

Sygn. akt: KIO/W 110/21

## POSTANOWIENIE

z dnia 3 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Chudzik

**Członkowie:** Przemysław Dzierzędzki

Danuta Dziubińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 3 stycznia 2022 r. w Warszawie wniosku z dnia 27 grudnia 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego – Ambasadę Rzeczypospolitej Polskiej w Kijowie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługi przyjmowania wniosków wizowych oraz wniosków o zezwolenie uprawniające do małego ruchu granicznego na rzecz polskich placówek zagranicznych na Ukrainie,*

**postanawia:**

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.**

## Uzasadnienie

W dniu 27 grudnia 2021 r. Zamawiający – Ambasada Polskiej w Kijowie, w odpowiedzi na odwołanie o sygn. akt KIO 3599/21 złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Wniosek został złożony na wypadek odroczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą terminu posiedzenia w sprawie ww. odwołania.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający podał, że treść zarzutów podniesionych w odwołaniu wskazuje na to, że celem Odwołującego jest wydłużenie trwającego postępowania i uniemożliwienie zawarcia umowy. Zamawiający podniósł, że Konsorcjum VFS

w przedmiotowym postępowaniu złożyło już trzy odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej i skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie, w wyniku której zapadło prawomocne orzeczenie oddalające zarzuty podnoszone wobec oferty Konsorcjum TLS. Zamawiający stwierdził, że stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie wystarczająco wskazuje słabość podniesionych w odwołaniu zarzutów, wobec czego utrzymanie zakazu zawarcia umowy jest w tym przypadku zbędne.

***Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:***

W dniu 13 grudnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VF Worldwide Holdings Ltd, VF Consulting Services LLC złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługi przyjmowania wniosków wizowych oraz wniosków o zezwolenie uprawniające do małego ruchu granicznego na rzecz polskich placówek zagranicznych na Ukrainie*. Odwołanie dotyczy wyboru oferty Konsorcjum: TLS Group S.A., TLSContact Marroc, TLSContact Ukraine LLC, Personnel Service S.A., Viza Staff Sp. z o.o. i zaniechania odrzucenia oferty tego Konsorcjum z postępowania z uwagi na upływ terminu związania ofertą, ewentualnie zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia aktualnych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 13 grudnia 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych. Tym samym przepisy nowej ustawy Pzp mają zastosowanie również do postępowania w sprawie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, które jest częścią postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 nowej ustawy Pzp, *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.*

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest instytucją, która może być stosowana jedynie wyjątkowo, jest bowiem odstępstwem od zasady, zgodnie z którą do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę umowa nie może być zawarta, a która to zasada stanowi dla wykonawców gwarancję umożliwiającą skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Z tego względu przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy określone w art. 578 ust. 2 nowej ustawy Pzp są restrykcyjne i nie mogą podlegać rozszerzającej interpretacji. Zamawiający, składając wniosek o uchylenie tego zakazu, powinien więc szczegółowo uzasadnić i wykazać ich zaistnienie.

W ocenie Izby, Zamawiający w najmniejszym stopniu nie wykazał wystąpienia przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, na którą powołał się w złożonym wniosku.

Zamawiający wywodzi zaistnienie tej przesłanki jedynie z tego, że Odwołujący już trzykrotnie wniósł w przedmiotowym postępowaniu odwołanie, jak również złożył skargę na jeden z wyroków Izby, podczas gdy – zdaniem Zamawiającego – podnoszone w odwołaniu zarzuty są bezzasadne.

Odnosząc się do takiego stanowiska wskazać należy po pierwsze, że wniosek Zamawiającego jest niezwykle lakoniczny i nie zawiera pogłębionej analizy okoliczności, które miałyby prowadzić do konkluzji, że celem Odwołującego jest jedynie uniemożliwienie zawarcia umowy.

Następnie zauważenia wymaga, że fakt kilkukrotnego skorzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej nie może sam w sobie świadczyć o działaniu wyłącznie z zamiarem uniemożliwienia zawarcia umowy. Wnoszenie odwołań oraz skarg na orzeczenia Izby jest uprawnieniem wykonawcy, a Zamawiający w żadnej mierze nie uprawdopodobnił, że Odwołujący korzystał z tych środków nie dla ochrony swoich interesów, a jedynie dla blokowania przebiegu postępowania.

Dalej wskazać należy, że przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy, określonej w art. 578 ust. 2 nowej ustawy Pzp nie można utożsamiać z opinią Zamawiającego o niezasadności wniesionego odwołania. Przesłanka ta dotyczy bowiem sytuacji, w której z uwagi na konkretne okoliczności towarzyszące danemu postępowaniu, widoczne jest, że celem wniesienia odwołania nie jest ochrona praw wykonawcy, a jedynie uniemożliwienie zawarcia umowy. Jeżeli natomiast odwołanie zmierza do zapewnienia wykonawcy rzeczywistej ochrony prawnej, nawet gdyby finalnie okazało się ono niezasadne, nie może być utożsamiane z działaniem w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Niezasadność podniesionych zarzutów może być stwierdzona przez Izbę w wyniku merytorycznego rozpoznania sprawy, zaś subiektywne przekonanie Zamawiającego o takiej niezasadności nie może prowadzić do pozbawienia czy ograniczenia wykonawcy prawa do ochrony jego

interesów. W związku z tym rozpoznając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba nie ocenia zasadności zarzutów odwołania, lecz bada, czy Zamawiający uprawdopodobnił, że w postępowaniu, w którym złożono wniosek, zachodzą szczególne okoliczności pozwalające stwierdzić, że wnosząc odwołanie wykonawca nie zmierza do ochrony swoich praw, a jedynie do uniemożliwienia zawarcia umowy.

Wobec ustalenia, że nie zostały wykazane okoliczności określone w art. 578 ust. 2 pkt 2 nowej ustawy Pzp, Izba postanowiła odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....