

Sygn. akt: KIO/W 70/21

**POSTANOWIENIE
z 22 lipca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 22 lipca 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 19 lipca 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego: 44 Wojskowy Oddział Gospodarczy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi w zakresie ochrony osób i mienia realizowanej w formie stałej i bezpośredniej ochrony fizycznej obiektów oraz polegającej na stałym dozorcze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, zgodnie z planami ochrony poszczególnych jednostek oraz zapewnienie ochrony związanej z osiągnięciem gotowości do podjęcia działań, mobilizacji, wprowadzenia stanu wyjątkowego i wojny w ramach poniższych zadań realizowane przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne, zwane dalej „SUFO”, Część 2 i Część 3,

postanawia:

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

Uzasadnienie

19 lipca 2021 r. Zamawiający: 44 Wojskowy Oddział Gospodarczy (dalej: Zamawiający) wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 578 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej: Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia na świadczenia usługi w zakresie ochrony osób i mienia realizowanej w formie stałej i bezpośredniej ochrony fizycznej obiektów oraz polegającej na stałym dozorze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, zgodnie z planami ochrony poszczególnych jednostek oraz zapewnienie ochrony związanej z osiągnięciem gotowości do podjęcia działań, mobilizacji, wprowadzenia stanu wyjątkowego i wojny w ramach poniższych zadań realizowane przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne, zwane dalej SUFO, Część 2 i Część 3.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał: „Wniosek uzasadnia fakt, że niezawarcie umowy na ww. usługi nie zapewni ciągłości ochrony osób i mienia na obiektach wojskowych, który stanowi zasadniczy element obronności kraju. Mając na uwadze, że przedmiotem umowy jest świadczenia usługi w zakresie ochrony osób i mienia realizowanej w formie stałej i bezpośredniej ochrony fizycznej obiektów oraz polegającej na stałym dozorze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, zgodnie z planami ochrony poszczególnych jednostek oraz zapewnienie ochrony związanej z osiągnięciem gotowości do podjęcia działań, mobilizacji, wprowadzenia stanu wyjątkowego i wojny w ramach poniższych zadań realizowane przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne, zwane dalej SUFO, Zamawiający jest zobowiązany podjąć wszelkie starania mające na celu zapewnienie zabezpieczenia w sposób stały i nieprzerwany obiektów wojskowych. Tym samym, jedynie uchylenie zakazu zawarcia umowy umożliwi realizację zadania ważnego dla bezpieczeństwa i obronności kraju.” Ponadto, Zamawiający powołał się na następujące okoliczności: „W dniu 16.07.2021 r. Zamawiający w wyniku uznania w części odwołania Wykonawcy Konsorcjum: Impel Defender SP, z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Provider Sp. z o.o., Impel Falicity Services Sp. z o.o. oraz w całości odwołania Konsorcjum: Stekop S.A., Stekop Ochrona SP, z o.o. dokonał powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu w części 2 i 3. Odpowiedzi na odwołania zostały przesłane do uczestników postępowania odwoławczego oraz do KIO w dniu 15.07.2021 r. Zamawiający w wyniku przeprowadzonych czynności uznał oferty odwołujących za najkorzystniejsze i taką informację przekazał uczestnikom postępowania oraz umieścił na stronie prowadzonego postępowania. Należy zaznaczyć że w sytuacji uznania nawet części zarzutów jako zasadne,

bez względu na wynik postępowania odwoławczego, ofertą najkorzystniejszą w zadaniu nr 2 jest oferta odwołującego tj. Konsorcjum: Impel Defender Sp. z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Provider Sp. z o.o., Impel Falicity Services Sp. z o.o. W związku z uznaniem przez zamawiającego odwołania Konsorcjum: Stekop S.A., Stekop Ochrona Sp. z o.o. w całości, odwołanie będzie podlegało umorzeniu. Ofertą najkorzystniejszą w części nr 3 po powtórzeniu czynności oceny ofert jest oferta odwołującego”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z uwagi na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie (tj. 31 grudnia 2020 r.) ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Zgodnie natomiast z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „nPzp”. Zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wynikał z wniesienia odwołania w dniu 2 lipca 2021 (sygn. akt: KIO 1984/21) oraz z dnia 5 lipca 2021 r. (sygn. akt: KIO 1996/21). Postępowania odwoławcze zostały zatem wszczęte po dniu 31 grudnia 2020 r.

Zgodnie z art. 577 Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Stosownie do 578 ust. 1 Pzp, zamawiający może złożyć do Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Przesłanki pozwalające na uchylenie ww. zakazu określone zostały w art. 578 ust. 2 Pzp i są to:

- 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.

Podkreślenia wymaga, że instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust. 2 Pzp ma charakter wyjątkowy, a ciężar wykazania, że zaistniała przynajmniej jedna z ww. przesłanek spoczywa na zamawiającym. Uchylenie tego zakazu uzasadnia wyłącznie sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, który przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez zamawiającego czynności. Na etapie oceny zasadności złożonego wniosku Izba nie bada prawidłowości, skuteczności, ani tym bardziej zasadności wniesionego odwołania, a jedynie wagę interesu publicznego, którego zagrożenie miałyby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wnoszącego odwołanie). Zamawiający we wniosku winien należycie sprecyzować na czym polega ten interes publiczny, a także uzasadnić dlaczego ma on tak dużą wagę, że należy przedłożyć go nad ochronę interesu odwołującego i innych wchodzących w grę interesów. Zamawiający musi także wykazać, że w konkretnych okolicznościach istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby, które zakończy postępowanie odwoławcze.

W ocenie Izby wnioski nie może być rozpatrzony pozytywnie już z tego względu, że Zamawiający nie skonkretyzował, na czym polega uszczerbek w interesie publicznym, który mógłby powstać z powodu niezawarcia umowy i w jaki sposób ten uszczerbek w interesie publicznym przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w tym interesów wykonawców korzystających ze środków ochrony prawnej jakie gwarantuje im ustawa Pzp. W ocenie Izby, niewystarczające jest ogólnikowe powołanie się na priorytetowość zapewnienia ciągłości ochrony jest ze względów bezpieczeństwa i obronności państwa. Niewystarczające jest również powołanie się w tym kontekście na okoliczność, że usługi objęte przedmiotem zamówienia może wykonywać wyłącznie SUFO.

Z uzasadnienia wniosku nie wynika, aby Zamawiający podjął odpowiednie działania w celu zapewnienia ciągłości ochrony. Z wniosku nie wynika, kiedy kończy się obecnie realizowana umowa, z jakim wyprzedzeniem Zamawiający podjął działania w celu zapewnienia kontynuacji usług w trybie konkurencyjny. Wnoszenie środków ochrony prawnej, w tym czas konieczny na rozstrzygnięcie ewentualnych odwołań, powinien być brany pod uwagę przez Zamawiającego.

Nadzwyczajny środek, jakim jest wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, nie może służyć jako sposób na rozwiązanie problemu spowodowanego brakiem przewidzenia przez Zamawiającego odpowiedniego czasu na przeprowadzenie postępowania. Ze złożonego wniosku nie wynika również, aby Zamawiający w aktualnie zaistniałej sytuacji rozważył możliwość udzielenia zamówienia na okres konieczny do zakończenia prowadzonego postępowania.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, które przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku. W szczególności należy zauważyć, że o ile dla Zamawiającego istotne jest niezwłoczne zawarcie umowy, o tyle interes poszukującego wykonawcy wnoszącego odwołanie polega na tym, aby to jemu zostało udzielone zamówienie. Natomiast zawarcie umowy z innym wykonawcą taką możliwość niweczy.

Izba wskazuje ponadto, że przywołane przez Zamawiającego okoliczności związane z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniach o sygn. akt: KIO 1984/21 oraz KIO 1996/21 nie stanowią ustawowych przesłanek wynikających z art. 578 ust. 2 ustawy Pzp dających możliwość uwzględnienia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający uznał, że wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu jest niezasadny, a argumentacja zamawiającego podniesiona na jego poparcie niewystarczająca.

Z tego względu, Izba, na podstawie art. 578 ust. 2 i 4 Pzp, postanowiła jak w sentencji.

Stosownie do art. 578 ust. 4 Pzp na postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący :