

POSTANOWIENIE
z dnia 25 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym **25 sierpnia 2021 r.** w Warszawie wniosku z **20 sierpnia 2021 r.** o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze

wniesionego przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Dowództwo Operacyjne Rodzajów Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług w zakresie rezerwacji, sprzedaży i dostawy do siedziby zamawiającego biletów lotniczych, kolejowych, autobusowych i promowych na służbowe podróże zagraniczne* (nr postępowania 13/2021/DO RS)

postanawia:

Odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Uzasadnienie

Dowództwo Operacyjne Rodzajów Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Dowództwo” lub „Zamawiający”} umotywoowało swój w wniosek powołując się na następujące okoliczności faktyczne.

31 sierpnia 2021 r. wygasa dotychczasowa umowa na świadczenie usług w zakresie rezerwacji, sprzedaży i dostawy do siedziby Zamawiającego biletów lotniczych, kolejowych, autobusowych i promowych.

Dowództwo Operacyjne Rodzajów Sił Zbrojnych jest jednym z dwóch kluczowych dowództw funkcjonujących w polskich Siłach Zbrojnych. Jest głównym organem odpowiedzialnym za dowodzenie operacyjne Siłami Zbrojnymi RP. Odpowiada za planowanie i dowodzenie wojskami i przydzielonymi elementami pozamilitarnymi w operacjach połączonych, misjach pokojowych, ratowniczych i humanitarnych

oraz działaniach prowadzonych w celu zapobiegania aktom terroru, lub usuwania ich skutków, a także siłami wydzielonymi do wsparcia administracji rządowej i samorządowej w przypadku wystąpienia niemilitarnych sytuacji kryzysowych. Dowodzi polskimi kontyngentami wojskowymi poza granicami państwa.

Realizacja tych kompetencji i specyfika zadań Dowództwa powoduje konieczność odbywania częstych zagranicznych podróży służbowych przez personel, który bierze udział w uzgodnieniach dotyczących obronności państwa, negocjuje porozumienia międzynarodowe z przedstawicielami armii sojuszniczych, zabezpiecza funkcjonowanie polskich kontyngentów wojskowych poza granicami państwa, a także uczestniczy w spotkaniach i konferencjach NATO i Unii Europejskiej, musi mieć zapewnioną nieprzerwaną możliwość współpracy z podmiotem świadczącym usługi w zakresie rezerwacji, sprzedaży i dostawy biletów lotniczych, kolejowych, autobusowych i promowych.

W tych okolicznościach Zamawiający podniósł, że w konsekwencji utrudnień związanych z brakiem umowy na organizację zagranicznych podróży służbowych (*de facto* brakiem możliwości zakupu biletów na podróż), uczestnik ze strony polskiej może nie dotrzeć na spotkanie, co skutkować może niekorzystnymi ustaleniami dla interesu Państwa.

Stąd według Zamawiającego zaprzestanie ciągłości świadczenia na jego rzecz usług w zakresie rezerwacji, sprzedaży i dostawy do jego siedziby biletów lotniczych, kolejowych, autobusowych i promowych uniemożliwi organizowanie zagranicznych podróży służbowych, co spowoduje dotkliwe skutki dla interesu publicznego.

Zamawiający podsumował, że w tym stanie rzeczy skutki dla Państwa, jego bezpieczeństwa i obronności, jakie wiązać się będą z faktem niezawarcia umowy w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, niewątpliwie przewyższają ewentualną szkodę dla wykonawcy mogącego pozyskać to zamówienie i potrzebę ochrony jego interesów.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) {dalej: „ustawa pzp” lub „pzp”}.

Art. 577 pzp stanowi, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zgodnie natomiast z art. 578 ust. 2 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.

Podkreślić należy, że wystarczające jest wystąpienie jednej z powyższych przesłanek, z których druga stanowi novum w stosunku do poprzedniej ustawy z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), która w art. 183 ust. 2 pzp przewidywała jako podstawę do uchylecia zakazu zawarcia umowy tylko okoliczności opisane aktualnie w ramach przesłanki pierwszej.

Rozpoznawany wniosek ogranicza się do wskazywania na zaistnienie przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 pzp.

Z treści art. 578 ust. 2 pkt 1 pzp wynika, że uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze jest możliwe w przypadku kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek: 1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 2) skutki te przewyższyłyby 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.

Pomimo wagi, jaką posiada zabezpieczenie interesów prywatnych, ustawodawca przewidział przypadki, w których interes publiczny zostanie postawiony wyżej, gdyż ryzyko ewentualnego naruszenia interesu prywatnego zostanie skompensowane przez uniknięcie strat spowodowanych odkładaniem zawarcia umowy i realizacji zamówienia publicznego. Dopuszczalność wprowadzenia takiego rozwiązania w polskim porządku prawnym wynika z art. 2 ust. 5 dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) (Dz. U. L 395 z 30.12.1989, s. 33), zgodnie z którym państwa członkowskie mogą przewidzieć, że organ odpowiedzialny za procedury odwoławcze może wziąć pod uwagę prawdopodobne konsekwencje zastosowania środków tymczasowych do wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, a także dla interesu publicznego, i może podjąć decyzję o niestosowaniu takich środków, jeżeli ich negatywne konsekwencje mogłyby przewyższyć płynące stąd korzyści.

Pojęcie „interesu publicznego” nie ma charakteru jednolitego i stałego. Jego treść powinna być ustalana i konkretyzowana w każdym przypadku na nowo, w zależności od potrzeb, wymagań i charakteru sprawy. Niemniej jednak interes publiczny zawsze dotyczy pewnego ogółu, nieokreślonej liczby osób, nie odnosi się natomiast do interesu jednostkowego czy też określonej grupy. Z jego naruszeniem mamy zatem do czynienia w przypadku, gdy skutki określonych działań będą miały powszechny charakter.

W Konstytucji RP zagadnienie interesu publicznego ujęte jest w kilku zakresach. Począwszy od najpełniejszego, znajdującego odzwierciedlenie w art. 1, który wspomina o Rzeczypospolitej jako wspólnym dobru wszystkich obywateli, poprzez inne ogólne ujęcia wskazane w art. 17 czy art. 22, aż do bardziej szczegółowego określenia już konkretnych jego przejawów w art. 31 ust. 3. Poza Konstytucją interes publiczny jest wymieniony w ponad pięciuset aktach prawnych.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W ocenie Trybunału właśnie w tym przepisie wymienia się te wartości, które ów interes publiczny uosabiają. Ogólnie rzecz ujmując, można przyjąć, że mówiąc o działaniu w imię jakiegoś dobra ponadindywidualnego (tj. w interesie publicznym, społecznym), zakłada się ujęcie go w postaci co najmniej jednej z sześciu wartości: bezpieczeństwa prawnego, porządku publicznego, ochrony środowiska, ochrony zdrowia publicznego, ochrony moralności publicznej, wolności i praw innych osób.

W konsekwencji, aby możliwe było uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, niezbędne jest wykazanie możliwości zaistnienia negatywnych konsekwencji niezawarcia umowy przynajmniej w odniesieniu do jednej ze wskazanych powyżej wartości.

Jednakże, jak trafnie wywiedziono w uzasadnieniu wyroku z 21 czerwca 2001 r. sygn. akt V SA 3718/00 Naczelny Sąd Administracyjny: *Należy przypomnieć, że w państwie prawa nie ma miejsca dla mechanicznej i sztywno pojmowanej zasady nadrzędności interesu społecznego nad interesem indywidualnym. Oznacza to, że w każdym wypadku organ orzekający ma obowiązek wskazać, o jaki interes ogólny chodzi, i udowodnić, że jest on tak ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień indywidualnych obywatela. Zarówno wykazanie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym wypadku interesu społecznego nad indywidualny, podlegać muszą wnikliwej kontroli instancyjnej i sądowej, szczególnie*

wówczas, gdy w ocenie organu w interesie społecznym leży ograniczenie praw obywatela określonych w Konstytucji RP.

