

Sygn. akt: KIO/W 109/21

**POSTANOWIENIE
z dnia 31 grudnia 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 31 grudnia 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 28 grudnia 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego Skarb Państwa – 41. Baza Lotnictwa Szkolnego w Dęblinie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonywanie usługi ochrony fizycznej osób i mienia - świadczonej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną (SUFO) w zakresie ochrony osób i mienia w kompleksach będących na zaopatrzeniu pod względem ochrony Jednostki Wojskowej 4929 w Dęblinie oraz konwojowanie wartości pieniężnych”

postanawia:

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

Uzasadnienie

Pismem z dnia 28 grudnia 2021 r. zamawiający Skarb Państwa – 41. Baza Lotnictwa Szkolnego w Dęblinie ul. Brygady Pościgowej 5, 08 - 521 Dęblin, wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zainicjowanego odwołaniem wniesionym w dniu 27 grudnia 2021 r. przez konsorcjum Solid Security Sp. z o.o. ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa i Solid Sp. z o.o. ul. Walerego Sławka 3, 30-633 Kraków.

Postępowanie odwoławcze dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonywanie usługi ochrony fizycznej osób i mienia - świadczonej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną (SUFO) w zakresie ochrony osób i mienia w kompleksach będących na zaopatrzeniu pod względem ochrony Jednostki Wojskowej 4929 w Dęblinie oraz konwojowanie wartości pieniężnych”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 września 2021 r. pod numerem 2021/S 176-460003. Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

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 interes publiczny stanowią korzyści uzyskiwane przez ogół społeczeństwa w wyniku realizacji zadań wskazanych w art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2021, poz. 372 ze zm.) przez Siły Zbrojne. Zadania te należy uznać za podstawowe i żywotne dla funkcjonowania i bytu Państwa Polskiego. Zamawiający dodał, że dla prawidłowego i skutecznego funkcjonowania jednostek wojskowych koniecznym jest zapewnienie ochrony jednostkom, które w związku z realizacją zadań polegających na obronie i ochronie granicy polsko - białoruskiej nie są w stanie ochronić macierzystych jednostek własnymi siłami, w szczególności w obecnej sytuacji politycznej i związanej z pandemią koronawirusa. Zamawiający musi zapewnić ochronę kompleksom wojskowym będącym na jej zaopatrzeniu.

Zdaniem zamawiającego negatywnym skutkiem dla interesu publicznego, który mógłby wyniknąć z braku uchylenia zakazu zawarcia umowy jest to, że z uwagi na uwarunkowania związane z trwającym kryzysem gospodarczym wynikającym z występowania

ogólnoświatowej pandemii koronawirusa COVID-19 oraz wpływem takiego stanu rzeczy na możliwości budżetowe kraju, zwłoka w udzieleniu zamówienia objętego postępowaniem może doprowadzić do wycofania się wybranego wykonawcy i braku możliwości podpisania umowy na obecnych warunkach w przewidywalnej przyszłości.

W ocenie zamawiającego, niezależnie od powyższego, odwołanie zostało wniesione w celu uniemożliwienia zawarcia umowy, na co wskazuje analiza podniesionych zarzutów. Różnica pomiędzy ceną oferty wybranej, która wynosi 4 080 616,50 zł, a ceną oferty odwołującego wynoszącej 4 094 069,76 zł jest znikoma i wynosi jedynie 13 453,26 zł (co stanowi 0,33%). Nieznaczna jest również różnica w cenie stawki netto za jedną godzinę i wynosi 0,20 zł (25,78 zł, odwołujący 25,98 zł). Cztery oferty cenowe złożone na realizację zadania 2 są zbliżone i wynoszą kolejno: 1) 4 080 616,50 zł, 2) 4 094 069,76 zł, 3) 4 172 316,21 zł i 4) 4 257 853,61 zł. Idąc tokiem rozumowania odwołującego należałoby odrzucić wszystkie cztery oferty, a na piątą zamawiający nie posiada środków finansowych pozwalających na zawarcie umowy. Odwołujący kalkuluje koszt utrzymania grupy interwencyjnej na kwotę 432 741,06 zł, natomiast ze złożonej w postępowaniu oferty innego wykonawcy wynika, że możliwe jest pozyskanie podwykonawcy w zakresie grupy interwencyjnej w tej lokalizacji za kwotę 3 600,00 zł. Zamawiający nie wymagał grupy interwencyjnej dedykowanej wyłącznie do swojego kontraktu. Dlatego koszty utrzymania tej grupy mogą być rozłożone na kilka kontraktów.

