

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 24 sierpnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 sierpnia 2021 r., w Warszawie, wniosku z dnia 23 sierpnia 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Gminę Ruciane-Nida w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację dowozu dzieci i młodzieży z terenu Gminy Ruciane-Nida do/z szkół i placówek w roku szkolnym 2021/2022 wraz z zapewnieniem opieki podczas przewozu

**postanawia:**

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy.**

**Uzasadnienie**

23 sierpnia 2021 r. Zamawiający – Gmina Ruciane-Nida złożył wniosek do Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu na realizację dowozu dzieci i młodzieży z terenu Gminy Ruciane-Nida do/z szkół i placówek w roku szkolnym 2021/2022 wraz z zapewnieniem opieki podczas przewozu, ogłoszonym 20 lipca 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00120145, przed rozstrzygnięciem odwołania wniesionego 16 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę TRANS-KOM PKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piszcu (sygn. akt KIO 2431/21).

W złożonym odwołaniu Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, tj. Olsztyński Bus Sp. z o.o., jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do

przedmiotu zamówienia opisanego w specyfikacji warunków zamówienia oraz ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty,

2. odrzucenie ofert wykonawców Lena Beauty M. K. oraz F.H.U Wojtex M. K. jako stanowiących grupę kapitałową i grupę przedsiębiorców pracujących łącznie.

Według Odwołującego nie ma możliwości realizacji zadania na warunkach zaproponowanych przez Olsztyński Bus Sp. z o.o., gdyż cena zaproponowana przez Olsztyński Bus sp. z o.o. nie pokrywa minimalnych kosztów, jakie dowolny wykonawca musi ponieść, aby zrealizować zadanie opisane w specyfikacji warunków zamówienia. Wykonawca Olsztyński Bus Sp. z o.o. może osiągnąć przychody z umowy z Zamawiającym w wysokości 234.204 zł brutto od Zamawiającego i 211.330 zł z Urzędu Marszałkowskiego (jako refundacja ulg ustawowych uczniów dla uczniów innych niż przedszkolni), czyli łącznie 445.536 zł, podczas gdy minimalne koszty, jakie dowolny wykonawca musi minimalnie podnieść (bez amortyzacji) wynoszą 505.447 zł, a z amortyzacją autobusów – 602.647,26 zł. Złożona oferta nie pokrywa minimalnych kosztów dowolnego wykonawcy i stanowi tym samym ofertę zawierającą rażąco niską cenę podlegającą odrzuceniu, czego Zamawiający nie zrobił.

Wykonawcy Lena Beauty M. K. z oraz F.H.U Wojtex M. K. stanowią podmioty powiązane osobiście (pokrewieństwo pierwszego stopnia) oraz organizacyjnie, z tym że Wojtex M. K. bierze bezpośrednio lub pośrednio udział w zarządzaniu drugim podmiotem – Lena Beauty M. K.. Kursy pasażerskie Lena Beauty M. K. relacji Bisztynek-Olsztyn realizowane są w zamówieniach przez Lena Beauty M. K. w ramach wspólnego rozkładu jazdy z Wojtex M. K. i pod marką Wojtex. W związku z tym, że podmioty te bezpośrednio współpracują ze sobą i dochodzi do bezpośredniego lub pośredniego udziału w zarządzaniu drugim podmiotem na rynku przewozów pasażerskich, poprzez złożenie przez Lena Beauty M. K. i Wojtex M. K. dwóch ofert doszło do zakłócenia konkurencji w ramach postępowania o zamówienie publiczne.

