

Sygn. akt: KIO/W 16/18

POSTANOWIENIE

z dnia 1 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Jolanta Markowska

Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 1 października 2018 r. w Warszawie wniosku z dnia 26 września 2018 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie Usługi Manualnego Poboru Opłaty za Przejazd i Usługi Utrzymania MSPO na odcinku autostrady:A2 Konin-Stryków oraz A4 Wrocław-Sośnica”, dla części I postępowania

postanawia:

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

Uzasadnienie

I. Zamawiający, Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego (dalej: Zamawiający), na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych), w dniu 26 września 2018 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, z wybranym wykonawcą - Intertoll Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku (dalej: Intertoll), w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie Usługi Manualnego Poboru Opłaty za Przejazd i Usługi Utrzymania MSPO na odcinku autostrady: A2 Konin-Stryków oraz A4 Wrocław-Sośnica”, do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w sprawie odwołania, wniesionego w dniu 20 września 2018 r. – przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kapsch Road Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Egis Projects Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Konsorcjum Kapsch).

Wniosek dotyczy I części postępowania – tj. części, której przedmiotem jest świadczenie Usługi Manualnego Poboru Opłaty za Przejazd i Usługi Utrzymania MSPO na odcinku autostrady: A2 Konin—Stryków.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2018 r. wniosek Zamawiającego został skierowany do rozpoznania przez skład orzekający.

Zamawiający podał w uzasadnieniu wniosku, że wartość zamówienia „dla części I wyniosła brutto 55 702 161,68 zł”, a kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi w ramach zamówienia podstawowego:

- a) w zakresie I części przedmiotu zamówienia podstawowego 55 670 000 zł brutto,
 - b) w zakresie I części przedmiotu zamówienia w ramach prawa opcji 330 000 zł brutto
- tj. łącznie 56 000 000 zł brutto

W postępowaniu na wykonanie części I zamówienia zostały złożone dwie oferty :

- 1) oferta Konsorcjum Kapsch z ceną 77 285 481,75 zł;
- 2) oferta Intertoll Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku z ceną 55 389 853,82 zł.

Dalej Zamawiający podał, że w dniu 10 września 2018 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - za ofertę najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez Intertoll. Oferta ta w ocenie Zamawiającego spełnia wszelkie wymagania specyfikacji istotnych warunków

zamówienia oraz uzyskała najwyższą ilość punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Zamawiający podnosił, że cena oferty mieści się w budżecie Zamawiającego, i wskazywał, że jest zbliżona do kwoty szacowanej przez Zamawiającego przed wszczęciem Postępowania. Z kolei cena oferty złożonej przez Konsorcjum Kapsch jest znaczenie wyższa i wykracza poza możliwości finansowe Zamawiającego. W konsekwencji Zamawiający zauważał, że Konsorcjum Kapsch nie ma realnej możliwości uzyskania zamówienia ze względu na to, że Zamawiający nie dysponuje środkami finansowymi w takiej wysokości jak określa oferta tego wykonawcy, a Zamawiający nie może tej kwoty zwiększyć. Zamawiający wskazywał, że nawet przy założeniu, że oferta Konsorcjum Kapsch zostanie w postępowaniu wybrana jako najkorzystniejsza, to i tak postępowanie będzie musiało zostać w części I unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych (bowiem cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia).

Zamawiający konstatował, że odwołanie wniesione przez Konsorcjum Kapsch w dniu 20 września 2018 r. w istocie ma na celu unieważnienie postępowania, a jedynym jego celem jest uniemożliwienie uzyskania zamówienia przez konkurencyjnego wykonawcę. Zdaniem Zamawiającego, w takich okolicznościach z uwagi na przeważający interes publiczny, szeroko pojęty interes Odwołującego nie powinien w tym przypadku korzystać z ochrony, gdyż grozi to wielomilionowymi stratami dla budżetu państwa oraz może w konsekwencji wpływać negatywnie na bezpieczeństwo kierowców korzystających z autostrady A2.

Zamawiający podał, że bez udzielenia zamówienia (zawarcia umowy) najpóźniej w dniu 1 października 2018 r. nie będzie możliwe świadczenie Usługi Manualnego Poboru Opłat za Przejazd oraz Usługi Utrzymania MSPO na odcinku A2 Konin-Stryków. Wyjaśniał, że wykonawca, który dokona przejęcia świadczenia Usług MSPO, musi mieć odpowiedni czas na przygotowanie się do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazywał, że umowa dotychczasowa - obecnie jeszcze obowiązująca — na świadczenie usługi MSPO wygasa z końcem dnia 2 listopada 2018 r. Od dnia 3 listopada 2018 r. usługi związane z manualnym poborem Opłaty za Przejazd od Pojazdów Lekkich musi już świadczyć inny podmiot, Zamawiający oświadczył, że po wnikliwej analizie przeprowadzonej na etapie przygotowania Postępowania ustalił, że absolutnie najkrótszy termin, którym musi dysponować wykonawca aby przygotować się do przejęcia to 33 dni. Termin 33 dni wynika przede wszystkim ze skomplikowanego i specjalistycznego charakteru przedmiotu zamówienia. Na MSPO składa się wiele elementów, w tym nieruchomości niezbędne do obsługi MSPO. Doświadczenie w zakresie realizacji usług związanych z poborem opłaty za przejazd i utrzymaniem MSPO wskazują, że okres 33 dni wynikający z części IV SIWZ 1PIJ, jest minimalnym okresem w którym przejęcie wszystkich Elementów MSPO jest możliwe, tak aby

zachować płynność poboru opłat w pełnej funkcjonalności. Pobór opłaty za przejazd w systemie manualnym odbywa się na Miejscach Poboru Opłat (MPO) zlokalizowanych w ciągu ww. odcinka autostrady A2 lub na łącznicach węzłów autostrady A2. Zamawiający wymienił elementy, składające się na MPO, które Wykonawca przedmiotowej umowy przejmie w użytkowanie. Dalej Zamawiający wyjaśniał, że z uwagi na niepoddający się standaryzacji charakter usług związanych z obsługą MSPO, zapewnienie tego minimalnego okresu, niezbędnego do dokonania przejścia MSPO w ramach umowy na „Świadczenie Usługi Manualnego Poboru Opłaty za Przejazd oraz Usługi Utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłaty na odcinku autostrady A2 Konin-Stryków”, jest rozwiązaniem niezbędnym, a przede wszystkim zmniejszającym zagrożenie zakłócenia płynności poboru opłat, czy całkowitego wstrzymania poboru opłat z uwagi na niezapewnienie podstawowych funkcji MPO, niezbędnych do realizacji Usługi Manualnego Poboru Opłaty za Przejazd. A contrario, im mniejszy okres przeznaczony dla wykonawcy na Przejście MSPO, tym większe ryzyko ograniczenia funkcjonalności istniejącego systemu służącego do poboru opłat. Okres przygotowawczy ma również wpływ na bezpieczeństwo uczestników ruchu, gdyż niewłaściwe wykonywanie obowiązków bez wątplenia może spowodować zagrożenia. Jedynie tytułem przykładu, można wskazać, że niewłaściwe, pośpieszne, przygotowanie personelu pobierającego opłaty (wykonawca musi zatrudnić odpowiednią liczbę osób) może spowodować zatory na bramkach oraz wypadki drogowe w strefie opłat. Między innymi dlatego właśnie stosowana od lat polityka państwa nakazuje ze względów bezpieczeństwa otwieranie bramek w przypadku zbyt dużego natężenia ruchu. Nadto Zamawiający wymienił czynności przygotowawcze, jakie będzie zobowiązany wykonać wykonawca w ramach przejścia MSPO, równocześnie stwierdzając, że przygotowanie się do powyższych czynności wymaga bez wątplenia czasu. Przewidziany przez Zamawiającego okres 33 dni jest obiektywnie bardzo krótki, jednocześnie jest konieczny i wystarczający, biorąc pod uwagę możliwości wykonawców. Zamawiający zauważał, że termin 33 dni na Przejście MSPO wynika z § 28 ust. 3 pkt. 9 istotnych postanowień umowy, stanowiących załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający podniósł, że przewidział zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie terminu Przejścia MSPO oraz terminu rozpoczęcia świadczenia Usługi Manualnego Poboru Opłaty za Przejazd oraz Usługi Utrzymania MSPO w przypadku, gdy w postępowaniu miałyby nie dojść do wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy w terminie do dnia 1 października 2018 r. W takiej sytuacji Zamawiający przewidział opóźnienie terminu rozpoczęcia przez wykonawcę świadczenia usług (opóźnienie w stosunku do dnia 3 listopada 2018 r.) o liczbę dni kalendarzowych, następujących po 1 października, aż do dnia zawarcia umowy. Innymi słowy, dla skutecznego Przejścia MSPO przyjęto, że niezbędny jest okres przynajmniej 33 dni (liczony jako suma dni następujących

między 1 października 2018 r. a 3 listopada 2018 r.), które wybrany wykonawca musi mieć zagwarantowane na zaznajomienie się z systemem i nauczania się jego obsługi.

Zamawiający podkreślał, że niezawarcie umowy najpóźniej dnia 1 października 2018 r. spowoduje znaczne straty finansowe dla budżetu państwa i wpłynie na bezpieczeństwo użytkowników A2. Zamawiający wskazywał znaczenie dla finansów Rzeczypospolitej Polskiej konieczności zapewnienia ciągłości usługi manualnego poboru opłat w zakresie części I postępowania po dniu 2 listopada 2018 r. Odwoływał się do danych zawartych w raportach miesięcznych z obecnie świadczonej usługi MSPO tj. Krajowy System Poboru Opłat - Raport Miesięczny, Okres sprawozdawczy: 2018.03 (Nr. Dok. 40700200376, wersja: 01) oraz Krajowy System Poboru Opłat — Raport Miesięczny, Okres sprawozdawczy: 2018.08 (Nr. Dok. 40700200391, wersja: 01). Bazując na danych przedstawionych w przywołanych dokumentach, kwota przekazana do Krajowego Funduszu Drogowego w marcu 2018 r. (stan na 29.03.2018 r.) z tytułu opłat na manualnym odcinku autostrady A2, a więc w zakresie części I Postępowania, wyniosła 4 387 522,43 zł. Natomiast w sierpniu 2018 r. (stan na 31.08.2018 r.) do KFD przekazano z tego samego odcinka autostrady kwotę 6 186 841,04 zł. Jak wynika z przywołanych danych, kwoty przekazywane do Krajowego Funduszu Drogowego z tytułu manualnego poboru opłat na odcinku autostrady A2 są zmienne, jednakże w sięgają one kilku milionów złotych miesięcznie. Tym samym, gdyby GITD nie zapewniła ciągłości usługi poboru opłat w zakresie części I Postępowania po dniu 2 listopada 2018 r. Rzeczpospolita Polska traciłaby każdego miesiąca wpływy o istotnym znaczeniu dla polityki fiskalnej państwa sięgające kilkuset tysięcy złotych dziennie. Innymi słowy, nawet jeden dzień opóźnienia w zawarciu umowy w założonym terminie 1 października 2018 r. oznacza stratę która może przekroczyć 200 000 zł,

Ponadto Zamawiający podnosił, że Krajowy Fundusz Drogowy gromadzi środki finansowe na budowę i przebudowę dróg krajowych, zatem znaczne zmniejszenie tych środków na skutek zakłócenia poboru opłat może też wpłynąć na bezpieczeństwo kierowców, gdyż uniemożliwi realizację budowy czy przebudowy (w tym niebezpiecznych lub wymagających przebudowy odcinków) dróg krajowych.

W konsekwencji Zamawiający stwierdzał, że brak zapewnienia ciągłości poboru opłat zagraża interesowi ekonomicznemu Państwa oraz wpływa na bezpieczeństwo użytkowników autostrad, gdyż uniemożliwi lub ograniczy realizację zaplanowanych inwestycji infrastrukturalnych polegających na budowie czy przebudowie dróg krajowych w tym autostrady A2. Środki na w/w cel pochodzą bowiem z Krajowego Funduszu Drogowego, który pozyskuje środki między innymi z MSPO. Zatem zaprzestanie wpływu środków może wpłynąć na pogorszenie utrzymania dróg krajowych i w konsekwencji na bezpieczeństwo kierowców.

Manualny system poboru opłat obejmuje autostrady A2 i A4 zarządzane przez Państwo. System ten i usługi poboru opłat oraz utrzymania systemu są częścią kluczowej infrastruktury drogowej w Polsce. Opłaty wnoszone przez kierowców stanowią znaczny dochód Krajowego Funduszu Drogowego a zatem budżetu państwa. Krajowy Fundusz Drogowy gromadzi środki finansowe na budowę i przebudowę dróg krajowych . Zatem ponownie podkreślamy, że znaczne zmniejszenie tych środków na skutek zakłócenia poboru opłat może wpłynąć zarówno na bezpieczeństwo fiskalne państwa, jak również na bezpieczeństwo kierowców, gdyż uniemożliwi lub ograniczy realizację zaplanowanych inwestycji infrastrukturalnych polegających na budowie czy przebudowie dróg krajowych.

Następnie w uzasadnieniu wniosku Zamawiający podnosił, że w okolicznościach sprawy, ewentualne naruszenie interesu ogólnego, w tym interesu Odwołującego ma charakter jedynie hipotetyczny. W dalszej kolejności analizował odwołanie wniesione w dniu 20 września 2018 r. przez Konsorcjum Kapsch.

Ostatecznie Zamawiający dochodził do wniosku, że skutki niezawarcia umowy w dniu 1 października 2018 r. mają rozmiar i doniosłość pozwalające przedłożyć je ponad prawo Odwołującego do ochrony swojego interesu w uzyskaniu zamówienia, również dlatego, że Odwołujący w okolicznościach stanu faktycznego uzyskać go nie może.

Podsumowując, Zamawiający stwierdzał, że jedynym sposobem na zapewnienie skutecznego przejścia przez Intertoll obsługi MSPO od dnia 3 listopada 2018 r. i tym samym ciągłości poboru opłat jest zawarcie z tym wykonawcą umowy, najpóźniej w dniu 1 października 2018 r. Każdy kolejny dzień opóźnienia oznacza straty dla budżetu państwa znacznej wartości. Jak już bowiem zostało wykazane, wykonawca potrzebuje minimum 33 dni na przygotowanie się do świadczenia usługi co zostało zagwarantowane w istotnych postanowieniach umowy. W przypadku gdy umowa nie zostanie zawarta w dniu 1 października 2018 r. Zamawiający będzie zmuszony - co już wykazał - zmienić termin rozpoczęcia wykonywania usług o liczbę dni pomiędzy 1 października 2018 r. a dniem podpisania umowy, gdyż tylko w ten sposób można zapewnić bezpieczne i należyte wykonywanie obowiązków przez wykonawcę. W tym okresie opłata nie będzie pobierana. Zamawiający przy tym nie może postąpić inaczej, gdyż żaden wykonawca nie weźmie na siebie odpowiedzialności za prawidłowe funkcjonowanie MSPO nie mając czasu na wcześniejsze przygotowanie się do świadczenia usług związanych między innymi z bezpieczeństwem w ruchu drogowym na autostradzie, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że za nienależyte wykonanie umowy przewidziano kary umowne o znacznej wysokości; przykładowo 30 % wynagrodzenia za niewykonanie Przejęcia MSPO w terminie, 10 % wynagrodzenia za nienależyte Przejęcie MSPO (S 24 ust. 12, 13 IPU). Co więcej, Zamawiający stwierdzał, że dla bezpieczeństwa użytkowników dróg 33 dniowy okres przygotowawczy jest całkowicie niezbędny.

II. Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 183 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, 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 Prawa zamówień publicznych, 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.

Trzeba zauważyć, że Izba, rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu; wydanie ewentualnej zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy nie ma charakteru „przedsądu”. 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 Prawa zamówień publicznych). Zgodnie z przytoczonymi wyżej przepisami, w toku posiedzenia niejawnego, Izba bada przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy na wniosek zamawiającego, tj. bada, czy niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego i czy negatywne skutki niezawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego.

Badając przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy z wniosku Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, Izba uznała, że wniosek Zamawiającego jest zasadny.

W ocenie składu orzekającego, w okolicznościach niniejszej sprawy, trzeba uznać prymat interesu publicznego nad innymi interesami, w tym – interesu Konsorcjum Kapsch, które wniosło odwołanie. Wobec oświadczeń Zamawiającego zawartych w uzasadnieniu wniosku, pilność zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest niewątpliwa, a każdy dzień zwłoki wiąże się z negatywnymi konsekwencjami dla Skarbu Państwa.

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego oraz z treści przedłożonych przy wniosku dokumentów, przedmiotowe zamówienie dotyczy zadania realizowanego w ważnym celu i ważnym interesie publicznym. Zamawiający we wniosku podkreśla interes ekonomiczny w pilnym zawarciu umowy, i choć interes ekonomiczny nie może być utożsamiany z interesem publicznym, to – ze względu na przedmiot zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – może się w nim mieścić. Konsekwencją zamówienia (nawet, jeśli pośrednią)

jest bowiem zapewnienie bezpieczeństwa kierowców. W konsekwencji, 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.

Zamawiający wykazał w złożonym wniosku obiektywne okoliczności, wynikające z przepisów prawa i podjętych przez niego czynności, których nie można było dokonać wcześniej, i które uzasadniają konieczność niezwłocznego udzielenia przedmiotowego zamówienia. Reasumując, Zamawiający wykazał, że brak możliwości podpisania umowy z wybranym wykonawcą w ustalonym terminie 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. Indywidualny interes wykonawcy, który wniósł odwołanie, ma w okolicznościach tej sprawy znacznie niższą wagę i nie uzasadnia oddalenia wniosku Zamawiającego. 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 Prawa zamówień publicznych.

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

Zamawiający wniósł o wydanie postanowienia o uchylenie zakazu zawarcia umowy do dnia 28 września 2018 r. Izba wydała wniosek w pierwszym możliwym terminie. Zamawiający składając wniosek, musi założyć, że wydanie postanowienia wraz ze sporządzeniem uzasadnienia zajmie co najmniej jeden dzień roboczy, nie więcej, niż 5 dni, zgodnie z instrukcyjnym terminem, wynikającym z art. 183 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. W postępowaniu o udzielenie zamówienia w dniu 20 września 2018 r. zostało wniesione odwołanie, i termin posiedzenia został wyznaczony na 2 października 2018 r. (tj. w 12 dniu od złożenia odwołania). Tymczasem Zamawiający złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy dopiero w dniu 26 września 2018 r.

Stosownie do art. 183 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

.....

.....