

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek
Członkowie: Ernest Klauziński
Beata Konik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 17 lipca 2023 r. w Warszawie wniosku z dnia 12 lipca 2023 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego: Skarb Państwa - 22. Wojskowy Oddział Gospodarczy w Olsztynie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz jednostek i instytucji będących na zaopatrzeniu 22. WOG w Olsztynie*”

postanawia:

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

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - 22. Wojskowy Oddział Gospodarczy w Olsztynie (dalej: „*Zamawiający*”) działając na podstawie art. 578 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „*ustawa Pzp*”) w dniu 12 lipca 2023 r. złożył, na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy Pzp, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego jako zamówienie w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa pod nazwą: „*Świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz jednostek i instytucji będących na zaopatrzeniu 22. WOG w Olsztynie*”.

W uzasadnieniu przedmiotowego wniosku Zamawiający wskazał, że w jego ocenie odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Ekspert Security Duo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security AP sp. z o.o. z

Sygn. akt KIO/W 13/23

siedzibą w Warszawie oraz Ekspert Security MW sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniesione jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Zamawiający wyjaśnił, że: „dnia 30.06.2023 r. odrzucił w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. (...) W dniu 10.07.2023 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność odrzucenia oferty zarzucając Zamawiającemu, że pomimo właściwego zabezpieczenia oferty wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej oferta jego została odrzucona.

Zamawiający celem zapewnienia właściwego poziomu bezpieczeństwa ochraniających obiektów zgodnie z instrukcją wydaną przez Sztab Generalny 1686/2017 dotyczącą ochrony obiektów wojskowych, już w dniu 31.10.2022 r. wszczął postępowanie pod numerem 20221/S 210-605547, które ze względu na zmianę doktryny musiało zostać unieważnione. Termin rozpoczęcia ochrony obiektów wojskowych ma rozpocząć się 31.07.2023 r.

Usługa Specjalistycznych Uzbrojonych Formacji Ochrony jest newralgiczną usługą. W przypadku jednostek wojskowych, ze względu na ich przeznaczenie i okoliczności, tj. że obiekty jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej są obiektami szczególnie ważnymi dla bezpieczeństwa i obronności państwa i usługi wykonywane w tych obiektach są usługami do celów bezpieczeństwa, a więc w interesie publicznym o nieograniczonym zakresie.

Uporządkowana bezkolizyjna zmiana podmiotu chroniącego zapewniającą ciągłość ochrony obiektów wojskowych, gwarantuje właściwe bezpieczeństwo co jest wartością przewyższającą 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. Termin jaki pozostał do rozpoczęcia świadczenia usługi nie jest winą zamawiającego, a rozpoczynający ochronę podmiot musi jeszcze sporządzić i uzgodnić instrukcje ochrony, zorganizować magazyn broni (w uzgodnieniu z Komendą Wojewódzką Policji), przetransportować broń do miejsca świadczenia usługi. Są to czynności czasochłonne jednak niezbędne do właściwej ochrony obiektów wojskowych.

Wykonawca zdaje sobie sprawę z wady złożonych gwarancji ubezpieczeniowych, a złożone odwołanie w sposób jednoznaczny zmierza do uniemożliwienia zawarcia umowy.

Gwarant oświadczył "Gwarantowi nie jest znana praktyka udzielania gwarancji zapłaty wadium obejmującej swym zakresem udział w postępowaniu tylko jednego wykonawcy, w sytuacji gdy wykonawca ten ubiega się o zamówienie wspólnie z innymi wykonawcami" co jednoznacznie wskazuje na wadę gwarancji, gdzie w przypadku konsorcjum wskazano tylko jednego wykonawcę.

Wymienione w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp przesłanki uchylecia zakazu zawarcia umowy mają charakter samodzielny, jednak Zamawiający zauważa zaistnienie dwóch przesłanek,

zarówno że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy jak i okoliczności uzasadniające stwierdzenie zagrożenia dla interesu publicznego.

Brak ochrony obiektów wojskowych stanowi istotną przesłankę uznania, iż zaistniała przesłanka naruszenia ważnego interesu publicznego i dlatego też wnoszę o uchylenie zawarcia umów w zakresie:

Część 2 - Świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną w miejscowości Lidzbark Warmiński.

Część 3 - Świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną w miejscowości Lipowiec.

Część 4 - Świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną w miejscowości Ciechanów przedmiotowego postępowania.”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 578 ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577”.

Z kolei stosownie do treści przepisu art. 578 ust. 2 ustawy Pzp „Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli:

- 1. nie zawarcie 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”.*

Zamawiający we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy z dnia 6 grudnia 2022r. odnosił się do obu przesłanek wskazanych w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że z wyżej wymienionych przepisów wynika, iż uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Zamawiający powinien zatem wykazać, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania.

Rozpoznając wniosek złożony w niniejszym postępowaniu, Izba stwierdziła, że wskazane przez Zamawiającego okoliczności nie uzasadniają uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Na wstępie Izba zważyła, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie zaszły przesłanki wskazane w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przywołany przepis wymaga ustalenia w pierwszej kolejności, czy nie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, spowoduje

Sygn. akt KIO/W 13/23

negatywne skutki dla interesu publicznego. Jeśli odpowiedź na to pytanie jest pozytywna, wówczas należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem skutkiem czynności podjętych przez zamawiającego.

Składając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Zamawiający musi w sposób szczegółowy i za pomocą precyzyjnych twierdzeń wykazać wpływ wykonania danego zamówienia na ochronę słusznego interesu publicznego, którego niewykonanie w sposób ewidentny przekracza potrzebę ochrony praw odwołującego się wykonawcy.

Należy zauważyć, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji interesu publicznego. Z tego względu doktryna i orzecznictwo posiłkują się uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. akt W 8/96), zgodnie z którą interes publiczny stanowią korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Interesu publicznego nie należy jednak utożsamiać z interesem zamawiającego.

Z przedstawionego przez Zamawiającego stanu sprawy, nie wynika aby nie zawarcie 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.

W uzasadnieniu wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy Zamawiający wskazał, że „obiekty jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej są obiektami szczególnie ważnymi dla bezpieczeństwa i obronności państwa i usługi wykonywane w tych obiektach są usługami do celów bezpieczeństwa, a więc w interesie publicznym o nieograniczonym zakresie.”.

W ocenie Izby powyższe lakoniczne stwierdzenie Zamawiającego odnośnie istotności usługi dla celów bezpieczeństwa i obronności państwa jest niewystarczające. Zamawiający nie wykazał, że ochrona powyższego interesu publicznego nie może zostać zapewniona w inny sposób, niż poprzez uchylenie zakazu zawarcia umowy. Nie przedstawił wiarygodnej argumentacji, potwierdzającej że niemożliwe jest np. zawarcie w trybie zamówienia z wolnej ręki umowy z obecnym wykonawcą na czas niezbędny do przeprowadzenia „uporządkowanej bezkolizyjnej zmiany podmiotu chroniącego zapewniającego ciągłość ochrony obiektów wojskowych”. W ocenie Izby tak lakonicznie przedstawione stanowisko Zamawiającego nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla możliwości zastosowania instytucji, która co do zasady może mieć zastosowanie jedynie w szczególnych okolicznościach uzasadniających ochronę interesu publicznego, której realizacja nie jest możliwa w inny sposób.

Sygn. akt KIO/W 13/23

W ocenie Izby złożony przez Zamawiającego wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy nie zasługiwał na uwzględnienie w związku z faktem, że Zamawiający postępowanie przetargowe wszczął dopiero w dniu 16 maja 2023r., wiedząc, że usługa ma się rozpocząć w dniu 31 lipca 2023r. Zamawiający nie wykazał Izbie, także kiedy unieważnione zostało wcześniejsze postępowanie i czy obiektywnie brak było możliwości szybszego wszczęcia niniejszego postępowania. Izba uznała, że Zamawiający działając z należytą starannością winien wszcząć postępowanie w takim terminie, aby umożliwić ochronę zarówno własnych interesów jak również interesów potencjalnych wykonawców. Nie może być bowiem tak, że przez ewentualne opóźnienie Zamawiającego i zbyt późne wszczęcie postępowania, narażony zostanie interes Odwołującego, który w ustawowym terminie skorzystał z przysługujących mu środków prawnych.

Odnosząc się z kolei do drugiej przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należy zauważyć, że Zamawiający uzasadniając wyżej wymienioną podstawę uchylenia zakazu podniósł, iż odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy, a zarzuty są niezasadne. Powyższe w ocenie Izby nie może być uznane za skuteczne wykazanie spełnienia powyższej przesłanki. Zasadnym jest wskazanie, że na etapie rozpatrywania wniosku Zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Izba nie dokonuje merytorycznej oceny zawartych w nim zarzutów (zob. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 9 sierpnia 2021 r. o sygn. akt KIO/W 75/21). W przeciwnym razie postanowienie dotyczące uchylenia zakazu zawarcia umowy miałoby charakter „przedsądu”. Przepis art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zatem wyłącznie do przypadków oczywistych, które nie wymagają szczegółowej analizy odwołania.

Nadto należy podkreślić, że Izba dokonuje oceny wniosku o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy jedynie na podstawie informacji w nim zawartych. Zamawiający decydując się na sformułowanie wniosku w trybie art. 578 ust. 1 ustawy Pzp powinien zatem zawrzeć w nim wyczerpującą argumentację przemawiającą za spełnieniem przesłanek wskazanych w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp, w tym opisać stan faktyczny sprawy w taki sposób, który nie będzie budził żadnych wątpliwości, jakie czynności i w jakich terminach zostały dokonane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także załączyć ewentualne dokumenty, na których opiera swoją argumentację. Takich dowodów natomiast Zamawiający nie złożył.

Mając na uwadze wskazane okoliczności, Izba postanowiła jak w sentencji, na podstawie art. 578 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, uznając, że przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp nie zostały spełnione, co skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Sygn. akt KIO/W 13/23

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie drugie ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....