

**Sygn. akt: KIO/W 110/20**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 17 grudnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 17 grudnia 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 14 grudnia 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego: Uniwersytet Śląski w Katowicach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Sukcesywna dostawa notebooków*”

**postanawia:**

- uchylić zakaz zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze -**

**UZASADNIENIE**

Zamawiający – Uniwersytet Śląski w Katowicach wystąpił w dniu 14 grudnia 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Sukcesywna dostawa notebooków*”.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, że wykonawca nie posiada interesu w złożeniu odwołania, a zatem nie zachodzi żadne prawdopodobieństwo doznania jakiegokolwiek uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy. uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w

uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów tej ustawy. Należy na wstępie wyraźnie podkreślić, iż w okolicznościach omawianej sprawy Odwołujący nie doznał żadnego uszczerbku wywołanego czynnościami Zamawiającego, ponieważ uzyskał zamówienie publiczne. W tym kontekście środek ochrony prawnej, który ma zabezpieczać Odwołującego przed negatywnymi skutkami udzielenia mu zamówienia (o które przecież usilnie zabiegał składając, ofertę) jawi się postronnemu obserwatorowi jako działanie co najmniej groteskowe. Czynność Odwołującego to zapewne wynik chłodnej kalkulacji obliczonej na „wyswobodzenie się” z przyszłego wężła obligacyjnego, bez poniesienia konsekwencji w postaci utraty wadium na podstawie przepisu art. 46 ust. 5 pkt, 1 ustawy Pzp). Nie jest to pierwsza tego typu pozorowana czynność Odwołującego w analizowanym postępowaniu, maksymalnie wykorzystywał terminy, procedury uzupełnień, składał nieaktualne dokumenty, które w normalnych okolicznościach a które profesjonalnemu uczestnikowi obrotu zwyczajnie się nie zdarzają. W tym samym „duchu” utrzymywana jest również treść odwołania, złożonego w ostatnim możliwym dniu terminu, przed weekendem, po godzinach pracy Zamawiającego, przesłanego na niewłaściwą skrzynkę kontaktową, gołosłownego, pozbawionego interesu (być może również, niekompletnego, dla umożliwienia wyczerpania dodatkowej 3 — dniowej procedury uzupełnienia braków). Według Zamawiającego Odwołujący najpewniej zdaje sobie sprawę z faktu, że o ile rozpoczęcie procedury odwoławczej zawiesza termin związania ofertą to o tyle nie wywołuje tego samego skutku prawnego w stosunku do terminu ważności wadium, który w tym wypadku upływa 4 stycznia 2021 r. Biorąc, pod uwagę obecne obłożenie sprawami Izby oraz okres świąteczno-noworoczny, w którym niebawem się znajdziemy, widoki powodzenia tego rodzaju przedsięwzięcia należy ocenić jako stosunkowo dobre. Inna kwestią pozostaje, że patrząc na z góry przesądzony los takowego odwołania, można z dużą dozą prawdopodobieństwa zakładać, że Odwołujący w ostatnim możliwym terminie, przed otwarciem rozprawy, cofnie swoje odwołanie dla uniknięcia utraty pełnego wpisu.

Przepisy ustawy Pzp traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej ukierunkowany na zmianę sytuacji wykonawcy, mający mu zapewnić, wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i w konsekwencji uzyskanie w danym postępowaniu zamówienia. Świetle tych przepisów odwołanie nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem w danym postępowaniu, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego (wyrok z 17 kwietnia 2013 r., KIO 719/13, z 22 maja 2012 r., KIO 947/12). A zatem, Ustawodawca ograniczył uprawnienie związane z możliwością wnoszenia środków ochrony prawnej 1 powiązał je z koniecznością łącznego spełnienia przez podmiot wnoszący odwołanie trzech przesłanek.

Po pierwsze, wykonawca wnoszący odwołanie musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia. Jest to materialnoprawna przesłanka do wniesienia odwołania. Jej spełnienie stanowi podstawę do dalszej merytorycznej oceny zarzutów. Odwołujący winien wykazać, że ma potrzebę uzyskania zamówienia będącego przedmiotem postępowania prowadzonego przez zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem KIO z 14 stycznia 2013 r. (KIO 2887/12), pojęcie „interes w uzyskaniu danego zamówienia”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, odnosi się do uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu — tym postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, a nie do określonego przedmiotu świadczenia. Dlatego nie jest dopuszczalne wykazanie interesu w sytuacji, kiedy żądanie odwołującego sprowadza się do unieważnienia postępowania.

