

**Sygn. akt: KIO/W/3/19**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 15 stycznia 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 15 stycznia 2019 r. w Warszawie, wniosku z dnia 10 stycznia 2019 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez 35 Wojskowy Oddział Gospodarczy, Rząska, ul. Krakowska 2, 30-901 Kraków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi pt. „Ochrona kompleksów wojskowych na terenie miasta Krakowa, Nowego Sącza, Tarnowa oraz miejscowości Rząska w zakresie bezpośredniej stałej i doraźnej ochrony fizycznej terenu, obiektów, urządzeń oraz osób i mienia realizowana przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO)” część 2 postępowania (sygn. zamawiającego 20/SOO/18)

**postanawia:**

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania.**

.....

## Uzasadnienie

W piśmie z dnia 10 stycznia 2019 r. 35 Wojskowy Oddział Gospodarczy, Rząska, ul. Krakowska 2, 30-901 Kraków (dalej: „zamawiający”), powołując się na art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwana dalej „ustawą” lub „Pzp”, wystąpił z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu na wykonanie usługi pt. „Ochrona kompleksów wojskowych na terenie miasta Krakowa, Nowego Sącza, Tarnowa oraz miejscowości Rząska w zakresie bezpośredniej stałej i doraźnej ochrony fizycznej terenu, obiektów, urządzeń oraz osób i mienia realizowana przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO)” część 2 postępowania (sygn. zamawiającego 20/SOO/18).

W uzasadnieniu powołanego wniosku zamawiający podniósł, że w dniu 2 sierpnia 2018 r. wszczął przedmiotowe postępowanie szacując jego wartość na 10 732 750,00 zł netto, 2 489 215,39 euro, tj. 13 201 282,50 zł brutto. W ramach postępowania do zamawiającego wpłynęły 3 oferty, których ranking przedstawiał się następująco:

- 9 533 068,51 zł brutto - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm z liderem Solid Security Sp. z o. o.; Solid Sp. z o.o. (dalej: „konsorcjum SOLID”);
- 10 924 652,62 zł brutto - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm z liderem Impel Defender Security Partner Sp. z o.o. Sp. k.; Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp. k.; Impel Facility Services Sp. z o.o.; Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp. k.; ITM Poland S.A. (dalej: „konsorcjum IMPEL”);
- 12 427 420,01 zł brutto - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm z liderem BASMA SECURITY sp. z o.o.; Cerber Ochrona sp. z o.o., Stekop Spółka Akcyjna; Stekop-Ochrona Sp. z o.o. (dalej: „konsorcjum BASMA” lub „odwołujący”).

Kolejno zamawiający wyjaśniał, że w dniu 27 grudnia 2018 r. poinformował wykonawców ubiegających się o zamówienie o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta wykonawcy konsorcjum SOLID. Natomiast w dniu 7 stycznia 2019 r. wykonawca konsorcjum BASMA, sklasyfikowany w rankingu ofert na trzecim miejscu, złożył odwołanie na czynność Zamawiającego, polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający wskazywał, że aktualnie obowiązująca umowa nr 3/U/18, dotycząca ochrony kompleksów wojskowych, których dotyczy przedmiotowe postępowania, wygasa w dniu 29 stycznia 2019 r. od godzinie 12.00 - co oznacza, że z dniem 29 stycznia 2019 r. o godzinie 12.01 wybrany wykonawca winien przystąpić do wykonywania ochrony kompleksów wojskowych, między innymi 4 kompleksów wojskowych o dużym znaczeniu dla obronności Polski, ponieważ są to jednostki o najwyższej kategorii i o szczególnym znaczeniu dla obronności Państwa, które realizują zadania sojusznicze poza granicami (w tym na Ukrainie) i nie mogą one pozostać bez ochrony, zwłaszcza że nie mogą wyznaczyć pododdziałów wartowniczych ze swojego składu. Zamawiający stwierdził, że to właśnie odwołujący się wykonawca w chwili obecnej (w tym samym składzie konsorcjum) realizuje umowę nr 3/U/18.

Zdaniem zamawiającego brak podpisania umowy z wykonawcą konsorcjum SOLID oraz brak możliwości zapewnienia przez obiekty z własnych zasobów ochrony, spowoduje że zamawiający będzie zmuszony do udzielenia Odwołującemu zamówienia z wolnej ręki. Z uwagi na rozmiar zamówienia, jego szczególny charakter i wymagania względem wykonawcy brak będzie bowiem możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki innemu wykonawcy.

Zamawiający podnosił, że obecnie odwołujący się wykonawca otrzymuje za wykonywaną ochronę wynagrodzenie, które w miesiącu grudniu 2018 r. wyniosło 1 124 141 zł brutto. Kwota ta jest wyższa od ofert złożonych w aktualnie toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z ofertami jakie wpłynęły w toczącym się postępowaniu zamawiający będzie musiał zapłacić, w zależności od wykonawcy, odpowiednio za jeden miesiąc (wyliczono na podstawie marca 2019 r.):

- wykonawca konsorcjum Solid - 760 906,19 zł brutto miesięcznie;
- odwołujący się wykonawca - 1 001 659,43 zł brutto miesięcznie.

