

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 16 marca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 16 marca 2022 r. w Warszawie wniosku z dnia 15 marca 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez zamawiającego – Województwo Lubuskie - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie czynności z zakresu utrzymania naprawczego wg czwartego poziomu utrzymania (PU4) w pojazdach typu 213Ma — serii SA105-105 i SA105-101”

**postanawia:**

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Województwo Lubuskie – w dniu 115 marca 2022 r. działając na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). (dalej: „ustawa Pzp”) wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie czynności z zakresu utrzymania naprawczego wg czwartego poziomu utrzymania (PU4) w pojazdach typu 213Ma — serii SA105-105 i SA105-101”.

Uzasadniając ww. wniosek Zamawiający wskazał, że Województwo Lubuskie jest właścicielem 20 pojazdów kolejowych z napędem spalinowym, które udostępniane są Spółce POLREGIO do realizacji przewozów objętych umową o świadczenie usług publicznych w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich. Specyfika obszaru województwa lubuskiego, gdzie aż 68% linii kolejowych nie posiada trakcji elektrycznej, wymaga dużego zaangażowania taboru kolejowego napędzanego silnikiem spalinowym. Jak podał

Zamawiający, w ostatnim czasie przewoźnik boryka się z trudnościami związanymi z dostępnością takiego taboru. Na dzień 8 marca 2022 r., z uwagi na konieczność wykonania niezbędnych napraw, w tym powypadkowych oraz przeglądów okresowych, wyłączonych z użytkowania jest 13 pojazdów, co stanowi aż 65% pojazdów udostępnionych do realizacji przewozów na liniach niezelektryfikowanych. W dniu 9 marca 2022 r. kolejny pojazd szynowy został uszkodzony w wyniku najechania na samochód ciężarowy sprawiając, że sytuacja taborowa przewoźnika staje się dramatyczna. Takie warunki implikują odwołania pociągów, które pomimo wprowadzania dla większości pociągów zastępczej komunikacji autobusowej, stanowią istotne utrudnienie dla mieszkańców województwa korzystających z transportu kolejowego w dojazdach m. in. do pracy, szkoły czy jednostek służby zdrowia.

Zamawiający podkreślił, że wspomniane odwołania pociągów skutecznie niszczą dotychczasowe działania Województwa Lubuskiego jako organizatora publicznego transportu zbiorowego, w zakresie zwiększania udziału transportu kolejowego w przemieszczaniu się ludności. Niweczone są starania zmierzające do ograniczenia ruchu samochodów osobowych, zarówno na drogach pozamiejskich, których celem jest ograniczanie wypadków drogowych, jak i w miastach - prowadzące do zmniejszania zatorów drogowych oraz poprawy jakości powietrza i zmniejszenia hałasu. Ogromne nakłady finansowe na funkcjonowanie transportu zbiorowego ponoszone przez Województwo Lubuskie nie przynoszą zakładanego efektu. W bieżącym roku na dofinansowanie połączeń kolejowych zaplanowano ponad 73 mln zł, a w kolejnych latach uwzględniono sukcesywny wzrost nakładów na ten cel aż do ponad 132 mln zł w roku 2030. W związku z odwołaniami pociągów i powiązanych z tym zmianami zestawień składów pociągów Województwo Lubuskie jest ponadto zobligowane do naliczenia kar umownych, które są bardzo dotkliwe dla budżetu przewoźnika. Tylko za IV kwartał 2021 r. naliczono Spółce POLREGIO kary w wysokości blisko 1,2 mln zł, co stanowi ponad 8,2% wypłaconej za ten kwartał rekompensaty.

Mając na uwadze fakt, iż każdy dzień jest niezwykle istotny w skróceniu terminu wykonania napraw i przeglądów pojazdów kolejowych, zdaniem Zamawiającego, uchylenie zakazu zawarcia umowy na wykonanie czynności z zakresu utrzymania naprawczego wg czwartego poziomu utrzymania w pojazdach serii SA105-105 i SA105-101, objętych przedmiotowym postępowaniem, ograniczyłoby negatywne skutki dla interesu publicznego oraz ograniczyłoby zarówno koszty społeczne związane z odwołaniami pociągów, jak i koszty operatora publicznego transportu zbiorowego. Zamawiający zauważył, że istotną kwestią jest również konieczność wzmocnienia oferty przewozowej w związku ze zwiększonymi potokami podróżnych wywołanymi przemieszczaniem się uchodźców z objętej wojną Ukrainy.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem, w stosunku do istnienia generalnego zakazu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego do chwili rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę (art. 577 ustawy Pzp), który ma chronić z jednej strony interesy wykonawców biorących udział w postępowaniu, z drugiej strony także interes zamawiającego (finanse publiczne) poprzez przeprowadzenie przez Izbę kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w kwestionowanym zakresie, skoro już na tym etapie pojawiły się wątpliwości co do poprawności działania zamawiającego, które może potencjalnie doprowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu i tym samym spowodować negatywne konsekwencje dla finansów publicznych. Jako wyjątek, instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy podlega stosowaniu zgodnie z zasadami przewidzianymi dla wyjątków, czyli ściśle i z zachowaniem ostrożności przy ustalaniu możliwości ich zastosowania w danym stanie faktycznym.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy Pzp Izba 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.

Przywołana norma wymaga w pierwszej kolejności ustalenia, czy brak udzielenia zamówienia przed rozpoznaniem przez Izbę odwołania spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. W razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w ustawie Prawo zamówień publicznych, przyjmuje się rozumienie tego pojęcia wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy uznać 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. Wskazane powyżej przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy zamawiający obowiązany jest wykazać w treści złożonego wniosku.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia wniosku Zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Izba dostrzega, że realizacja przedmiotowego zamówienia bez wątplenia leży w interesie publicznym, jednak sama ta okoliczność nie może przesądzać o uchyleniu zakazu zawarcia umowy. W ocenie Izby, argumentacja Zamawiającego nie pozwala na stwierdzenie, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań Zamawiającego.

Ponadto, Zamawiający planując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinien uwzględnić czas na wniesienie środków ochrony prawnej.

Izba uznała, że zawarcie umowy po ogłoszeniu orzeczenia lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze będzie stanowiło ochronę wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z jednoczesnym poszanowaniem interesu publicznego, jakim jest niewątpliwie realizacja przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie wykazał także zaistnienia przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. nie uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 578 ust. 2 ustawy Pzp postanowiła jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 578 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 578 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....