

Sygn. akt: KIO/W 7/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 2 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 2 lutego 2024 r. w Warszawie wniosku z dnia 1 lutego 2024 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego Miasto Racibórz, Ośrodek Pomocy Społecznej w Raciborzu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług opiekuńczych, specjalistycznych usług opiekuńczych na terenie Miasta Raciborza”.

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Pismem z dnia 1 lutego 2024 r. zamawiający – Miasto Racibórz, Ośrodek Pomocy Społecznej ul. Henryka Sienkiewicza 1, 47-400 Racibórz, wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zainicjowanego odwołaniem wniesionym 30 stycznia 2024 r. przez wykonawcę MG PARTNER M. G.Sp.k. ...

Postępowanie odwoławcze dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług opiekuńczych, specjalistycznych usług opiekuńczych na terenie Miasta Raciborza”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00538868/01 w dniu 7 grudnia 2023 r. Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), dalej zwaną „p.z.p.”.

Zamawiający wniósł o uchylenie przez Izbę zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 ust. 1 p.z.p., ponieważ w jego ocenie niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, a odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W uzasadnieniu rozpoznawanego wniosku zamawiający podniósł, że negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, które powstaną ze względu na nie zawarcie umowy, są:

- konieczność zapewnienia ciągłości świadczenia usług, o których mowa w art. 17 ust. 1 pkt 11 ustawy o pomocy społecznej przez zamawiającego. Aktualnie, od 1 stycznia 2024 r. świadczy je odwołujący (który był wyłonionym w 2023 r. wykonawcą tożsamego zamówienia na rzecz zamawiającego) jednak na warunkach i zasadach poza p.z.p., a po cenach ofertowych odwołującego zgodnie z ofertą złożoną w niniejszym postępowaniu, co mając na uwadze wysokość wydatkowanych na dzień niniejszego wniosku środków publicznych w kwocie 113 465,90 zł (z prognozą do 18 lutego 2024 r. w kwocie 188 631,00 zł) przekracza próg, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1 p.z.p. i tym samym nie jest spójne z zasadami wydatkowania środków publicznych zgodnie z art. 44 ust. 4 u.f.p.,
- zapewnienie bezpośrednim beneficjentom usług świadczonych na rzecz zamawiającego w ramach przedmiotu zamówienia wykonywania ich przez jeden podmiot w możliwie najdłuższym okresie czasu, przy udziale tych samych opiekunów.

W opinii zamawiającego wyżej wymienione negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają 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.

W dalszej kolejności zamawiający wskazał, że w następujący sposób uprawdopodobnia, że odwołanie jest wnoszone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy:

- ze względu na zapewnienie bezpośrednim beneficjentom usług świadczonych na rzecz zamawiającego w ramach przedmiotu zamówienia wykonywania ich przez jeden podmiot w możliwie najdłuższym okresie czasu, przy udziale tych samych opiekunów, zamawiający zlecił odwołującemu od dnia 1 stycznia 2024 r. do nadal świadczenie tych usług (mając na uwadze konieczność zapewnienia ich ciągłości, co stanowi realizację zadania własnego zamawiającego o charakterze obowiązkowym zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 11 ustawy o pomocy społecznej) poza p.z.p. do czasu rozstrzygnięcia niniejszego postępowania;
- odwołujący świadczy te usługi na rzecz zamawiającego po stawkach wskazanych w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu (dowód: umowa nr OPS 222.7.2023 z dnia 29.12.2023 r. wraz z aneksem nr 1 z dnia 12.01.2024 r. i z aneksem nr 2 z dnia 31.01.2024 r), które są wyższe niż w roku 2023 (dowód: umowa nr OPS 222.8.2022 z dnia 29.12.2022 r);

– zamawiający nie zamierza podjąć czynności, o której mowa w art. 522 p.z.p. z uwagi na treść zarzutów odwołania, które w ocenie zamawiającego sprowadzają się do odmiennego rozumienia treści SWZ (bez uprzednich, w trakcie postępowania zapytań w tym zakresie przez odwołującego) oraz czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu, do których zamawiający był nie tyle uprawniony, co zobowiązany.

W oparciu o treść złożonego przez zamawiającego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz zebrany materiał procesowy Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:

Na podstawie art. 578 ust. 2 p.z.p. 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.

Przenosząc powyższą normę na grunt rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że zamawiający uzasadniając wypełnienie hipotezy art. 578 ust. 2 pkt 1 p.z.p. nie wykazał, aby zasadnym było uchylenie okresu *stand still* na tej podstawie. Przyjęto bardzo ogólny sposób sformułowania wniosku. We wniosku podano interes publiczny, który zdaniem zamawiającego należy chronić, ale pominięto wskazanie w jaki sposób negatywne skutki dla interesu publicznego miałyby przewyższyć korzyści, które płyną z konieczności ochrony interesów wykonawców, którzy mogli doznać uszczerbku w wyniku ewentualnie nieprawidłowych czynności podjętych w przetargu. Ponadto art. 578 ust. 2 pkt 1 p.z.p. wskazuje na konieczność zajścia prawdopodobieństwa doznania uszczerbku, co należy rozumieć jako obowiązek zamawiającego przedstawienia rozbudowanej argumentacji, która pozwoliłaby Izbie na uznanie, że z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością zachodzą okoliczności, które zagrażają interesowi publicznemu, czego we wniosku zabrakło.

Warto także dodać, że większość jednostek zamawiających musi wykonywać swoje obowiązki w sposób ciągły – nie jest to sytuacja nadzwyczajna i tym bardziej zamawiający, na których nakłada się konieczność realizacji swoich zadań w sposób stały, powinni adekwatnie wcześniej zapewnić ciągłość w ich realizacji. Mając na uwadze opisany przez zamawiającego przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym datę jego wszczęcia (7 grudnia 2023 r.) należy dodać, że zamawiający będący profesjonalistą na rynku zamówień publicznych, winien mieć na uwadze, iż kalkulując czas niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uwzględnić prawo wykonawców

do korzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ sytuacja, kiedy wykonawca składa odwołanie nie jest sytuacją nadzwyczajną w procesie udzielenia zamówienia publicznego. Jak również ustawodawca wyposażył jednostki zamawiające w szereg instrumentów pozwalających na wypełnianie swoich obowiązków w sposób szybki i skuteczny, a zarazem zgodny z prawem, także w sytuacjach niestandardowych. Zamawiający stale wykonujący dane zadanie powinien również przewidzieć możliwą konieczność zapewnienia okresu przejściowego, pomiędzy zakończoną umową a nowym zamówieniem, standardowo wykorzystuje się do tego zlecenie zamówienia uzupełniającego, czy z skorzystanie z prawa opcji.

Zamawiający podnosił także, iż jego zdaniem odwołujący wniósł środek zaskarżenia, aby uniemożliwić zawarcie umowy (art. 578 ust. 2 pkt 2 p.z.p.).

Na wstępie Izba zaznacza, że w postępowaniu wpadkowym, dotyczącym uchylenia zakazu zawarcia umowy (konieczności zachowania okresu *stand still* do czasu wydania rozstrzygnięcia przez Izbę) Krajowa Izba Odwoławcza nie bada ani skuteczności wniesienia odwołania, ani nie analizuje jego zasadności. W tym nie rozstrzyga czy zapowiedź zamawiającego o nieuwzględnieniu odwołania jest zasadna czy nie. Izba nie rozpatruje zawartych w odwołaniu zarzutów, a jedynie ocenia czy odwołanie zostało wniesione w celu uniemożliwienia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Natomiast fakt, że zamawiający obecnie wybrał odwołującego do świadczenia usługi, w trybie poza ustawą p.z.p., na wskazanych we wniosku stawkach, nie zależy od odwołującego. To była decyzja zamawiającego i wyłącznie jednostka zamawiająca odpowiada za to komu obecnie zleca świadczenie usługi. Aby wykazać, że odwołanie ma na celu wyłącznie przedłużenie okresu realizacji umowy poza przetargiem, zamawiający powinien wykazać się inicjatywną, a nie pozostać przy własnym, subiektywnym i niczym niepopartym przekonaniu. Odwołujący złożył ofertę w przetargu i ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, niezależnie od tego, czy zamawiający uznaje, że wykonał wszystkie czynności prawidłowo, i że jego zdaniem odwołanie jest niezasadne. Przyjmując tezy jednostki zamawiającej każde odwołanie, które w przekonaniu zamawiającego jest bezpodstawne, należałoby uznać za wniesione wyłącznie w celu blokowania zawarcia umowy z wybranym wykonawcą. Taka wykładnia omawianych przepisów jest nie do przyjęcia.

Przesłanka blokowania zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może być utożsamiana z samym faktem wniesienia odwołania i domagania się przez odwołującego weryfikacji zgodności z prawem czynności zamawiającego. Ustawodawca wskazał, że środek zaskarżenia wniesiony wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy może spowodować uchylenie okresu *stand still*, czyli będzie to odwołanie, przez którego wniesienie strona nie zmierza do uzyskania merytorycznego rozstrzygnięcia o jej prawach i obowiązkach, lecz wniesione w innym celu ukrytym pod pozorem skorzystania z prawa wniesienia środka

ochrony prawnej. Okoliczność wniesienia odwołania z tego jedyne go powodu – aby zablokować udzielenie zamówienia, powinna zostać przez zamawiającego uprawdopodobniona. Zamawiający ma obowiązek uprawdopodobnić, że wyłącznym (a nie np. głównym lub jednym z wielu) celem złożenia odwołania jest uniemożliwienie zawarcia umowy. Zaś w rozpoznawanej sprawie nawet nie podjęto próby wskazania obiektywnych okoliczności, które mogłyby zostać poddane subsumpcji pod omawianą normę, usiłując oprzeć wnioski na przekonaniu zamawiającego, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej prawidłowo i jego zdaniem odwołanie powinno zostać oddalone.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że nie znalazło potwierdzenia, aby odwołujący wniósł środek zaskarżenia jedynie, by przedłużyć zakaz podpisania umowy, czyli nadużywa uprawnienia do wniesienia odwołania celem blokowania zawarcia umowy. Nic takiego nie wynika z ustalonego stanu rzeczy, w tym z treści odwołania, zamawiający również nie wskazał na żadną okoliczność za tym przemawiającą, oprócz tego, że wybrał odwołującego, żeby obecnie świadczył mu usługę. Natomiast subiektywna ocena zamawiającego w przedmiocie bezzasadności zarzutów odwołania nie mieści się w przesłankach art. 578 ust. 2 pkt 2 p.z.p., zatem nie może stanowić o konieczności uchylecia okresu *stand still*.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji. Stosownie do art. 578 ust. 4 p.z.p. na niniejsze postanowienie skarga nie przysługuje.

Przewodniczący:

.....