

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 30 marca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 30 marca 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 24 marca 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez zamawiającego - Polskie Koleje Państwowe S.A. w Warszawie - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług ochrony fizycznej osób i mienia na dworcach kolejowych znajdujących się w zarządzie zamawiającego

**postanawia:**

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Polskie Koleje Państwowe S.A. w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), dalej jako „ustawa” albo „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na usługi społeczne i inne szczególne usługi, którego przedmiotem jest świadczenie usług ochrony fizycznej osób i mienia na dworcach kolejowych znajdujących się w zarządzie zamawiającego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w 28 stycznia 2020 r. pod numerem 2020/S 019-043311.

Przedmiot postępowania został podzielony na 7 części:

1. Zadanie 1 - Dworce OGN Gdańsk;
2. Zadanie 2 - Dworce OGN Katowice;
3. Zadanie 3 - Dworce OGN Kraków;
4. Zadanie 4 - Dworce OGN Poznań;
5. Zadanie 5 - Dworce OGN Warszawa;
6. Zadanie 6 - Dworce OGN Wrocław;
7. Zadanie 7 - Dworzec Kraków Główny.

Zamawiający otworzył oferty 18 lutego 2020 r. o godz. 10:30. Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę w częściach 1-5 i 7 - 10 marca 2020 r., w części 6 - 17 marca 2020 r. Odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CIVIS POLSKA Sp. z o.o. i Polski Holding Ochrony S.A., którzy 19 marca 2020 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Pismem z 24 marca 2020 r. zamawiający - działając na podstawie art. 183 ust. 2 Pzp wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

W uzasadnieniu wskazał, że brak możliwości zawarcia umów spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego w postaci braku ochrony dworców kolejowych zlokalizowanych w całej Polsce od 31 marca 2020 r. przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego, czyli ewentualnego hipotetycznego interesu odwołującego w uzyskaniu wskazanego zamówienia. Wyjaśnił, że dworce kolejowe stanowią budynki użyteczności publicznej, co wynika z definicji zawartej w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Wskazał, że niezawarcie umów, spowoduje ogromne utrudnienie w zakresie możliwości utrzymania bezpieczeństwa na dworcach kolejowych. Zamawiający wywodził, że usługi ochrony osób i mienia na dworcach kolejowych - obiektach użyteczności publicznej - niewątpliwie objęte są ochroną interesu publicznego, z uwagi na fakt, że mają na celu zapewnienie bezpieczeństwa, porządku i ładu, czyli wartości, które są społecznie pożądane i jako takie powinny być chronione. Podkreślił, że w związku z wprowadzeniem w Polsce stanu epidemii z uwagi na rozprzestrzenianie się wirusa COVID-19, na dworcach kolejowych w całej Polsce zostały wprowadzone nadzwyczajne środki, związane z bezpieczeństwem podróżnych, nad których przestrzeganiem czuwać ma właśnie ochrona dworca.

Zamawiający wywiódł, że zasadnie odrzucił ofertę odwołującego, gdyż ten nie wniósł prawidłowo wadium. Wadium wniesione przez odwołującego było ważne do 15 maja 2020 r., podczas gdy zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ powinno być ważne co najmniej do 17 maja 2020 r. Podkreślił, że odwołujący nie kwestionuje faktu, że wadium powinno obowiązywać do 17 maja 2020 r., a swoje twierdzenia opiera jedynie na terminie w którym zamawiający mógłby skutecznie doręczyć żądanie wypłaty.

Zamawiający podniósł, że twierdzenia odwołującego są bezpodstawne, zaś odwołanie jest próbą wyeliminowania z rynku konkurencji i stanowi próbę wymuszenia na zamawiającym zawarcia aneksu do dotychczasowych umów zawartych pomiędzy zamawiającym, a odwołującym, których termin wykonania upływa dnia 31 marca 2020 r. albo zawarcia z odwołującym umów w trybie z wolnej ręki. Odwołujący ma obecnie zawartych 5

umów z zamawiającym, obejmujących zakres odpowiadający zadaniom, na które złożył odwołanie, których termin wykonania upływa dnia 31 marca 2020 r. o godz. 12.00.

Zamawiający podkreślił, że oferta złożona przez odwołującego była najkorzystniejsza jedynie w dwóch z pięciu zadań, na które odwołujący złożył ofertę. Wskazuje to na motywy działania odwołującego, który chciał jedynie zablokować całe postępowanie, gdyż obecnie łączy go z zamawiającym więcej umów, niż miałyby to miejsce po 31 marca 2020 r. Odwołujący nie zarzuca zamawiającemu naruszeń tym przepisów ustawy w zakresie prawidłowości wyboru ofert najkorzystniejszych, co oznacza, że odwołujący nie posiada legitymacji prawnej do zaskarżenia decyzji zamawiającego ze względu na brak interesu w uzyskaniu zamówienia w tych zdaniach.

Zamawiający podkreślił, że odwołujący wnosząc odwołanie był w posiadaniu informacji o zawieszeniu rozpatrywania spraw przez Krajową Izbę Odwoławczą, tym samym miał nadzieję, że uda mu się wymusić na zamawiającym zawarcie aneksów do już zawartych umów lub zawarcie z odwołującym umów w trybie z wolnej ręki, celem zapewnienia ciągłości wykonywania usług, które są konieczne dla zabezpieczenia interesu publicznego.

Zamawiający wskazał, że jego twierdzenia znajdują potwierdzenie w orzecznictwie Izby i powołał postanowienie z 28 grudnia 2018 r. sygn. akt: KIO/W 29/18.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Wniosek zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 183 ust.2 zdanie drugie Pzp stanowi, że Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 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. Powołany przepis wymaga zatem ustalenia w pierwszej kolejności, czy brak udzielenia zamówienia, czyli niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. W razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem skutkiem czynności podjętych przez zamawiającego.

Badając przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy wskazane we wniosku przez zamawiającego Izba uznała, że wniosek nie jest zasadny. Przede wszystkim zamawiający nie wykazał, na czym miałyby polegać zagrożenie dla interesu publicznego wynikające z

natychmiastowego nieudzielenia zamówienia wybranym wykonawcom. Sam fakt, że dworce kolejowe stanowią obiekt użyteczności publicznej nie jest równoznaczny z tym, że każda usługa dotycząca takiego obiektu stanowi w każdym przypadku stanowi usługę świadczoną w interesie publicznym. Zamawiający błędnie utożsamia przy tym zamierzoną przez siebie zmianę wykonawcy usługi ochrony, która nastąpiłoby w razie zawarcia umów z wybranymi wykonawcami ze świadczeniem usługi ochrony dworca. Niezapewnienie ochrony dworca jest jedynym negatywnym skutkiem dla interesu publicznego wskazanego przez zamawiającego.

Izba zważyła, że brak uchylecia zakazu zawarcia umowy nie musi spowodować świadczenia usług ochrony dworców kolejowych. Wywody zawarte we wniosku są wewnątrznie sprzeczne. Zamawiający z jednej strony stwierdza bowiem, że brak uchylecia zakazu zawarcia umowy z wybranymi wykonawcami spowoduje brak świadczenia usługi ochrony, podkreślając znaczenie tej usługi w aktualnej sytuacji ogłoszenia stanu epidemii. Z drugiej jednak strony zamawiający ocenia, że wniesienie odwołania ma na celu aneksowanie umów zawartych przez zamawiającego z odwołującym albo uzyskanie przez odwołującego zamówienia na świadczenie tych usług w trybie zamówienia z wolnej ręki. Usługi ochrony są zatem świadczone obecnie na rzecz zamawiającego i - co wskazuje sam zamawiający - istnieją możliwości ich dalszego świadczenia. W konsekwencji dla zabezpieczenia ciągłości ochrony dworców stosowanie instytucji uchylecia zakazu zawarcia umowy, która ma charakter wyjątku od zasady ogólnej zawartej w art. 183 ust. 2 Pzp zakazującej zawarcia umowy do czasu wydania przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, nie jest konieczne. Całkowicie gołostownie zamawiający powołuje w okolicznościach sprawy szczególne obowiązki nałożone na podmioty świadczące usługi ochrony dworców w związku ze stanem epidemii. Zamawiający nie wskazuje żadnych postanowień dokumentacji postępowania, którego ogłoszenie *nota bene* miało miejsce 18 stycznia 2020 r., z którego te szczególne obowiązki miałyby wynikać. Również Izba nie dopatrzyła się takich wymagań w opisie przedmiotu zamówienia ustalonym przez zamawiającego w SIWZ.

Z art. 183 ust. 2 Pzp wynika, że rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylecie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania Izba nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu. W przeciwnym razie postanowienie dotyczące uchylecia zakazu zawarcia umowy miałoby charakter „przedsądu”. Tym bardziej zatem Izba nie ocenia intencji wykonawcy wnoszącego odwołanie. *De lege lata* Izba bada wniosek zamawiającego wyłącznie pod kątem przesłanek uchylecia zakazu zawarcia umowy wymaganych w art. 183 ust. 2 Pzp, czyli ocenia, czy niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego oraz, czy negatywne skutki niezawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Skoro zamawiający nie wykazał

negatywnych skutków dla interesu publicznego związanych z zawarciem umowy po wydaniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, zakaz zawarcia umowy nie może zostać uchylony nawet w sytuacji czasowego zawieszenia rozpoznawania odwołań przez Izbę.

Postanowienie wydane w sprawie KIO/W 29/18 zostało wydane w odmiennych okolicznościach faktycznych. Dotyczyło specjalistycznych usług ochrony obiektów wojskowych oraz postępowania prowadzonego w ostatnim okresie roku budżetowego w trybie przyspieszonym. *Verba legis* art. 183 ust. 2 Pzp dotyczy w szczególności dziedzin obronności i bezpieczeństwa.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 183 ust. 2 Pzp postanowiła jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 183 ust. 4 Pzp.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:**

.....