

Sygn. akt: KIO/W 58/21

POSTANOWIENIE

z dnia 11 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Wojciechowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 11 czerwca 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 10 czerwca 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez:

2 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego :

w trybie przetargu nieograniczonego pt. **„Usługa sprzątnia zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu – w zakresie zadania 2.”**, nr postępowania INF/574/2020.

postanawia:

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy

do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Zamawiający – 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą we Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Usługa sprzątnia zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu*”, nr postępowania INF/574/2020. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 września 2020 r. za numerem 2020/S 175-422880.

W dniu 10 czerwca 2021 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w związku z wniesieniem w zakresie zadania 2 postępowania w dniu 21 maja 2021 r. odwołania przez wykonawcę B. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Clean World B. S. z siedzibą w Kiełczowie (dalej „Odwołujący”), wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W uzasadnieniu wniosku, Zamawiający wskazał, iż aktualnie zabezpieczenie potrzeb Zamawiającego ma miejsce w oparciu o umowę zawartą w trybie „z wolnej ręki” której Stroną jest Odwołujący. Kontrakt ten zawarty został w dniu 31 grudnia 2020 r. w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29.01.2004r. Poprzednio obowiązująca „przetargowa” dwuletnia umowa zawarta z Odwołującym przestała obowiązywać z uwagi na upływ czasu na który to została zawarta. Odwołujący nie jest stroną nowego przetargowego kontraktu który ma być zawarty, zaś różnica miesięczna ryczałtu wynosi 80 149,23 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 uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Po pierwsze złożone do sprawy odwołanie opiera się na gołosłownych twierdzeniach nie podpartych żadnym środkiem dowodowym, który wskazywałoby potencjalne uchybienie po stronie Zamawiającego w zakresie prowadzonej i licznie przed KIO skarżonej procedury. Wnioskując o uchylenie zakazu zawierania umowy, z poszanowaniem zasady, iż przesłanka uchylenia zakazu winna być stosowana niezmiernie ostrożnie i mieć charakter wyjątku, powołując się na powyższe dowody Zamawiający podał, iż interes ekonomiczny Odwołującego oraz brak jakichkolwiek argumentów natury merytorycznej czy przenoszącej spór na niwę argumentów prawnych uzasadniać winien wydanie postanowienia w sprawie.

Odwołujący poza kontraktem aktualnie obowiązującym z chwilą podpisania nowej umowy będącej wynikiem postępowania przetargowego utraci realne przychody na obszarze objętym sprzątnięciem w zakresie zadania w postępowaniu 574/1NFR/2020. Różnica wynosi 80 149,23 złotych w zakresie miesięcznego ryczału i w pełni uprawdopodobnia fakt, iż jedynym powodem dla złożenia odwołania jest opóźnienie podpisania nowej umowy poprzez procedowanie przed KIO i zachowanie realnego wpływu na generowane z kontraktu przychody.

Izba ustaliła, że odwołanie, którego dotyczy wniosek, wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz przepis art. 578 ust. 2 ustawy pzp uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 578 ust. 2 ustawy pzp przyznaje KIO kompetencje do uchylenia generalnego zakazu zawarcia umowy do czasu wydania orzeczenia w sprawie, wyłącznie w sytuacjach wyjątkowych, gdy 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 lub gdy zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Wskazania wymaga, że przepis ten stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w art. 577 ustawy pzp, dlatego też nie może być interpretowany w sposób rozszerzający.

Dla zaistnienia pierwszej przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, konieczne jest wykazanie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia.

Zauważyć należy, że ustawa pzp nie zawiera definicji „interesu publicznego”, a jego treść powinna być konkretyzowana w odniesieniu do danego przypadku. Niemniej jednak, jak wskazano w postanowieniu z dnia 8 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO/W 55/20 interes publiczny nie odnosi się do interesu jednostkowego, czy też określonej grupy ale dotyczy zawsze pewnego ogółu, nieokreślonej liczby osób. Naruszenie interesu publicznego obejmuje sytuacje, gdy skutki określonych działań mają charakter powszechny. Izba popiera stanowisko wyrażone w ww. postanowieniu KIO, w którym wskazano: *„W Konstytucji RP zagadnienie interesu publicznego ujęte jest w kilku zakresach. Począwszy od najpełniejszego, znajdującego odzwierciedlenie w art. 1 Konstytucji RP, który wspomina o Rzeczypospolitej*

jako "wspólnym dobru" wszystkich obywateli, poprzez inne ogólne ujęcia wskazane w art. 17 czy art. 22, aż do bardziej szczegółowego określenia już konkretnych jego przejawów w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Poza Konstytucją interes publiczny jest wymieniony w około 540 aktach prawnych. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W ocenie Trybunału, właśnie w tym przepisie wymienia się te wartości, które ów interes publiczny uosabiają. Ogólnie rzecz ujmując można przyjąć, że mówiąc o działaniu w imię jakiegoś dobra ponadindywidualnego (tj. w interesie publicznym, społecznym) zakłada się ujęcie go w postaci co najmniej jednej z sześciu wartości: bezpieczeństwa prawnego, porządku publicznego, ochrony środowiska, ochrony zdrowia publicznego, ochrony moralności publicznej, wolności i praw innych osób. Analogiczne kryteria zawiera art. 30 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, który istnienie interesu publicznego uzasadnia względami moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej."

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że Zamawiający przedstawił argumentację zarówno wobec przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 jak i pkt 2 ustawy pzp.

Izba nie przychyliła się do twierdzeń Zamawiającego zawartych we wniosku, uznając, że nie są one przekonujące i konkretne, a przede wszystkim nie potwierdzają, że opóźnienie w zawarciu umowy na usługę sprzątnięcia spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. Zamawiający wskazał we wniosku na uciążliwość związaną z koniecznością ponoszenia wysokich kosztów aktualnie świadczonej usługi przez Odwołującego. Wskazania wymaga, że Zamawiający przeprowadzając procedurę z wolnej ręki ma możliwość negocjacji warunków przyszłej umowy. Tym samym, koszty które aktualnie ponosi Zamawiający są wyłącznie wynikiem ustaleń dokonanych w trakcie przeprowadzonych negocjacji. Trudno zatem uznać za uzasadniającą uchylenie zakazu zawarcia umowy okoliczność, że Zamawiający ponosi koszty usługi, na które sam wyraził zgodę. Co więcej, przywołana uciążliwość wyrażająca się w negatywnych dla Zamawiającego skutkach finansowych nie stanowi w ocenie Izby wypełnienia przesłanki negatywnych skutków dla interesu publicznego. Nie ulega wątpliwości, że konsekwencje nie zawarcia umowy, które Zamawiający podnosi, dotyczą wyłącznie interesu własnego Zamawiającego. Uciążliwość finansowa po stronie Zamawiającego nie wywołuje negatywnych skutków dla szerszego kręgu i nie ma charakteru powszechnego. Zamawiający wdrożył tymczasowe rozwiązanie do czasu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a usługa jest wykonywana. Zaznaczyć należy, że ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, szczególnie powyżej progu

unijnego Zamawiający powinien dochować należytej staranności, wyrażającej się w ogłoszeniu zamówienia na tyle wcześnie aby uwzględniało możliwość przedłużenia procedury z uwagi na uprawnienie wykonawców do wniesienia środków ochrony prawnej.

Odnosząc się do drugiej przesłanki możliwości uchylenia zakazu zawarcia umowy, to Zamawiający powołał się na okoliczność, że w jego ocenie Odwołujący dąży do przedłużenia okresu do zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu, gdyż jest wykonawcą obecnie realizowanej umowy zawartej w trybie z wolnej ręki, uzyskując korzyści finansowe z tego tytułu. Izba wskazuje, że sam fakt wniesienia odwołania nie może stanowić uzasadnienia dla uchylenia zakazu zawarcia umowy, ponieważ jest przejawem wprowadzonych środków ochrony prawnej w celu kontroli działań zamawiającego podejmowanych w postępowaniu, przyznanych wykonawcom i innym podmiotom uprawnionym. Możliwość wniesienia odwołania pozostaje w sferze uprawnień i ochrony interesu Odwołującego, który jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia czego w żadnym wypadku nie można utożsamiać z okolicznością wniesienia odwołania wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Zamawiający nie wykazał, jak już zostało podniesione wyższości negatywnych skutków dla interesu publicznego nad korzyściami związanymi z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w tym interesu wykonawcy wnoszącego odwołanie.

Przechodząc do argumentacji Zamawiającego dotyczącej bezzasadności wniesionego odwołania podnieść należy, że rozpoznając wniosek, o którym mowa w art. 578 ust. 2 ustawy pzp, Izba nie rozstrzyga o zasadności lub niezasadności wniesionego odwołania, które jest rozpoznawane w ramach odrębnego postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne 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. Ponadto, Zamawiający nie uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 2 ustawy pzp, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Przewodniczący: