

POSTANOWIENIE
z dnia 15 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza-w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 15 marca 2021 roku w Warszawie wniosku z dnia 12 marca 2021 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Zamawiającego - 42 Bazę Lotnictwa Szkolnego z siedzibą w Radomiu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem „Usługa w zakresie ochrony fizycznej SUFO w kompleksach wojskowych będących na zaopatrzeniu gospodarczym 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego w latach 2021 – 2022” (publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 157-423834 w dniu 9 września 2020 roku)

postanawia:

umorzyć postępowanie z wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, ponieważ dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Uzasadnienie

Zamawiający 42 Baza Lotnictwa Szkolnego w Radomiu wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego którego przedmiotem „Usługa w zakresie ochrony fizycznej SUFO w kompleksach wojskowych będących na zaopatrzeniu gospodarczym 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego w latach 2021 – 2022”, przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Zamawiający podniósł, że odwołanie konsorcjum Solid wpłynęło do siedziby Zamawiającego w piątek dnia 05 marca 2021 r. o godz. 16:04. Natomiast kancelaria jawna Zamawiającego pracuje do godz. 15:30. Odwołanie zostało zarejestrowane przez kancelarię jawną w poniedziałek dnia 08 marca 2021 r, o godz. 8:00, a Zamawiający wyznaczył termin podpisania umowy z konsorcjum Ekspert na dzień 08 marca 2021 r., na godz. 7:30.

W związku z powyższym Zamawiający o godzinie 7:30 nie był świadomy, że podpisuje umowę na świadczenie usługi SUFO w kompleksie wojskowym w m. Olszewnica Stara, m. Borzęcin Duży, niezgodnie z ustawą Pzp. Zamawiający nadmienił, że na części III zamówienia, w związku z przeciągającymi się sprawami odwoławczymi, od dnia 28 grudnia 2020 r., nie był w stanie podpisać umowy.

Według Zamawiającego złożenie odwołania o godzinie 16:05 jest zachowaniem nieetycznym, ponieważ Odwołujący miał świadomość, że Zamawiający nie odczyta tej informacji w terminie, a Wykonawca z którym będzie podpisana umowa, poniesie koszty związane z przystąpieniem do realizacji umowy. Umowa na świadczenie usługi SUFO wiąże się z zatrudnieniem ludzi na umowę o pracę oraz ich wyposażenie w mundury, broń itp. Zamawiający w piśmie o wynikach postępowania poinformował wykonawców, że umowa będzie obowiązywać od dnia podpisania umowy od godziny 8:00, w związku z tym Odwołujący miał świadomość jakie konsekwencje niesie złożenie odwołania o godzinie 16:04.

Ponadto Zamawiający poinformował, że oferta Odwołującego konsorcjum na dzień składania odwołania, nie była zabezpieczona wadium. Zamawiający dokonał jego zwrotu w dniu 04 stycznia 2021 r. po wyborze najkorzystniejszej oferty, ponieważ Wykonawca był trzeci w kolejności. Według opinii Zamawiającego, to Wykonawca powinien utrzymać ważność wadium i ponosić związane z tym koszty.

Zamawiający wskazał, że w dniu 22 stycznia 2021 r. w wyniku wniesionych odwołań odbyła się rozprawa w Krajowej Izbie Odwoławczej, w której uczestniczyło konsorcjum Ekspert (KIO 3466/20. KIO 3468/20). Na posiedzeniu Konsorcjum Ekspert w ramach dowodów, przedstawiło kalkulacje cenowe dotyczące zatrudnienia pracowników i wszelkich poniesionych z tym kosztów. Zamawiający dogłębnie przeanalizował te dowody pod kątem

rażąco niskiej ceny i nie miał wątpliwości co do wyboru powyższej firmy jako najkorzystniejszej cenowo. Zamawiający zaznaczył, że różnica między wybraną ofertą a ofertą konsorcjum Solid za rok 2021 wynosi 17 941,59 zł brutto, a za rok 2022 wynosi 18 233,83 zł.

Zdaniem Zamawiającego argumentem świadczącym o pilnej potrzebie podpisania umowy przez Zamawiającego jest to, że od dnia 01 lutego 2021 r. od godziny 8:00 do dnia 08 marca 2021 r. do godziny 8:00, usługę ochrony świadczyli żołnierze będący na zaopatrzeniu 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego, W związku z zaistniałą sytuacją epidemiologiczną wojsko nie jest w stanie w dalszym ciągu zabezpieczyć służby wartowniczej na danych obiektach tj. Olszewnica / Borzęcin. Jest to wynikiem dużego zaangażowania wojska i żołnierzy w zabezpieczenie szpitali, szkolenia i bieżącego funkcjonowania jednostki oraz wzrostem zachorowań w Jednostkach na COVID-19 i brakiem personelu, Zamawiający nie ma możliwości wystawienia służby wartowniczej ponieważ nie dysponuje kompanią ochrony. Dlatego też Zamawiający wniósł o pozytywne rozpatrzenie wniosku.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Publikacja ogłoszenia o zamówieniu miała miejsce w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 157-423834 w dniu 9 września 2020 roku.

W dniu 23 lutego 2021 roku Zamawiający poinformował o wyborze w zadaniu nr III oferty najkorzystniejszej wykonawców: 1) EKSPERT Security DUO sp. z o.o. – Lider Konsorcjum; (2) EKSPERT Security AT sp. z o.o. (partner); (3) Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Sp. z o.o. (partner); (4) FOSA OCHRONA sp. z o.o. (partner); (5) SILEZJAN SYSTEM SECURITY – Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. (partner); (6) SILEZJAN EKO sp. z o.o. (partner); na kolejnym miejscu w rankingu ofert znalazła się wykonawców (1) Solid Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum) oraz (2) Solid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie.

W dniu 5 marca 2021 roku Konsorcjum Solid złożyło odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla części III zamówienia. Konsorcjum zarzucało Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust 1, w zw. z art. 89 ust 1 pkt 1) pkt 2) i pkt 4) w zw. z art. 7 ust 3 ustawy PZP poprzez uznanie oferty konsorcjum Ekspert za spełniającą wymagania Zamawiającego określone w SIWZ co do wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę; uznanie, że oferta konsorcjum Ekspert nie zawiera rażąco niskiej ceny; zaniechanie wezwania konsorcjum

Ekspert do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny; zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Ekspert, w sytuacji, gdy podmiot ten nie uwzględnił obowiązku zatrudnienia pracowników w oparciu o umowę o pracę.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty Ekspert; . nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wezwanie Ekspert do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, a w przypadku uznania wyjaśnień za nieprawidłowe, niewyczerpujące, nieprzekonujące i pozbawione dowodów jej popierających wykluczenie Ekspert z postępowania (odrzucenie ofert).

Zamawiający oświadczył, że w dniu 8 marca 2021r. o godz. 7.30 zawarł z wybranym Wykonawcą, czyli Konsorcjum Ekspert umowę w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w ramach prowadzonego postępowania.

W aktach sprawy odwoławczej w momencie wydawania niniejszego postanowienia nie ujawniono zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po którejkolwiek ze stron.

W sprawie odwoławczej nie został jeszcze wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron lub rozprawy.

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 postępowanie na skutek złożonego wniosku podlega umorzeniu.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy Pzp2019 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.

Z treści art. 578 ust. 5 ustawy Pzp2019 wynika, że Izba umarza, w formie postanowienia, postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 1, w przypadku:

- 1) ogłoszenia przez Izbę orzeczenia przed rozpoznaniem wniosku,
- 2) cofnięcia wniosku,
- 3) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W ocenie składu rozpoznającego niniejszy wniosek mamy do czynienia ze ziszczeniem się przesłanki wymienionej w pkt 3 przywołanego przepisu, czyli prowadzenie dalszego postępowania wszczętego na skutek złożenia wniosku stało się z innej przyczyny zbędne.

