okresie od dnia 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r. z prawem opcji w zakresie przedłużenia terminu realizacji zamówienia”

**postanawia:**

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy**

**do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.**

**Uzasadnienie**

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający” lub „MPK”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.) - dalej: „ustawą Pzp” pt.: „Konserwacja i utrzymanie w pełnej sprawności technicznej sieci trakcyjnej tramwajowej i wyposażenia towarzyszącego na terenie miasta Wrocławia w okresie od dnia 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r. z prawem opcji w zakresie przedłużenia terminu realizacji zamówienia”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 października 2020 r. pod nr 2020/S 207-504222.

W dniu 22 lutego 2021 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Wniosek ten został złożony w związku z wniesieniem w dniu 25 stycznia 2021 r. odwołania przez wykonawcę MMT IDEA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie (dalej: „Odwołujący” lub „MMT IDEA”).

Zamawiający w uzasadnieniu wniosku stwierdził, że 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. Zamawiający wyjaśniał, że realizuje zadania stanowiące działalność sektorową w zakresie usług transportowych polegających na obsłudze sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w zakresie transportu m. in. tramwajowego. W związku z tym, jego zdaniem, niezawarcie umowy w zakresie „Konservacji i utrzymania w pełnej sprawności technicznej sieci trakcyjnej tramwajowej i wyposażenia towarzyszącego na terenie miasta Wrocławia” przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie godzić w interes publiczny. MPK nie posiada własnych służb utrzymania sieci trakcyjnej, dlatego niezapewnienie konserwacji i utrzymania w pełnej sprawności technicznej sieci trakcyjnej tramwajowej i wyposażenia towarzyszącego, ze względów bezpieczeństwa, może zdaniem MPK, z dużym prawdopodobieństwem skutkować koniecznością wyłączenia sieci spod napięcia, a tym samym koniecznością wyłączenia komunikacji tramwajowej, co w sposób niezaprzeczalny wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego. Zamawiający argumentował, że interes publiczny nie może być stawiany w roli podrzędnej do ochrony innych interesów, które mogłyby zostać naruszone, w tym przypadku indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Ponadto podnosił, że wszelkie operacje na sieci trakcyjnej muszą być wykonywane zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Socjalnej w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz. U. z 2003 r., Nr 169, poz. 1650 ze zm.) i Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 4 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego (Dz. U. z 2007 r. Nr 93, poz. 623 ze zm.), a wszelkie operacje (załączenia, wyłączenia) możliwe są do wykonania na polecenie pisemne przez personel posiadający odpowiednie zaświadczenia kwalifikacyjne

SEP, wydający dyspozycje - „D” tj. w zakresie dozoru, wykonujący polecenia - „E” tj. w zakresie eksploatacji. Zamawiający wskazywał, że do czynności konserwacyjnych sieci trakcyjnej tramwajowej nie posiada wymaganej liczby pracowników ze stosownymi zaświadczeniami kwalifikacyjnymi SEP, jak również nie posiada odpowiedniego sprzętu (m. in. samochód wieżowych, aparatura kontrolno-pomiarowej, sprzętu bhp do pracy na wysokościach i pracy na sieci).

Kolejno Zamawiający wyjaśniał, że obecnie w celu utrzymania sieci trakcyjnej zawiera krótkoterminowe umowy, które nie obejmują pełnego zakresu konserwacji sieci trakcyjnej tramwajowej. Niewykonywanie pełnego zakresu bieżącej konserwacji z dużym prawdopodobieństwem może spowodować, że elementy infrastruktury, na której nie są wykonywane czynności przeglądowo-konserwacyjne ulegną poważnej awarii, której usunięcie nie będzie możliwe własnym staraniem, w konsekwencji czego MPK będzie zmuszone wstrzymać na obszarze wystąpienia awarii usługi związane z transportem tramwajowym do czasu rozstrzygnięcia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą lub wyłonienia wykonawcy w postępowaniu dotyczącym usunięcia tej awarii.

Podsumowując Zamawiający, w oparciu o przytoczone argumenty, stwierdził, że niezawarcie umowy w rzeczonyj sprawie spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, a konieczność jego ochrony przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony innych interesów, które mogłyby zostać naruszone, w tym indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Ponadto, w ocenie Zamawiającego zachodzi także druga stanowiąca podstawę do złożenia niniejszego wniosku przesłanka określona w art. 578 ust. 2 pkt. 2 Pzp, tj. uprawdopodobnienie przez Zamawiającego, że odwołanie wniesione przez Odwołującego, jest złożone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Świadczy o tym fakt, że Odwołujący przedłużył termin związania z ofertą złożoną w niniejszym postępowaniu jedynie do dnia 12 lutego 2021 r. Wobec tego Zamawiający obecnie związany jest ofertą jedynie z wykonawcą Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu tj. wykonawcą, którego ofertę Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz przepisy art. 578 ust. 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba wskazuje, że do postępowania w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPzp”. Stosownie, bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wynikał z wniesienia przez wykonawcę MMT IDEA odwołania w dniu 25 stycznia 2021 r. Postępowanie odwoławcze zostało, zatem wszczęte po dniu 31 grudnia 2020 r.

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 ustawy NPzp, Krajowa Izba Odwoławcza może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli:

- 1) 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;
- 2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Podkreślenia wymaga, że możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przez wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577 ustawy NPzp. Jako wyjątek od ww. zasady nie może być interpretowany rozszerzająco. Jak wynika z przywoływanego przepisu, dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 1 NPzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia. Z kolei dla zaistnienia przesłanki

przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 2 Nzp, konieczne jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba doszła do przekonania, że brak jest podstaw do uwzględnienia wniosku Zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

W ocenie Izby, Zamawiający nie podał dostatecznych argumentów pozwalających na zastosowanie przedmiotowej instytucji, nie wykazał, że skutkiem niezawarcia umowy może być uszczerbek dla interesu publicznego na tyle duży, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań Zamawiającego. MPK zwrócił uwagę na wagę zadań z zakresu usług transportowych, a także wskazał, że skutki niezapewnienia konserwacji i utrzymania w pełnej sprawności technicznej sieci trakcyjnej tramwajowej i wyposażenia towarzyszącego. W kontekście powyższego Izba dostrzega, że realizacja przedmiotowego zamówienia leży w interesie publicznym, jednak sama ta okoliczność nie może przesądzać o uchyleniu zakazu zawarcia umowy.

Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający w argumentacji zawartej we wniosku powoływał się na to, iż w zakresie czynności konserwacyjnych sieci trakcyjnej tramwajowej nie posiada wymaganej liczby pracowników ze stosownymi zaświadczeniami kwalifikacyjnymi SEP, jak również nie posiada odpowiedniego sprzętu. Dodał również, że obecnie w celu utrzymania sieci trakcyjnej zawiera krótko terminowe umowy. Zamawiający natomiast nie podał w złożonym wniosku żadnych informacji na temat tego, czy obecnie jest związany jakąkolwiek umową, a jeśli tak, to, kiedy kończy się okres obowiązywania tej umowy. Zaś w sytuacji, gdy okres obowiązywania umowy już upłynął to brak jest wskazania daty jej zakończenia. Powyższe powoduje brak wykazania przez Zamawiającego konkretnych okoliczności związanych z koniecznością zawarcia umowy.

Co istotne, Zamawiający w złożonym wniosku nie podjął nawet jakiegokolwiek próby uprawdopodobnienia, że nie może zawrzeć umowy w trybie niekonkurencyjnym, tak, aby zapewnić sobie ciągłość realizacji ww. usług po upływie okresu obowiązywania umowy. W tej sytuacji należało stwierdzić, że – na chwilę rozpoznawania złożonego wniosku – brak jest podstaw do stwierdzenia, że dojdzie do przerwania ciągłości wykonywania usług w zakresie konserwacji i utrzymania w pełnej sprawności technicznej sieci trakcyjnej tramwajowej i wyposażenia towarzyszącego na terenie miasta Wrocławia.

Niezależnie od powyższego zwrócić uwagę należy, że Zamawiający wszczął postępowanie dopiero w ostatnim kwartale 2020 r. tzn. 23 października 2020 r. Wobec tego

należy wskazać, że Zamawiający, będąc odpowiedzialnym za zorganizowanie postępowania przetargowego, powinien mieć na uwadze czas potrzebny do jego przeprowadzenia, z uwzględnieniem prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. Opóźnienia wynikające z korzystania z ustawowych uprawnień wykonawców są okolicznościami, które można było i należało przewidzieć. Nie mogą one same w sobie stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z wyjątkowej instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Jeśli chodzi o druga z przesłanek zawartych w art. 578 ust. 2 pkt 2 Pzp, którą Zamawiający oparł o okoliczności związane z upływem terminu związania ofertą wykonawcy, wnoszącego odwołanie to Izba prezentuje pogląd, że okoliczności wskazywane przez Zamawiającego nie uprawdopodobniają, iż odwołanie jest wnoszone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Biorąc po uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, nie zostały wykazane przez Zamawiającego w sposób uzasadniający okoliczność, iż przewyższają one korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu, do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 3 i ust. 4 ustawy NPzp, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zd. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....