Dalej zamawiający podniósł, że gdyby odwołanie nie było wnoszone tylko w celu przedłużenia postępowania, to odwołujący poczyniłby starania, już na etapie oceny wniosków, aby uzyskać informację o dysponowaniu grupą interwencyjną przez konsorcjum, którego liderem jest DGP Security Partner Sp. z o.o. Zamawiający w wymaganym oświadczeniu o dysponowaniu grupą interwencyjną wymagał jedynie wskazania planowanej siedziby grupy, co nie oznacza, żeby żądano, by grupa interwencyjna już stacjonowała we wskazanym miejscu. Wybrane konsorcjum oświadczyło, że dysponuje własną grupą interwencyjną, a tym samym spełniło warunek udziału w postępowaniu. Zarzut jest bezpodstawny i spóźniony, gdyż na wniesienie odwołania od wyników oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu był czas do 8 listopada 2021 r.

Według zamawiającego działanie odwołującego nie ma żadnego uzasadnienia i wymierzone jest w Skarb Państwa i Siły Zbrojne w celu niedopuszczenia do zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, a tym samym osłabienia siły obronnej wojska i kraju w tak poważnych okolicznościach. Zamawiający dodał, że w drodze logiki i doświadczenia odwołujący złożył odwołanie celowo, widząc przedłużające się procedury w Izbie, a zarzuty, iż wybrany wykonawca przedstawił ofertę z rażąco niską ceną powinny zostać oddalone.

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. upatrywał negatywnych skutków dla interesu publicznego w możliwości wycofania się wybranego wykonawcy i braku możliwości podpisania umowy na obecnych warunkach w przewidywalnej przyszłości. Stanowisko to nie wydaje się być spójne z dokumentacją postępowania (rozdział IX pkt 1 i 2 SWZ), gdzie wymagano związania ofertą przez okres 90 dni od dnia upływu terminu składania ofert (06.12.2021 r.), dodatkowo oferty są zabezpieczone wadium (rozdział VIII pkt 1 SWZ). Zatem obawy zamawiającego, kiedy wykonawcy są jeszcze przez około dwa miesiące związani złożonymi ofertami, które są zabezpieczone wadium, trudno uznać za uzasadnione.

Niemniej, ustawodawca przewidział również sytuację rezygnacji wybranego wykonawcy z realizacji zamówienia i rozwiązaniem jest możliwość wyboru oferty kolejnego wykonawcy w rankingu – w postępowaniu dla zadania nr 2 złożono osiem ofert. Jak podnosił sam zamawiający, oferty zajmujące pierwsze cztery miejsca na liście rankingowej są bardzo zbliżone cenowo, zaś różnica pomiędzy ofertą wybranego wykonawcy i drugą w kolejności stanowi 0,33% ceny.

W ocenie składu orzekającego 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. W rozpoznawanym wniosku nie podano argumentów, które pozwoliłyby na jego uwzględnienie i stwierdzenie zajścia w sprawie przesłanek umożliwiających uchylenie okresu *stand still* na kanwie omawianej normy.

Zamawiający podnosił także, iż jego zdaniem odwołujący wniośł środek zaskarżenia, aby uniemożliwić zawarcie umowy, ponieważ podniesione zarzuty są bezpodstawne (art. 578 ust. 2 pkt 2 p.z.p.).

W postępowaniu wпадkowym, 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. Izba nie rozpatruje zawartych w odwołaniu zarzutów, a jedynie ocenia czy odwołanie zostało wniesione w celu uniemożliwienia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zaś niezasadnie przyjął, że wykorzystując postępowanie wпадkowe – czyli mające charakter uboczny w stosunku do sprawy głównej – wskaże swoje merytoryczne stanowisko dotyczące zarzutów odwołania i na tej podstawie Izba zawczasu uzna, że odwołanie jest niezasadne, a w konsekwencji tego zezwoli na zawarcie umowy. Jednostka zamawiająca usiłuje więc wykorzystać wyjątkową instytucję uchylenia zakazu zawarcia umowy nie dla celu, dla którego została przewidziana w ustawie, a w celu merytorycznej polemiki ze stanowiskiem z odwołania, co zdaniem składu orzekającego nie zasługuje na ochronę prawną.

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, czy 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. 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 nieprawidłowa.

Izba nie znalazła więc podstaw do przyjęcia, że 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, zamawiający również nie wskazał na żadną okoliczność za tym przemawiającą. Natomiast subiektywna ocena zamawiającego w przedmiocie bezzasadności zarzutów

odwołania nie mieści się w przesłance art. 578 ust. 2 pkt 2 p.z.p., zatem nie może stanowić o konieczności uchylenia 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:

.....