

Sygn. akt KIO/W 49/21

POSTANOWIENIE
z dnia 14 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 14 maja 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 13 maja 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego: – **Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków - Balice Sp. z o. o., ul. Kpt. M. Medweckiego 1, 32-083 Balice** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *kompleksową usługę utrzymania czystości we wskazanych obiektach MPL oraz na terenach zewnętrznych MPI- w okresie 1.7.2021-31.3.2025. Numer referencyjny: MPUPF/FV241/3/04/20*

postanawia:

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

Uzasadnienie

Zamawiający – Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków - Balice Sp. z o. o., ul. Kpt. M. Medweckiego 1, 32-083 Balice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „*kompleksową usługę utrzymania czystości we wskazanych obiektach MPL oraz na terenach zewnętrznych MPI- w okresie 1.7.2021-31.3.2025*”. Numer referencyjny: MPUPF/FV241/3/04/20 w trybie przetargu nieograniczonego ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „*Pzp*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 grudnia 2020 r. nr 2020/S 250-626384.

W dniu 13.05.2021 r. (e-mailem) Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w związku z wniesieniem w dniu 29.04.2021 r. odwołania przez Konsorcjum firm: 1. DGP Clean Partner Sp. z o.o., ul. Zygmunta Słomińskiego 15/52, 00-195 Warszawa; 2. Partner Medica Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica; 3. DGP PROVIDER sp. z o.o., ul. Środkowa 20, 59-220 Legnica; 4. SEBAN Sp. z o.o., ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice; 5. 7 MG Spółka z o. o., ul. Najświętszej Marii Panny 14, 59-220 Legnica zwanego dalej: „Konsorcjum DGP”, wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W uzasadnieniu niniejszego wniosku, Zamawiający stwierdził, że:

„Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 134 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych z podziałem na dwie części:

- część A obejmującą kompleksową usługę utrzymania czystości w obiektach: Budynek Administracyjno — Techniczny (dalej: BAT), wraz z Centrum Edukacji Lotniczej (dalej: CEL) i Halą (MH1), Budynek Cargo, Budynek ST — 10, Budynek biurowo - kontenerowy I, II, III, Kontener biurowo — gospodarczy, Budynek Wartownia II, oraz tereny zewnętrzne; oraz*
- część B obejmującą kompleksową usługę utrzymania czystości w obiektach: Terminal Pasażerski, Kładka łącząca terminal z Garażem Wielopoziomym i Hotelem Hilton Garden oraz Łącznik (6,5 pięter), Przystanek PKP w części należącej do Zamawiającego, zarządzanie wózkami bagażowymi.*

W części B postępowanie zostało rozstrzygnięte. Jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Agro — Service P. K. ul. Obroki 130 40-833 Katowice. Wybór oferty został zakwestionowany przez Konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sp. z o. o., Partner Medica Sp. z o. o., DGP Provider Sp. z o.o., 7 MG Sp. z o. o., SEBAN Sp. z o. o.

(Konsorcjum DGP, Odwołujący). Postępowanie odwoławcze oznaczone sygnaturą akt KIO 1280/21 jest w toku. Termin rozprawy nie został jeszcze wyznaczony.

W odwołaniu wniesionym przez Konsorcjum DGP podniesiony został tylko jeden zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofercie wybranego Wykonawcy.

Odnosząc się do powyższego informujemy, że Międzynarodowy Port Lotniczy Kraków Balice sp. z o.o. nie wszczął procedury wyjaśniania ceny wskazanej w najkorzystniejszej ofercie Agro — Service P. K. ponieważ cena oferty, jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o 13,22%, oraz niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług o 17,83%. Ponadto Zamawiający nie powziął żadnych wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny najkorzystniejszej oferty oraz pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Nie zaszły zatem żadne ustawowe przesłanki, o których mowa w art. 90 ust 1 i 1 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych obligujące Zamawiającego do wszczęcia postępowania wyjaśniającego lub uzasadniającego wszczęcie takiego postępowania.

Jednocześnie zaznaczyć należy, że cena oferty Konsorcjum DGP jest wyższa o zaledwie 6,33% od oferty Agro — Service P. K.. Konsorcjum DGP w swej argumentacji stwierdza jednak, że jego oferta skalkulowana jest prawidłowo, natomiast oferta tańsza zaledwie o 6,33% już taką nie jest.

Zamawiający nie ma jednak wątpliwości, że obie oferty skalkulowane są na poziomie gwarantującym należyte wykonanie zamówienia i uważa, że działania Konsorcjum DGP (aktualnego wykonawcy usługi) mają na celu wyłącznie spowodowanie opóźnienia w zawarciu umowy o zamówienie publiczne z nowym wykonawcą.

Dotychczasowa umowa na Kompleksową usługę utrzymania czystości we wskazanych obiektach MPL oraz na terenach zewnętrznych MPL obowiązuje do 30 czerwca 2021r. Po tym czasie tj. od 1 lipca 2021 r. usługa miała być kontynuowana przez wykonawcę wyłonionego w przedmiotowym postępowaniu. Ponieważ usługa jest świadczona w kluczowym dla funkcjonowania portu lotniczego obiekcie tj. w terminalu pasażerskim, który jest przejściem granicznym, gdzie dostęp do wielu stref możliwy jest tylko dla osób posiadających zezwolenia wydawane przez Straż Graniczną i inne służby działające niezależnie od Zamawiającego — w dokumentach postępowania przewidziano czas niezbędny dla wykonawcy na przygotowanie i zorganizowanie kadry realizującej usługę wynoszący 30 dni od daty podpisania umowy. Jest to czas niezbędny do uzyskania ww. zezwoleń, przepustek, przeprowadzenia obowiązkowych szkoleń pracowników, uzgodnienia i opracowania harmonogramów pracy w poszczególnych strefach lotniska. Zatem chcąc zachować ciągłość świadczenia usługi nowa umowa powinna być zawarta nie później niż 31 maja 2021r.

Aby zawrzeć umowę w zaplanowanym czasie, Zamawiający dochowując należytej staranności, wszczął postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia ze znacznym wyprzedzeniem tj. 23 grudnia 2020 r.

Wniesienie odwołania przez Konsorcjum DGP i uruchomienie procedury odwoławczej w praktyce oznacza, że usługa sprzątania obiektów lotniska tj. terminala pasażerskiego, kładki łączącej terminal z garażem wielopoziomowym i Hotelem Hilton Garden oraz łącznika (6,5 pięter), przystanku PKP, jak również zarządzanie wózkami bagażowymi nie będą realizowane przez okres co najmniej 30 dni. Brak możliwości rozpoczęcia świadczenia usługi od 1 lipca 2021 r. spowoduje niemożność utrzymania czystości w terminalu pasażerskim i w pozostałych ww. obiektach, co w krótkim czasie może poważnie utrudnić a nawet uniemożliwić realizację odpraw pasażerskich i poważnie ograniczyć korzystanie z lotniska, gdyż Zamawiający nie ma możliwości zapewnienia usług sprzątania we własnym zakresie.

Dodatkowo należy podkreślić, że szczególnie w obecnej sytuacji epidemicznej usługa utrzymania czystości ze względów bezpieczeństwa pasażerów, pracowników i pozostałych osób przebywających w terminalu powinna odbywać się bez zakłóceń. Według statystyk prowadzonych przez Zamawiającego liczba pasażerów obsługiwanych przez lotnisko w ostatnim miesiącu (kwiecień 2021) wyniosła ok 54 tys. PAX/m-c. W prognozach na kolejne wakacyjne miesiące szacuje się, że liczba ta może wzrosnąć dwu lub trzykrotnie. Według prognoz Zamawiającego na okres od lipca do grudnia 2021 liczba obsługiwanych pasażerów może wynosić ok 2.800 tys. PAX. Brak możliwości zapewnienia czystości i higieny oraz dezynfekcji na terenie terminala pasażerskiego, przystanku PKP, kładkach komunikacyjnych stwarza zagrożenie epidemiologiczne w związku z pandemią koronawirusa SARS-CoV-2 i możliwością jego rozprzestrzenienia się wśród pasażerów, pracowników lotniska, personelu podmiotów operujących na lotnisku oraz innych osób, do których należy zaliczyć osoby korzystające z punktów medycznych wykonujących testy na obecność koronawirusa. Aktualnie miejsca pobierania wymazów zlokalizowane są na zewnątrz budynku na terenie parkingu naziemnego ale punkty odbioru wyników znajdują się wewnątrz terminala pasażerskiego.

Należy również nadmienić, że w zakresie zadań zarządzającego lotniskiem jest zagwarantowanie bezpieczeństwa i zapewnienie warunków szczególnej ochrony na czas przebywania i odprawy pasażerów określanych jako very important person (w tym głowy państw, politycy, delegacje państwowe i in.) korzystających podczas podróży oficjalnych bądź prywatnych z obiektów lotniska.

Podpisanie umowy po 31 maja 2021r. doprowadzi do realnego zagrożenia dla bezpieczeństwa sanitarnego obiektów lotniska i wszystkich osób z nich korzystających a co za tym idzie wpłynie destabilizująco na funkcjonowanie i pracę całego lotniska oraz spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego.

Mając powyższe na uwadze Międzynarodowy Port Lotniczy w oparciu o zapisy art. 578 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych - zwraca się z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy z Agro — Service P. K. ul. Obroki 130, 40-833 Katowice, przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.”.

Izba ustaliła, że odwołanie, którego dotyczy wniosek, wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2021 r. (sygn. akt: KIO 1280/21), a termin rozprawy nie został jeszcze wyznaczony.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz przepisy art. 578 ust. 2-4 ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Do postępowania w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „nPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.* Zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wynikał z wniesienia przez Konsorcjum DGP odwołania w dniu 29 kwietnia 2021 r. Postępowanie odwoławcze zostało zatem wszczęte po dniu 31 grudnia 2020 r.

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 nPzp, *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.*

Możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przez wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577

nPzp. Jako wyjątek od ww. zasady nie może być interpretowany rozszerzająco. Jak wynika z przywoływanego przepisu, dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 1 nPzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylecia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia. Z kolei dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 2 nPzp, konieczne jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Odnosząc się do treści wniosku, Izba nie przychyliła się do przedstawionej argumentacji, uznając stanowisko Zamawiającego za niezasadne.

W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał, że zawarcie umowy z wykonawcą wybranym - w terminie po ogłoszeniu przez Izbę wyroku lub postanowienia, kończącego postępowanie odwoławcze - może wywołać, lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego. Odnosząc się do treści wniosku, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie uprawdopodobnił również, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. W tym kontekście wskazując na następujące okoliczności.

Względem pierwszej kwestii.

W ocenie Izby, z uwagi na zaistniałe okoliczności o czym poniżej w dalszej części, Zamawiający mógłby celem dochowania wymogu przywołanego we wniosku, zawrzeć kolejną umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki na owe 30 dni z dotychczasowym Wykonawcom przez które, nowo wybrany Wykonawca będzie przygotowywał się do realizacji umowy głównej. Inaczej mówiąc, Zamawiający musiałby dokonać skorelowania kolejnej umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki z realizacją tylko na 1 miesiąc z umową przetargową, tj. zawartą po zakończeniu przetargu, w ramach której rozpoczęłaby się realizacja dopiero po upływie miesiąca od dnia zawarcia umowy.

Jednocześnie, w ocenie Izby, istniejące przepisy tzw. Tarczy 1 (Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw – Dz. U. z 31.03.2020 r., poz. 568 – art. 15 r ust. 1 i 4) w zw. z tzw. Tarczą 4 (Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 – Dz. U. z 23.06.2020 r., poz. 1086 – art. 77 pkt 20) powodują możliwość daleko idącej zmiany terminu wykonania umowy lub jej części.

Zgodnie bowiem z tzw. Tarczą 1 – art. 15r ust.1: „Strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), niezwłocznie, wzajemnie informują się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Strony umowy potwierdzają ten wpływ dołączając do informacji, o której mowa w zdaniu pierwszym, oświadczenia lub dokumenty, które mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia;
- 2) decyzji wydanych przez Głównego Inspektora Sanitarnego lub działającego z jego upoważnienia państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego, w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych;
- 3) poleceń wydanych przez wojewodów lub decyzji wydanych przez Prezesa Rady Ministrów związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, o których mowa w art. 11 ust. 1 i 2;
- 4) wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;
- 5) okoliczności, o których mowa w pkt 1–4, w zakresie w jakim dotyczą one podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.” oraz

art. 15 r ust. 4: „4. Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy, o której mowa w ust. 1, może w uzgodnieniu z wykonawcą dokonać zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w szczególności przez:

- 1) zmianę terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części,
 - 2) zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych,
 - 3) zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia wykonawcy
- o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.”.

Z kolei zgodnie z tzw. Tarczą 4: „Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, wpływają na należyte wykonanie umowy, o której mowa w ust. 1, w uzgodnieniu z wykonawcą dokonuje zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w szczególności przez:” (art. 77 pkt 20).

Inaczej mówiąc Zamawiający mógłby podpisać umowę poprzetargową wraz z aneksem zmieniającym termin realizacji z uwagi na wskazane powyżej tzw. „przepisy covidowe”. W ramach bowiem tzw. Tarczy 1 była możliwość zmiany, a w ramach tzw. Tarczy 4 - jest obowiązek dokonania zmiany umowy. W ocenie Izby, wynikająca z przytoczonych przepisów możliwość zmiany terminu wykonania umowy lub jej części, jak i okoliczność że wskazany w przepisie katalog ma charakter otwarty, tak w art. 15 r ust. 1, jak i ust. 4: „w szczególności” daje możliwość takiej zmiany.

Względem drugiej kwestii.

Jak wynika z powyżej wskazanego przepisu Zamawiający powinien uprawdopodobnić, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Zamawiający wskazywał na następujące okoliczności, tj.: „(...) *Międzynarodowy Port Lotniczy Kraków Balice sp. z o.o. nie wszczął procedury wyjaśniania ceny wskazanej w najkorzystniejszej ofercie Agro — Service P. K. ponieważ cena oferty, jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o 13,22%, oraz niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług o 17,83%. Ponadto Zamawiający nie powziął żadnych wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny najkorzystniejszej oferty oraz pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Nie zaszyły zatem żadne ustawowe przesłanki, o których mowa w art. 90 ust 1 i 1 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych obligujące Zamawiającego do wszczęcia postępowania wyjaśniającego lub uzasadniającego wszczęcie takiego postępowania.*

Jednocześnie zaznaczyć należy, że cena oferty Konsorcjum DGP jest wyższa o zaledwie 6,33% od oferty Agro — Service P. K.. Konsorcjum DGP w swej argumentacji stwierdza jednak, że jego oferta skalkulowana jest prawidłowo, natomiast oferta tańsza zaledwie o 6,33% już taką nie jest.

Zamawiający nie ma jednak wątpliwości, że obie oferty skalkulowane są na poziomie gwarantującym należyte wykonanie zamówienia i uważa, że działania Konsorcjum DGP (aktualnego wykonawcy usługi) mają na celu wyłącznie spowodowanie opóźnienia w zawarciu umowy o zamówienie publiczne z nowym wykonawcą. (...)”.

W ocenie Izby, jest to tylko i wyłącznie polemika z argumentacją zawartą w odwołaniu. W tym kontekście, dodać również należy, że na etapie rozpatrywania wniosku Zamawiającego o uchylenie zakazu, Izba nie bada ani skuteczności wniesienia odwołania, ani nie analizuje jego zasadności. Nie rozpatruje też zawartych w nim zarzutów, a jedynie ocenia spełnienie przesłanki dla uchylenia zakazu zawarcia umowy. Zatem, na ocenę w przedmiocie zasadności wniosku złożonego przez Zamawiającego, nie mogą mieć jakiegokolwiek wpływu twierdzenia Zamawiającego o bezzasadności zarzutów odwołania czy też poprawności czynności Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 3 i ust. 4 nPzp, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

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) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

.....