Zamawiający, w oparciu o art. 578 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, że niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla ważnego 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. Zamawiający wszczął postępowanie 20 lipca 2021 r., czyli niezwłocznie po uzyskaniu informacji o zaistnieniu interesu publicznego, którym jest dowóz dzieci i młodzieży do szkół. Ważny interes publiczny

wyraża się w dowiezieniu do szkół podstawowych około 174 dzieci w wieku szkolnym i przedszkolnym w celu zrealizowania obowiązku nauki od 1 września 2021 r.; obowiązek dowiezienia dzieci do szkół nakłada na Gminę art. 39 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe (Dz. U. 2019, poz. 1148). Negatywnym skutkiem dla interesu publicznego, który powstanie ze względu na niezawarcie umowy jest niezapewnienie około 174 dzieciom z terenu Gminy dowozu do szkół. Gmina nie posiada własnego środka transportu, którym mogłaby zapewnić dzieciom dowóz, w związku z czym zawarcie umowy z wykonawcą jest niezbędne. Wskazany negatywny skutek dla interesu publicznego przewyższa 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. Dodatkowo, w ocenie Zamawiającego, wniesione odwołanie ma wyłącznie na celu doprowadzenie do niezawarcia w terminie umowy na dowóz dzieci, bowiem postępowanie przetargowe w niniejszej sprawie prowadzone było zgodnie z przepisami prawa.

Po zapoznaniu się z przedmiotowym wnioskiem Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem w stosunku do istnienia generalnego zakazu zawarcia takiej umowy o udzielenie zamówienia publicznego do chwili rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę (art. 577 ustawy Prawo zamówień publicznych), który ma chronić z jednej strony interesy wykonawców biorących udział w postępowaniu, a z drugiej strony także interes zamawiającego (w tym finanse publiczne) poprzez przeprowadzenie przez Izbę kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w kwestionowanym zakresie – skoro już na tym etapie pojawiły się wątpliwości co do poprawności działania zamawiającego, które może potencjalnie doprowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu i tym samym spowodować negatywne konsekwencje dla interesu publicznego i finansów publicznych. Jako wyjątek od reguły możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przewidziana w art. 578 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega więc stosowaniu zgodnie z zasadami przewidzianymi dla wyjątków, czyli ściśle i z zachowaniem ostrożności przy ustalaniu możliwości ich zastosowania w danym stanie faktycznym, musi też być należycie uzasadniona.

Przepis art. 578 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że 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.

Konieczne jest zatem wykazanie, że niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie godzić w interes publiczny w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony interesów, o których mowa w punkcie 1. lub wykazanie (co najmniej uprawdopodobnienie), że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy – co powinien zrobić dany zamawiający wnoszący o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Biorąc pod uwagę argumentację Zamawiającego przedstawioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz zarzuty odwołania Izba stwierdziła, że Zamawiający w niniejszym przypadku ani nie wykazał, iż niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie powodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony interesów wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia, ani tym bardziej nie wykazał, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Uzasadnienie złożonego wniosku Zamawiający oparł jedynie na stwierdzeniu, że zostały na niego nałożone obowiązki związane z dowożeniem dzieci do szkół od 1 września 2021 r. Oczywiście jest, że taki obowiązek na Zamawiającym spoczywa i – podobnie jak większość zamówień publicznych – także i to realizowane jest dla osiągnięcia jakiegoś celu publicznego. Jednak samo stwierdzenie takie nie oznacza jeszcze, że wniosek został należycie uzasadniony w świetle przesłanek przepisu art. 578 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza w zakresie ochrony interesu wykonawcy wnoszącego odwołanie, który kwestionuje poprawność czynności Zamawiającego i który, poprzez uchylenie zakazu zawarcia umowy przed rozstrzygnięciem odwołania, w istocie zostanie pozbawiony ochrony w ramach środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Nie oznacza też, że bez uchylenia zakazu zawarcia umowy Zamawiający nie może takiego obowiązku realizować, bowiem ustawa Prawo zamówień publicznych przewidziała również narzędzia, z których może skorzystać Zamawiający, by realizować zadania, do których jest zobowiązany.

Tym samym, w ocenie Izby, okoliczności przedstawione w uzasadnieniu wniosku nie są wystarczającą podstawą uchylenia zakazu zawarcia umowy w rozumieniu art. 587 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba postanowiła jak w sentencji.

Stosownie do art. 587 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....