

Sygn. akt: KIO/W 62/20

POSTANOWIENIE
z dnia 5 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 5 sierpnia 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 3 sierpnia 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa oraz pełnienie funkcji operatora 250 szt. Parkomatów dla dzielnic Wola i Praga – Północ m.st. Warszawy,*

postanawia:

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

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

Pismem z dnia 3 sierpnia 2020 r. Zamawiający – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie – wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. *Dostawa oraz pełnienie funkcji operatora 250 szt. Parkomatów dla dzielnic Wola i Praga – Północ m.st. Warszawy,*

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał na ryzyko braku terminowej realizacji uchwały dotyczącej wdrożenia i rozszerzenia stref płatnego parkowania niestrzeżonego (dalej SPPN) o nowe obszary Dzielnic m.st. Warszawy tj. Woli i Pragi Północ tj. Uchwały nr XXX/887/2020 Rady m. st. Warszawy z dnia 14 maja 2020 r. zmieniająca uchwałę w sprawie ustalenia strefy płatnego parkowania, wysokości stawek opłaty za postój pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie, wysokości opłaty dodatkowej oraz określenia sposobu pobierania tych opłat (dalej Uchwała). Zamawiający wskazał, że ww. Uchwała została

opublikowana w Dzienniku Urzędowym Województwa Mazowieckiego w dniu 22 maja 2020 r. pod poz. 5797, jednakże zgodnie z art. 91. ust. 1, ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2020 poz. 713, z późn. zm.) nieważność ww. uchwały w całości lub w części może być orzeczona przez organ nadzoru w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia doręczenia uchwały, w trybie określonym w art. 90 tej ustawy. Ww. termin upłynął w dniu 23 czerwca 2020 r. Uchwała, oprócz ustalenia nowych granic SPPN, jest jedynym aktem prawnym umożliwiającym na danym terenie podjęcie czynności związanych z poborem i kontrolą opłat.

Zamawiający wskazał, że dla zachowania terminu realizacji ww. Uchwały tj. 07.09.2020 r., podjął rozmowy z firmą City Parking Group (Odwołujący), mające na celu próbę skorzystania z możliwości organizacyjnych i doświadczenia w realizacji bieżących umów zawartych pomiędzy Odwołującym a, Zamawiającym na innych obszarach m.st. Warszawy, proponując Odwołującemu odpłatne przeniesienie obecnie obsługiwanych parkomatów i kontynuowanie ich obsługi za zwiększoną stawkę. Odwołujący i Zamawiający nie doszli jednak do porozumienia co do zmiany bieżących umów, w szczególności ze względu na fakt, iż oferty składane przez Odwołującego w żaden jednak sposób nie odzwierciedlały szacowanych przez Zamawiającego nakładów, odbiegały od szacunków rynkowych dodatkowo „przerzucając” ogromną część prac ziemno-fundamentowych na Zamawiającego, a Odwołujący odmówił również przedstawienia szczegółowej kalkulacji oferowanej ceny, na druku przekazanym przez Zamawiającego ani w żadnej innej formie.

W ocenie Zamawiającego wprowadzenie SPPN jest pochodną rozwoju metra w m.st. Warszawa (trzy stacje na Woli, trzy na Pradze Północ) i ma na celu ochronę mieszkańców tych dzielnic i ich otoczenia. Zamawiający wskazał, że skalę potrzeb mieszkańców i problemy z dostępnością miejsc postojowych bezdyskusyjnie ukazały badania prowadzone w 2019 r. (błędnie wskazywane przez Odwołującego jako dowód na ówczesną wiedzę Zamawiającego o wprowadzeniu Strefy taka decyzja jest bowiem wyłączną kompetencją Rady m.st. Warszawy w drodze odpowiedniej uchwały). Zapelnienie miejsc przekraczało 100% (parkowania „nielegalne”), a najdotkliwiej było odczuwalne w tradycyjnych godzinach pracy, tj. (licząc brutto dojazd, praca, dojazd) 7:00 18:00. Badając dalej powtarzalność unikalnych numerów rejestracyjnych, stwierdzono ponad wszelką wątpliwość, że były to osoby niezamieszkujące dany obszar. Nowe obszary SPPN mają objąć ok. 7800 miejsc i dotyczyć prawie 10 kilometrów kwadratowych powierzchni! Ponadto, Zamawiający wskazał, że wprowadzenie SPPN na terenie Woli i Pragi Północ było od lat postulowane przez Mieszkańców tych dzielnic. Każde opóźnienie w tym zakresie znacząco obniża ich codzienny komfort życia.

Zamawiający wskazał, że niezawarcie umowy w przedmiotowym postępowaniu z podmiotem Mera Serwis SGL sp. z o.o. sp. komandytowo — akcyjna, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, 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, a tym samym należy uznać wniosek za zasadny.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp 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 ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy ma charakter wyjątkowy jako odstępstwo od generalnej zasady zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Oceniając zasadność wniosku Izba nie bada zarzutów podniesionych w odwołaniu, a jedynie rozważa wagę interesu publicznego, który miałby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony interesów innych wykonawców, w tym wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej.

Ponadto, Izba wskazuje, że składając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, zamawiający winien szczegółowo uzasadnić i wykazać, że skutkiem niezawarcia umowy może być uszczerbek dla interesu publicznego, na tyle duży, że uzasadnione jest odstępstwo od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań zamawiającego. Zamawiający winien uzasadnić i wykazać, że kumulatywnie spełnione zostały wszystkie przesłanki wskazane w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, tj. po pierwsze, że niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, a po drugie, że 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. Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy - jako wyjątek od zasady, że zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze - ma charakter nadzwyczajny. W

konsekwencji okoliczność spełnienia ustawowych przesłanek pozwalających na uchylenie zakazu zawarcia umowy musi zostać wykazana w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy po pierwsze, że uzasadniając wniosek Zamawiający skoncentrował się na próbie wykazania bezzasadności zarzutów podniesionych w złożonym odwołaniu, polemizując ze stanowiskiem Odwołującego. Tymczasem Izba, rozpatrując wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed zakończeniem postępowania odwoławczego, nie dokonuje oceny zasadności wniesionego odwołania (co będzie miało miejsce dopiero w przypadku skierowania odwołania do merytorycznego rozpoznania na rozprawie), ale bada, czy skutkiem niezawarcia umowy może być uszczerbek dla interesu publicznego, na tyle duży, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego.

Po drugie, Zamawiający nie wykazał, iż brak jest możliwości zmiany terminu realizacji ww. Uchwały. Jak wynika z informacji zawartych we wniosku już w 2019 r. były znane Zamawiającemu problemy związane z SPPN, zaś czynności zmierzające do realizacji postulatów mieszkańców są obecnie realizowane, a więc po znacznym upływie czasu. Tym samym trudne obecnie uznać za wiarygodne twierdzenia Zamawiającego o konieczności pilnej realizacji ww. Uchwały z uwagi na ochronę mieszkańców i ich otoczenia. Podkreślić należy, że Zamawiający działa jako to jednostka budżetowa m.st. Warszawy, nie zaś jako niezależny podmiot prawa, a więc w analizowanym stanie faktycznym Izba nie widzi żadnych racjonalnych podstaw prawnych braku możliwości zmiany realizacji ww. Uchwały.

Po trzecie, argumentacja Zamawiającego i wykazanie istnienia szczególnego interesu publicznego uzasadniającego konieczność niezwłocznego zawarcia umowy ograniczyła się do stwierdzenia o konieczności ochrony mieszkańców i ich otoczenia oraz uzasadniona została koniecznością uregulowania i poboru opłat. W ocenie Izby, z uwagi na okoliczności jakie zostały zawarte w treści wniosku, w szczególności okoliczność, iż problem zorganizowania SPPN na terenie dzielnic Wola i Praga – Północ znany był Zamawiającemu już 2019 r., jak również, na co wskazał Zamawiający w treści wniosku, wprowadzenie SPPN postulowane było przez mieszkańców od wielu lat, to nie sposób przyjąć, iż obecnie zaistniała pilna konieczność zawarcia umowy i wykonania ww. Uchwały. W ocenie Izby, M.st. Warszawy ma pełną możliwość zmiany terminu realizacji ww. Uchwały tak, aby zachować prawo wykonawców do weryfikacji czynności podjętych przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego, w tym w szczególności do weryfikacji wybranego trybu

postępowania przetargowego. Nie ulega wątpliwości, że uregulowanie SPPN na terenie dzielnic Wola oraz Praga – Północ jest w interesie mieszkańców, jednakże w ocenie Izby waga tego interesu w okolicznościach niniejszej sprawy nie może uzasadniać odstępstw od regulacji ustawy Pzp związanych z ochroną praw wykonawców do weryfikacji czynności Zamawiającego. Ponadto, oczywistym dla Izby jest, że Zamawiający ma interes ekonomiczny w jak najszybszym pobieraniu opłat, jednakże taki interes ekonomiczny Zamawiającego nie uzasadnia uchylecia zakazu zawarcia umowy.

Po czwarte, w ocenie Izby, obowiązkiem Zamawiającego było takie zaplanowanie działań związanych z realizacją SPPN na terenie dzielnicy Wola oraz Praga – Północ, aby dochować terminom wynikających z ustawy Pzp dotyczącym chociażby możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej przez wykonawców. To m.st. Warszawy działając poprzez swoją jednostkę budżetową miało obowiązek tak zorganizować proces realizacji omawianego przedsięwzięcia, aby dochować terminów wynikających z ustawy Pzp. Próba przerzucania na wykonawców negatywnych konsekwencji własnych decyzji poprzez uniemożliwienie wykonawcom skorzystania z przysługującego im prawo do zaskarżania decyzji Zamawiającego, jest w ocenie Izby nieuprawniona.

W uwagach końcowych Izba wskazuje, że Zamawiający nie załączył do wniosku żadnych materiałów źródłowych na jakie powołuje we wniosku (choćby ww. Uchwały), które umożliwiłyby Izbie dokonanie oceny i weryfikacji twierdzeń Zamawiającego. Zamawiający w żaden sposób nie uprawdopodobnił również rozmów czy negocjacji prowadzonych z Odwołującym.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 183 ust. 3 ustawy Pzp, uznając, że przesłanki do uchylecia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylecia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: