

POSTANOWIENIE
z dnia 28 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **28 kwietnia 2022 r.** w Warszawie wniosku z **25 kwietnia 2022 r.** o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze

wniesionego przez zamawiającego: **Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zapewnienie stałej ochrony osób i mienia w budynkach Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie,*

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy.

U z a s a d n i e n i e

Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie (dalej „Zamawiający”) w dniu 25 kwietnia 2022 r. złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, który umotywował w następujący sposób:

W dniu 09 marca br. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zapewnienie stałej ochrony osób i mienia w budynkach Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie” (znak sprawy: BOU-IV.272.33.2022), przesyłając ogłoszenie o zamówieniu, które zostało opublikowane w dniu 14 marca br. pod nr 2022/s 051-133849. Zgodnie z treścią dokumentacji zamówienia zamawiający określił warunki udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w postępowaniu wskazując, iż zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej 3 usługi, o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00

zł brutto każda, polegających na ochronie budynków użyteczności publicznej, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019, poz. 1065 z późn. zm.), o powierzchni nie mniejszej niż 6.000 m² w ramach każdej z usług.

W toku postępowania wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie (odwołujący) wskazali zamawiającemu, iż w opinii wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W efekcie zamawiający wezwał ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień treści złożonych podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający uznał przedłożone wyjaśnienia za spójne i logiczne, a także za potwierdzające spełnianie przez ww. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

W terminie o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy PZP wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie wnieśli odwołanie, powtarzając w całości zarzuty i argumentację zawartą we wcześniejszej informacji przekazanej zamawiającemu. Odwołujący konsekwentnie wskazuje, iż obiekty w których usługi świadczył wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie są „budynkami użyteczności publicznej” w rozumieniu § 3 pkt 6 rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019 r. poz. 1065), zgodnie z którym za pod ww. pojęciem „należy przez rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny”. Odwołujący zarzuca zamawiającemu, iż w sposób wadliwy ocenił ofertę wykonawcy sklasyfikowaną jako najkorzystniejszą, ponieważ wykazane usługi świadczone były czy to na terenie jednostki wojskowej, czy zajezdni autobusowej w Warszawie, tj. na terenie obiektów które nie są publicznie dostępne, a dostęp do nich mają wyłącznie upoważnieni pracownicy, co w opinii odwołującego nie wpisuje się w definicję „budynku użyteczności publicznej” określonej w ww. rozporządzeniu.

Zmawiający wskazał, że Odwołujący całkowicie pomija obszerne orzecznictwo sądów administracyjnych, które choćby w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 17 lipca 2011 r. (sygn. akt II SAB 287/11), wskazuje, iż „przy kwalifikowaniu budynku do budynków użyteczności publicznej bez znaczenia jest, czy dostęp do niego mają osoby trzecie, czy wyłącznie pracownicy zatrudnieni w danym budynku”.

Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, bezspornym jest, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, w treści odwołania w ogóle nie odniósł się do wyjaśnień złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia złożonych przez wykonawcę którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Mając na uwadze treść tych wyjaśnień, które w całości dotyczą zarzutu wskazanego w treści odwołania, dochowując należytej staranności odwołujący winien podjąć co najmniej polemikę z przedstawionymi tam argumentami, czego odwołujący nie czyni.

Ponadto, zdaniem Zamawiającego, już w treści samego odwołania, odwołujący formułując sposób rozstrzygnięcia odwołania żąda od Izby „nakazanie Zamawiającemu ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania Wykonawcę Art Security do uzupełnienia poprawnych referencji wraz z prawidłowym wykazem usług, celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej”, pomijając całkowicie fakt, iż zamawiający przedmiotową kwestię wyjaśnił. Niezmiernie istotne dla przedmiotowego wniosku jest, iż przesłanki uchylenia zakazu stypizowane w art. 578 ust. 2 ustawy PZP mają charakter samodzielny, co oznacza, że nie muszą być spełnione łącznie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy za niezasadny. Art. 577 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza 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.

Podkreślić należy, że wystarczające jest wystąpienie jednej z powyższych przesłanek, z których druga stanowi novum w stosunku do poprzedniego stanu prawnego, który przewidywał jako podstawę do uchylecia zakazu zawarcia umowy tylko okoliczności opisane aktualnie w ramach przesłanki pierwszej.

Ponieważ możliwość uchylecia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem wynikającej z art. 577 nowego pzp zasady, nie może być interpretowany rozszerzająco.

Dla zaistnienia przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp konieczne jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Zdaniem Izby Zamawiający nie Zamawiający sprostął ciężarowi wykazania przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt ustawy Pzp. Zamawiający wywodzi zaistnienie tej przesłanki jedynie z tego, że zdaniem Zamawiającego podnoszone w odwołaniu zarzuty są bezzasadne.

Odnosząc się do takiego stanowiska wskazać należy po pierwsze, że fakt 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 uchylecia 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. Zdaniem Izby takich okoliczności Zamawiający nie wykazał. Podnoszony przez Zamawiającego argument o braku odniesienia się w treści odwołania do wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę jest wyłącznie jedną z okoliczności faktycznych jakie Izba powinna wziąć pod uwagę rozpatrując zasadność zarzutów podniesionych w odwołaniu. Okoliczność ta jednak sama w sobie nie przesądza o tym, że odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Z uwagi na powyższe, Izba – działając na podstawie art. 578 ust. 4 zd. 1 nowego pzp – postanowiła, jak w sentencji.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zd. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:.....