Podmiot, który chce wnieść odwołanie, musi wykazać, że poniósł lub może ponieść, szkodę. Jak podkreśla się w orzecznictwie sama przesłanka interesu nie jest: wystarczająca.

Art. 179 ust.1 ustawy Pzp wskazuje bowiem wyraźnie, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania łącznie z interesem — że wykonawca (czy też inny podmiot) poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia ustawy Pzp przez zamawiającego, W rezultacie konieczne jest w każdym przypadku wykazanie przez odwołującego, że zamawiający dokonał (czy też, zaniechał dokonania) czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie (wyrok z 17 maja 2013 r., KIO 1002/13). Szkoła, którą poniósł wykonawca musi być wynikiem naruszenia ustawy przez zamawiającego, czyli wiąże się z uchybieniem przepisom ustawy Pzp (wyrok z 20 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1706/10). Konieczne jest wykazanie przez odwołującego, że zamawiający dokonał albo, zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Dopóki jednak czynność zamawiającego, choćby nieprawidłowa, nie godzi w interes wykonawcy i nie grozi mu szkodą, dopóty nie otwiera się termin na wniesienie odwołania (wyrok z 13 marca 2013 r., KIO 442/13). Niewykazanie takiego związku przyczynowego skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpoznawania podniesionych w nim zarzutów (wyrok z 28 lipca 2011 r., KIO 1474/11).

Wniosek Zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy w żaden sposób nie naruszy interesu żadnego z uczestników postępowania. W stosunku do Odwołującego z tego względu, że po uzyskaniu takiej zgody Prezesa Izby, Zamawiający zwróci się z wezwaniem do zawarcia umowy samego Odwołującego, jako Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i tego statusu póki co nie utraciła (przynajmniej w oczach

Zamawiającego), Odwołujący sam będzie mógł zdecydować w przedmiocie swojego interesu, w zgodzie z mechanizmem przewidzianym dla takich okoliczności przez przepisy ustawy Pzp i podjąć ostateczną decyzję czy może związać się zobowiązaniem umownym z Zamawiającym. czy też powinien uchylić się od zawarcia umowy. Sytuacja prawna drugiego z uczestników postępowania również nie zostanie zagrożona podjęciem tego typu decyzji przez Prezesa KIO. Po pierwsze dlatego, że: w ustawowym terminie standstill nie kwestionował On wyboru oferty Odwołującego, a po drugie w sytuacji uchylenia się od zawarcia umowy przez swojego konkurenta, uzyska szansę na otrzymanie zamówienia w drodze ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym sposobem pozytywna opinia Prezesa KIO dla niniejszego wniosku, przyczyni się do usunięcia stanu noszącego znamiona czynności mającej na celu obejście przepisów ustawy, której dopuszcza Się Odwołujący. Na koniec należy stwierdzić krótko, iż abstrahując od problemu braku legitymacji procesowej Odwołującego, Zamawiający nie podziela również zarzutów Odwołującego od strony merytorycznej, Odwołujący zapomina o tym, że zaoferował sprzęt komputerowy Innego producenta niż drugi z uczestników postępowania (podważając przy okazji Jego inkryminację o sporządzenie zawężającego i dyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia), co już samo w sobie może stanowić o różnicy cen z ofertą konkurencji, że zestawia cenę swojej oferty z ilością środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, a nie wartością zamówienia powiększoną o należny VAT. zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp że żadna z wartości, o których mowa w przywołanym przepisie nie była większa od ustawowych 30%. że zaoferowana cena, lub jej istotne części składowe nie wydawały się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budziły wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia (niektóre części składowe oferty Odwołującego okazały się nawet droższe od oferty konkurenta). W tym świetle zarzuty Odwołującego należy uznać za chybione.

Ponadto niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie jest, zakup notebooków. Umowa jest zawierana z myślą o zaopatrzeniu pracowników Uczelni sprzęt, do nauczania na odległość oraz do pracy zdalnej (dla pracowników administracyjnych). Jest, to duży kontrakt, który ma na celu zabezpieczenie dostaw sprzętu umożliwiającego realizację przez Zamawiającego działań profilaktycznych określonych w tzw. drugim, zaostrzonym poziomie obostrzeń sanitarnych zapobiegających rozprzestrzenianiu się wirusa SARS — CoV — 2 na Uniwersytecie Śląskim w Katowicach. Zapotrzebowanie na sprzęt do pracy i nauki zdalnej jest na tyle duże że ryzykownym byłoby z punktu widzenia dyscypliny finansów publicznych przeprowadzanie tego typu pokaźnych, regularnych zakupów w drodze przesłanki wyłączającej przepisy ustawy Pzp z art. 6a ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych

rozwiązaniach związanych z zapobieganiem przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID — 19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, z której realizowane doraźne i najbardziej pilne dostawy. Wiemy natomiast, że sam przedmiot zamówienia (dostawy sprzętu IT, usługi z zakresu IT, wyposażenie stanowiska pracy w sprzęt do porozumiewania się na odległość, zakupów laptopów, telefonów, kamer internetowych), stanowi w opinii UZP przejaw działania profilaktycznego, zapobiegającego rozprzestrzenianiu się wirusa i przeciwdziałaniu COVID-19 (w przypadku Zamawiającego wśród studentów, pracowników dydaktycznych i administracyjnych). Zamawiający posiada zabezpieczone środki finansowe w ramach programu „Inicjatywa doskonałości uczelnia badawcza” na realizację i rozliczenie partii 200 sztuk laptopów (za kwotę 667 767 zł) do końca bieżącego roku kalendarzowego. Uczelnia prowadzi gospodarkę finansową na podstawie planu rzeczowo-finansowego. Środki finansowe ze zwiększenia subwencji na utrzymanie i rozwój potencjału dydaktycznego i badawczego w wysokości 2 % subwencji z 2019 roku, w planie rzeczowo-finansowym roku 2020. Jeżeli zakupy nie zostaną dokonane w roku 2020 ich realizacja „nie przechodzi” automatycznie na rok 2021. W przypadku braku rozliczenia tych środków w 2020 r., nie będą one mogły zostać przeznaczone na ten cel w przyszłym roku. Z pewnością zaś realizacja celu jakim jest ochrona zdrowia publicznego w drodze podejmowanych działań profilaktycznych służy interesowi publicznemu i jest działaniem pożądanym z punktu widzenia tegoż interesu.

**Izba, mając na uwadze okoliczności wskazane w treści wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, uznała, że wniosek zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie wyjaśnić należy, że rozpoznając wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu i wydanie ewentualnej zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy nie ma charakteru „przed sądu”. Izba rozstrzygając o zasadności wniosku ocenia jedynie 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. Dla uchylenia zakazu zawarcia umowy o którym stanowi art. 183 ust. 2 Pzp wystarczającym jest już uprawdopodobnienie istnienia powołanych przez zamawiającego we wniosku okoliczności.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 183 ust.2 zdanie drugie Pzp, Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli nie zawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 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.

Skład orzekający badając przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy wskazane we wniosku Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, stwierdził, że wniosek zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego wskazane przez Zamawiającego okoliczności uzasadniają w sposób dostateczny okoliczność, że 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 tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający wykazał we wniosku obiektywne okoliczności, wynikające z przepisów prawa, które uzasadniają konieczność niezwłocznego udzielenia przedmiotowego zamówienia. Izba uznała, w związku z istniejącą w Polsce sytuacją epidemiologiczną związaną z występowaniem pandemii wirusa COVID-19, za zasadną uznać argumentację, że przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie jest, zakup notebooków. Umowa jest zawierana z myślą o zaopatrzeniu pracowników Uczelni w sprzęt, do nauczania na odległość oraz do pracy zdalnej (dla pracowników administracyjnych). Jest, to duży kontrakt, który ma na celu zabezpieczenie dostaw sprzętu umożliwiającego realizację przez Zamawiającego działań profilaktycznych określonych w tzw. drugim, zaostrzonym poziomie obostrzeń sanitarnych zapobiegających rozprzestrzenianiu się wirusa SARS — CoV — 2 na Uniwersytecie Śląskim w Katowicach. W ocenie Izby – biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia oraz zaistniałą sytuację - Zamawiający wykazał więc, że w obecnym stanie sanitarno-epidemiologicznym przedmiot zamówienia jest niezbędny również w aspekcie podejmowania działań, by zminimalizować możliwości rozprzestrzeniania się wirusa. Brak natomiast zapewnienia dostawy notebooków mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

W konsekwencji skład orzekający uznał, że w okolicznościach niniejszej sprawy, trzeba uznać prymat interesu publicznego nad innymi interesami, w tym nad interesem wnoszącego odwołanie tj. wykonawcy Koncept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

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

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....