Interes publiczny, na który powołał się Zamawiający, dotyczy bezpieczeństwa i obronności.

O ile nie ma wątpliwości, że ustrojowo Dowództwo Operacyjne Rodzajów Sił Zbrojnych ma kompetencje i zadania w sferze bezpieczeństwa i obronności, o tyle okoliczności opisane we wniosku nie pozwalają na stwierdzenie, że w ogóle wystąpi w tej sferze jakikolwiek uszczerbek. Dość szczegółowe opisanie kompetencji Dowództwa kontrastuje z brakiem jakikolwiek konkretnych informacji na temat przewidywanych w najbliższym okresie podróży zagranicznych w związku ze spotkaniami, które – jak należy przypuszczać – co do zasady są planowane z wyprzedzeniem.

Przy czym zauważyć należy, że wiedząc o kończącej się umowie Zamawiający powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać rezerwacji i zakupu biletów niezbędnych dla dotarcia na zaplanowane w najbliższych tygodniach czy miesiącach spotkania.

W konsekwencji problem ograniczałby się wyłącznie do podróży, których nawet przy dołożeniu należytej staranności nie można było z góry zaplanować. Jednak Zamawiający na podstawie dotychczasowej praktyki mógł oszacować i powinien podać na potrzeby tego wniosku, ile takich sytuacji może wystąpić.

Natomiast brak jakichkolwiek konkretnych informacji w powyższym zakresie uniemożliwia dokonanie oceny zagrożenia dla bezpieczeństwa i obronności, jakie może wyniknąć z braku uczestnictwa przedstawicieli Dowództwa w bliżej niesprecyzowanych spotkaniach.

Reasumując ten wątek rozważań, sama ranga zadań i kompetencji Dowództwa w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności nie stanowi wystarczającej podstawy faktycznej dla ustalenia, że istnieje duże prawdopodobieństwo wystąpienia w tej sferze uszczerbku, a tym bardziej takiego, który godzi w interes publiczny.

Przede wszystkim i niezależnie od powyższego okoliczność, że dotychczasowa umowa przestanie obowiązywać 30 sierpnia 2021 r. nie jest wystarczająca dla ustalenia przez Izbę, że po tej dacie Zamawiający pozbawiony zostanie możliwości wysyłania personelu w zagraniczne podróże służbowe. Zamawiający nie podjął bowiem nawet próby uprawdopodobnienia, że nie może zawrzeć umowy w trybie niekonkurencyjnym, tak aby zapewnić sobie ciągłość realizacji usługi pośrednictwa w zakresie rezerwacji i nabywania

biletów lotniczych, kolejowych, autobusowych i promowych do czasu zawarcia umowy w wyniku rozstrzygnięcia przetargu, w którym wniesione zostało odwołanie.

Również od strony faktycznej trudno sobie wyobrazić, aby Dowództwo jako organ administracji państwowej, który z pewnością dysponuje również personelem odpowiedzialnym za czynności obsługowe, nie był w stanie przez jakiś czas we własnym zakresie rezerwować i nabywać bilety dla odbycia przez delegowanych żołnierzy zagranicznych podróży służbowych.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał nawet, że niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

Niezależnie od tego w kontekście drugiej przesłanki Zamawiający ograniczył się do wyrażenia oceny, że w opisanych przez niego we wniosku okolicznościach negatywne skutki dla interesu publicznego niewątpliwie przeważają nad negatywnymi skutkami dla interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Z uwagi na powyższe, Izba – działając na podstawie art. 578 ust. 4 zd. 1 pzp – postanowiła, jak w sentencji.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zd. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.