Zamawiający twierdził, że jeżeli zamawiający zmuszony będzie udzielić odwołującemu się wykonawcy zamówienia z wolnej ręki to niewątpliwie zyska na tym ten wykonawca, bowiem z racji wzrostu stawki godzinowej od 1 stycznia 2019 r. zdaniem zamawiającego odwołujący będzie mógł domagać się wynagrodzenia aktualnie otrzymywanego lub większego. W ten sposób zamawiający będzie wydatkował co najmniej 363 000,00 zł brutto miesięcznie więcej na ochronę kompleksów, co niewątpliwie nie jest korzystne z punktu widzenia dyscypliny finansów publicznych. Zdaniem zamawiającego odwołujący się wykonawca nie zgodzi się na wynagrodzenie niższe gdyż powstała sytuacja będzie pretekstem do zwiększenia jego przychodów i „odzyskania” wartości kar umownych, które do tej pory zapłacił zamawiającemu (na dzień dzisiejszy wartość kar umownych to 239.000,00. zł).

Następnie zamawiający odnosił się do złożonego odwołania wskazując, że odwołujący się wykonawca zarzuca zamawiającemu między innymi naruszenie art. 26 ust 3a ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum SOLID do uzupełnienia oryginału lub kopii notarialnie poświadczonej pełnomocnictwa. Odwołujący wskazuje bowiem, że pełnomocnictwa złożone przez wykonawcę, którego oferta została wybrana zostały podpisane poprzez odciski faksymile. Zamawiający przyznawał, że działając ze szczególną starannością nieumyślnie uznał złożone pełnomocnictwa podpisane przez odciski faksymile za spełniające wymogi postępowania i jest świadomy, że prawdopodobnie będzie musiał naprawić swój błąd i powtórzyć badanie ofert.

**W oparciu o treść złożonego przez zamawiającego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Izba zważyła, co następuje: wniosek zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba, odnosząc się do treści złożonego wniosku, nie przychyliła się do argumentacji zamawiającego uznając, że nie zostały wypełnione przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy w niniejszym postępowaniu, o których stanowi art. 183 ust. 2 Pzp.

Zgodnie ze wskazanym przepisem Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie 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.

Izba wskazuje, że art. 183 ust. 2 Pzp wyznacza przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy w sposób niezwykle rygorystyczny. Powołany przepis stanowi wyjątek od zasady obowiązku powstrzymania się przez zamawiającego z podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego i należy pamiętać, że wyjątek od tej zasady nie może być interpretowany rozszerzająco.

W ocenie Izby zamawiający w treści złożonego wniosku nie wykazał wypełnienia przywołanych przesłanek ustawowych, umożliwiających zastosowanie art. 183 ust. 2 Pzp.

Przed wszystkim dostrzec należy, że Zamawiający wszczął postępowanie w dniu 2 sierpnia 2018 r. podczas, gdy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonał dopiero z końcem roku 2018 r., bo w dacie 27 grudnia 2018 r., informując o tym wykonawców

ubiegających się o udzielenie zamówienia. W treści złożonego wniosku zamawiający nie podaje żadnych powodów wskazujących na braku możliwości wcześniejszego wszczęcia postępowania, czy też przyczyn, które uniemożliwiły zamawiającemu to, aby wcześniej dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej aniżeli dopiero w końcówce roku 2018. Zamawiający koncentruje się w zasadzie jedynie na tym, że skorzystanie przez konsorcjum BASMA ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania powoduje, że zamawiający nie może zawrzeć umowy z wybranym wykonawcą przed upływem terminu obowiązywania dotychczasowej umowy nr 3/U/18, tj. przed dniem 29 stycznia 2019 r. Tym samym zamawiający w tej sytuacji będzie zmuszony udzielić właśnie odwołującemu się wykonawcy zamówienia z wolnej ręki, który nie zgodzi się na wynagrodzenie niższe i będzie domagać się wynagrodzenia aktualnie otrzymywanego lub większego, gdyż powstała sytuacja będzie pretekstem do zwiększenia jego przychodów i „odzyskania” wartości kar umownych, które do tej pory zapłacił zamawiającemu.

Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, że opisana chronologia istotnych dla tego postępowania czynności uzasadnia twierdzenie, że Zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku wszczęcia i prowadzenia postępowania w taki sposób, który umożliwi udzielenie zamówienia zgodnie z planowanym terminem, przy pełnym respektowaniu przepisów Pzp - uwzględniając jednocześnie zarówno uprawnienia wykonawców związane z korzystaniem ze środków ochrony prawnej, jak i terminy niezbędne dla dokonywania czynności w postępowaniu. Zamawiający powinien bowiem liczyć się z faktem, że poszczególne etapy postępowania mogą wymagać podjęcia dodatkowych czynności przedłużających czas trwania postępowania, jak np. konieczność wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów bądź złożenia wyjaśnień, a wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu mogą skorzystać z przysługujących środków ochrony prawnej, co w konsekwencji również skutkuje przesunięciem terminu zawarcia umowy.

Podsumowując Izba stwierdziła, że Zamawiający zdając sobie sprawę z tego, iż termin obowiązywania dotychczasowej umowy o numerze 3/U/18 upływa w dniu 29 stycznia 2019 r. powinien był dołożyć należytej staranności, aby zapewnić sobie odpowiedni czas na przeprowadzenie nowego postępowania w wyniku którego zostanie wyłoniony wykonawca, który następnie po podpisaniu umowy rozpocznie w odpowiednim terminie jej realizację.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....