

Sygn. akt KIO/W 31/22

POSTANOWIENIE
z dnia 5 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 5 września 2022 r. w Warszawie wniosku z dnia 1 września 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Zamawiającego – Gminę Magnuszew**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji, którego przedmiotem jest „*Dowóz uczniów w roku szkolnym 2022/2023*”, nr sprawy ZP.271.25.2022.

postanawia:

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

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Magnuszew - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), na „Dowóz uczniów w roku szkolnym 2022/2023”, nr sprawy ZP.271.25.2022. Postępowanie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych (ogłoszenie z dnia 21 lipca 2022 r. za numerem 2022/BZP 00270457/01).

W dniu 1 września 2022 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w związku z wniesieniem w dniu 30 sierpnia 2022 r. odwołania przez wykonawcę Prefabet Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”), wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający podkreślił, że 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, co wypełnia przesłankę zawartą w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp uchylenia zakazu zawarcia umowy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zamawiający wskazał, że wniosek swój motywuje koniecznością ochrony interesu publicznego tj. dowozu dzieci do szkół. Podniósł, że negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, które powstaną ze względu na nie zawarcie umowy, są: 1) brak dowozu dzieci do szkół; 2) poważne trudności w wykonaniu obowiązku edukacji dzieci przez rodziców tych dzieci; 3) konieczność poszukiwania komunikacji zastępczej, w związku z czym koszty związane z dowozem w tym trybie będą znacząco wyższe i spowodują wyższe wydatki po stronie Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego wymienione negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają 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. Z uwagi na rozpoczynający się 1 września 2022 r. rok szkolny 2022/2023 Gmina Magnuszew zobowiązana jest zapewnić dowóz dzieci z terenu gminy do szkół podstawowych.

Zamawiający wskazał również, że Wykonawca wnoszący odwołanie zarzuca Zamawiającemu zbyt mało precyzyjne określenie powodów odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania. Gmina Magnuszew nie zgadza się z zarzutami podjętymi

w odwołaniu. Wykonawca wzywany był kilkakrotnie przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia stosownych wyjaśnień. Posiadał wiedzę o wątpliwościach Zamawiającego w stosunku do posiadanego doświadczenia oraz taboru Wykonawcy. Zamawiający podkreślił, że działanie Odwołującego się wyczerpuje również przesłankę określoną w 578 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp uchylenia zakazu zawarcia umowy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Podniósł, że bezpodstawne jest twierdzenie, iż niejasne są przesłanki odrzucenia oferty i wykluczenia Wykonawcy. Zamawiający jest przekonany, że złożenie odwołania ma wyłącznie za zadanie uniemożliwienie zawarcia umowy i dezorganizację dowozów uczniów do szkół na terenie Gminy Magnuszew, stanowiące zadanie własne gminy oraz ograniczenie możliwości zorganizowania transportu w korzystnych cenach. Podjęcie dowozu uczniów przez Wykonawcę wybranego „z wolnej ręki” znacząco zawyży koszty zadania.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz przepis art. 578 ust. 2 ustawy pzp uznała, iż wniosek nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 577 ustawy pzp „w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.” Zamawiający może jednak złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 (art. 578 ust. 1 ustawy pzp).

W myśl 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 1 września 2022 r. odnosił się do obu przesłanek wskazanych w art. 578 ust. 2 ustawy pzp.

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest instytucją o charakterze nadzwyczajnym, stanowiącą wyjątek od zasady, że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Wnosząc zatem o odstąpienie od powyższej zasady

Zamawiający powinien szczegółowo wykazać wystąpienie przesłanek z art. 578 ust. 2 pkt 1 lub 2 ustawy pzp.

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.

Odnosząc się do przesłanek z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp Zamawiający powinien jednoznacznie określić jakie negatywne skutki dla interesu publicznego spowoduje nie zawarcie umowy, a po drugie wykazać, że negatywne skutki nie zawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Ponadto, uzasadnienie uchylenia zakazu zawarcia umowy musi w sposób nie budzący wątpliwości wskazywać, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania, a także że Zamawiający nie może zapobiec wystąpieniu negatywnych skutków dla interesu publicznego w inny sposób.

Zauważenia wymaga, że ustawa pzp 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. Co istotne, 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.

Podkreślić należy, że wnosząc o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Zamawiający musi wskazać konkretne, obiektywne okoliczności przemawiające za uchyleniem tego zakazu, a nie relatywnie mogące powstać następstwa opóźnień w świadczeniu usług. Realizacja zamówienia, którego przedmiotem jest dowóz dzieci do szkół jakkolwiek leży w szeroko pojętym interesie publicznym, to okoliczność ta sama w sobie nie przesadza jeszcze o zasadności uchylenia zakazu zawarcia umowy. Zamawiający błędnie zdaje się wyprowadzać możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy już z samego charakteru usługi,

której dotyczy udzielenie zamówienia. Wskazania wymaga, że argumentacja Zamawiającego o możliwych konsekwencjach opóźnienia w podpisaniu umowy nie została poparta żadnymi konkretnymi danymi obrazującymi skalę potencjalnych zagrożeń. Zamawiający poprzestał na hipotezach, opisując zdarzenia, które mogą, lecz nie muszą nastąpić i których rozmiaru nie można ustalić na podstawie informacji przedstawionych w treści wniosku. Co istotne, Zamawiający nie wykazał, że brak jest możliwości zastosowania dostępnych instrumentów prawnych w celu zapewnienia realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia do czasu podpisania umowy z wykonawcą w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania. Zamawiający wprost zaznaczył, że nie zawarcie umowy będzie wiązało się z koniecznością poszukiwania komunikacji zastępczej, w związku z czym koszty związane z dowozem w tym trybie będą znacząco wyższe i spowodują wyższe wydatki po stronie Zamawiającego. Niewątpliwie, podnoszona przez Zamawiającego argumentacja jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający ma możliwość udzielenia zamówienia z „wolnej ręki”, a więc ochrony interesu publicznego w inny sposób oraz, że negatywne konsekwencje nie zawarcia umowy – ponoszenie wyższych kosztów realizacji usługi – będą obciążały wyłącznie Zamawiającego. Wnosząc o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Zamawiający dąży zatem do ochrony własnego interesu. Zaznaczyć przy tym należy, że ponoszenie wyższych kosztów usługi dowozu dotyczy krótkiego okresu czasu pomiędzy wniesieniem odwołania a jego rozpoznaniem przez Izbę, przy czym Zamawiający nie wykazał, aby był to koszt, którego nie jest w stanie ponieść.

Co więcej, Zamawiający powinien uzasadnić, dlaczego w jego ocenie negatywne skutki dla interesu publicznego mogą wystąpić na skutek wstrzymania się z zawarciem umowy do czasu rozpoznania sprawy przez Izbę. Zamawiający jest zobowiązany wykazać potencjalne zagrożenia związane z opóźnieniem świadczenia usługi dowozu dzieci do szkół, które z dużym prawdopodobieństwem mogą wystąpić przez krótki okres czasu pomiędzy dniem, w którym planowane było zawarcie umowy o udzielenie zamówienia a wydaniem przez Izbę orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 2275/22, a nie wszelkie zagrożenia w dłuższej perspektywie czasowej. Zaznaczyć należy, że zgodnie z art. 544 ustawy pzp Izba rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby, a po wydaniu orzeczenia przez Izbę (tj. po jego ogłoszeniu) Zamawiający jeszcze tego samego dnia może zawrzeć umowę o udzielenie zamówienia publicznego (w przypadku korzystnego dla niego rozstrzygnięcia). Przy czym zaznaczyć należy, że rozpatrując wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy nie rozstrzyga o zasadności lub niezasadności wniesionego odwołania. W ocenie Izby, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że okres, jaki upłynie do czasu rozpoznania odwołania przez Izbę ma tak newralgiczne znaczenie z perspektywy interesu publicznego, że negatywne skutki takiego

działania będą przewyższać korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, w tym wykonawcy wnoszącego odwołanie. Zamawiający wskazał na brak dowozu dzieci do szkół i poważne trudności w wykonywaniu obowiązku edukacji przez rodziców dzieci, przy czym mając na względzie możliwość zapewnienia przez Zamawiającego komunikacji zastępczej w krótkim okresie czasu od wniesienia odwołania do jego rozpoznania (15 dni), argumentację przedstawiającą negatywne skutki dla interesu publicznego należy uznać za nieuzasadnioną. We wniosku brak jest jakiegokolwiek porównania negatywnych skutków dla interesu publicznego w kontekście skutków dla pozostałych podmiotów, w tym wykonawcy, który wniósł odwołanie. Zaznaczenia wymaga, że uchylenie zakazu zawarcia umowy pomimo wniesienia odwołania niesie za sobą daleko idące skutki, jeżeli bowiem okaże się, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, wnoszący je wykonawca nie uzyska zamówienia, niewątpliwie ponosząc z tego tytułu szkodę.

Dodatkowo wskazania wymaga, że wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek wziąć pod uwagę długość trwania samej procedury, w tym możliwość wystąpienia zdarzeń, które wpływają na jej wydłużenie, jak chociażby ustawowe uprawnienie do skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej oraz termin rozpoznania odwołania przez Izbę, warunkujący możliwość zawarcia umowy. W ocenie Izby Zamawiający winien był zatem uwzględnić prawdopodobieństwo wniesienia odwołania zarówno na etapie ogłoszenia postępowania jak i na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Zamawiający we wniosku nie przedstawił jakichkolwiek argumentów, które wskazywałyby, że brak możliwości zawarcia umowy z wybranym wykonawcą przed założonym terminem rozpoczęcia realizacji zamówienia nastąpił z przyczyn obiektywnych, niezależnych od Zamawiającego, a on sam podjął właściwe działania, aby zapobiec ryzyku związanemu z niepodpisaniem umowy na realizację zamówienia w założonym terminie. Izba zauważa, że usługa dowozu dzieci do szkół jest usługą cykliczną, powtarzającą się co roku. Zamawiający powinien był zatem ogłosić postępowanie w terminie uwzględniającym możliwość zaskarżenia czynności w postępowaniu oraz zapewniającym planowane rozpoczęcie realizacji usługi. Możliwość skorzystania przez wykonawców z ustawowych uprawnień do wniesienia środków ochrony prawnej i jej wpływ na termin zawarcia umowy jest okolicznością, które można było i należało przewidzieć. Nie może ona sama w sobie stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z instytucji uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, która ma charakter wyjątkowy.

Ponadto Izba stwierdziła, że Zamawiający nie uprawdopodobnił, aby odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Argumentacja Zamawiającego w tym zakresie sprowadzała się wyłącznie do kwestionowania zasadności postawionych w odwołaniu zarzutów, co w ocenie Izby nie może zostać uznane za skuteczne wykazanie spełnienia przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp. Podkreślić należy, że na etapie rozpatrywania wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Izba nie dokonuje merytorycznej oceny zawartych w odwołaniu zarzutów. Przepis art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp odnosi się zatem wyłącznie do przypadków oczywistych, które nie wymagają szczegółowej analizy odwołania. Wniesienie środka ochrony prawnej stanowi uprawnienie wykonawcy i przejaw dążenia do uzyskania zamówienia. Działania takiego nie można ocenić jako ukierunkowanego na nieuzasadnione przedłużenie postępowania, a bynajmniej takiego celowego działania Wykonawcy Zamawiający nie wykazał.

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.

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

Przewodniczący: