

Sygn. akt KIO/W 28/21

POSTANOWIENIE
z dnia 29 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel – Kowalczyk

Członkowie: Klaudia Szczytowska – Maziarz

Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 29 marca 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 23 marca 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Skarb Państwa – 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę sprzątnięcia zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych, nr sprawy: INFR/574/2020, Zadanie nr 1, 4, 5 i 7.

postanawia:

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy
do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia
kończącego postępowanie odwoławcze.**

Uzasadnienie

Skarb Państwa – 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej: „Zamawiającym” 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.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego na usługę sprzątnięcia zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych, nr sprawy: INFR/574/2020, Zadanie nr 1, 4, 5 i 7.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 9 września 2020 r. nr 2020/S 175-422880.

W dniu 23 marca 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 1 marca 2021 r. odwołania przez wykonawcę S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Odwołujący).

Zamawiający wskazał, że aktualnie zabezpieczenie ciągłości w świadczeniu usługi sprzątnia ma miejsce na podstawie umowy z 31 grudnia 2020 r., zawartej w trybie z wolnej ręki, której stroną jest Odwołujący. Zamawiający wskazał, że „Odwołujący nie jest stroną nowego przetargowego kontraktu zaś różnica miesięczna ryczału wynosi 85 989,91 złotych (...) pomiędzy miesiącem grudniem 2020 a styczniem 2021. Fakt ten (pozbawienie przychodów w niezbyt odległym horyzoncie czasowym) w zestawieniu z oczywistą bezzasadnością wniesionego odwołania oraz czasem niezbędnym na jego prawomocne rozpoznanie wyczerpuje, w ocenie Zamawiającego, przesłanki enumeratywnie wymienione w petitum pisma przepisie”.

W ocenie Zamawiającego, wskazana wyżej różnica w zakresie miesięcznego ryczału uprawdopodobnia fakt, że jedynym powodem złożenia odwołania jest opóźnienie podpisania nowej umowy i zachowanie przez Odwołującego realnego wpływu na generowane z kontraktu przychody. Okoliczność ta, w ocenie Zamawiającego, w zestawieniu z powinnością zabezpieczenia dobra prawnie chronionego jakim jest reżim i dyscyplina finansów publicznych, będąca statutowym obowiązkiem Zamawiającego, przemawiają zdaniem Zamawiającego za uchyleniem zakazu zawarcia umowy w tym 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.

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 „nową ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do art. 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 odwołania w dniu 1 marca 2021 r. Postępowanie odwoławcze zostało zatem wszczęte po dniu 31 grudnia 2020 r.

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 nowej ustawy Pzp, 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.

Możliwość uchylecia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest zatem wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577 nowej ustawy Pzp, wobec czego nie może być interpretowany rozszerzająco. Jak wynika z tego przepisu, dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 1 nowej ustawy Pzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylecia 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 nowej ustawy Pzp, konieczne jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w swojej argumentacji przedstawionej we wniosku nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek, o której mowa w art. 578 ust. 2 nowej ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego wniesione odwołanie służy tylko opóźnieniu podpisania umowy o zamówienie publiczne i chęci jak najdłuższego czerpania przez Odwołującego zysku z aktualnie realizowanej umowy zawartej w trybie z wolnej ręki. Ponadto Zamawiający powołuje się na kwestie związane z „zabezpieczeniem dobra prawnie chronionego jakim jest reżim i dyscyplina finansów publicznych”.

Odnosząc się do treści wniosku, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie tej konkretnej umowy z wybranym wykonawcą może wywołać lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu, który przewyższałby inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu prywatnego. W treści wniosku brak jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie. Natomiast lakoniczne twierdzenie, zgodnie z którym obowiązkiem statutowym Zamawiającego jest ochrona dobra prawnie chronionego w postaci reżimu i dyscypliny finansów publicznych, a także subiektywne przekonanie

Zamawiającego o chęci jak najdłuższego czerpania przez Odwołującego zysku z aktualnie realizowanej umowy zawartej w trybie z wolnej ręki, nie mogą zostać uznane za argumenty wystarczające dla zastosowania tej wyjątkowej instytucji jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający realizuje aktualnie usługi sprzątnia na podstawie umowy z 31 grudnia 2020 r.

Niezależnie od powyższego należało 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. Izba wskazuje, że tego rodzaju sytuacja, w której wykonawcy korzystają z przysługujących im środków ochrony prawnej nie jest czymś nadzwyczajnym w procesie udzielenia zamówienia publicznego, a tym samym nie może przesądzać o tym, że kolejne odwołanie jest wnoszone przez wykonawcę jedynie w celu uniemożliwienia zamawiającemu zawarcia umowy.

Biorąc pod 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 nowej ustawy Pzp, 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:

Członkowie:

.....