Dostrzeżenia w pierwszej kolejności wymaga, iż zgodnie z art. 577 ustawy Pzp2019 w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Z art. 578 ust. 1 ustawy Pzp2019 wynika, że zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy wykazując zaistnienie ściśle określonych przesłanek. Tymczasem w przedmiotowej sprawie wniosek o uchylenie zakazu złożono po zawarciu umowy przez Zamawiającego z wybranym wykonawcą. We wniosku o uchylenie zakazu bezsprzecznie Zamawiający wskazał, że w dniu 8 marca 2021 roku o godz. 7.30 zawarł umowę o świadczenie usług będących przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą – konsorcjum Ekspert. Powyższą sytuację Zamawiający tłumaczy brakiem świadomości o wniesieniu odwołania w prowadzonym postępowaniu. W ocenie Izby powyższa okoliczność jest irrelevantna dla złożonego wniosku. Odwołanie złożono w ustawowym terminie, natomiast okoliczność, że złożono je po zakończeniu prac kancelarii jawnej Zamawiającego, a ten w następnym dniu roboczym, przed podpisaniem umowy nie sprawdził, czy inni wykonawcy korzystali będą ze środków ochrony prawnej, obciąża Zamawiającego. Wykonawca wnoszący odwołanie ma prawo złożyć je ostatniego dnia ustawowego terminu do godz. 24.00, także przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej. Nie ma również znaczenia, że Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej poinformował, że umowa będzie obowiązywała od godz. 8.00. Obowiązkiem Zamawiającego było upewnić się czy nie łamie on ustawowego zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem postępowania odwoławczego.

Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia najpierw zawarto umowę, następnie dopiero złożono wniosek o uchylenie zakazu jej zawarcia, w ocenie Izby zbędne wydaje się rozpatrywanie czy ziszczyły się przesłanki warunkujące możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy, skoro czynność ta miała już miejsce i została zrealizowana.

Na marginesie tylko, badając przesłanki potencjalnej możliwości uchylecia zakazu zawarcia umowy z wniosku Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, Izba uznała, że wniosek byłby zasadny.

W ocenie Izby wskazane przez wnioskodawcę okoliczności uzasadniają w sposób dostateczny, że brak zawarcia umowy mógłby 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 charakteru zamówienia, wskazał na panującą sytuację epidemiologiczną, co oznacza, że żołnierze będący na zaopatrzeniu Bazy nie są w stanie w dalszym ciągu zabezpieczać służby wartowniczej. Słusznie podniesiono, że mamy do czynienia z zaangażowaniem wojska i żołnierzy w inne czynności, jak zabezpieczanie szpitali, szkolenia, czynności wykonywane w ramach bieżącego funkcjonowania jednostki, czy też wzrost zachorowań w jednostkach na COVID-19, co skutkuje brakami personelu. Jednakże, jak już Izba zauważyła w ramach niniejszego uzasadnienia celem rozpoznania wniosku o uchYLECIE zakazu jest umożliwienie zawarcia umowy realizującej przedmiot zamówienia, a jej realizacja ma uniemożliwić wystąpienie negatywnych skutków dla interesu publicznego. Skoro Zamawiający zawarł umowę przed złożeniem wniosku o uchYLECIE zakazu, takie negatywne konsekwencje dla interesu publicznego nie wystąpią, a konieczne do wykonania czynności w ramach świadczonych usług będą wykonywane na bieżąco.

Reasumując Izba uznała, że wskazywane we wniosku negatywne skutki niezawarcia umowy w przedmiocie zamówienia przewyższałyby 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, jednakże z uwagi na zawarcie umowy przed złożeniem wniosku, postępowanie w sprawie należało umorzyć.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 578 ust. 5 ustawy Pzp2019 postanowiła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 578 ust. 4 zdanie 2 ustawy Pzp2019 na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: